Galatasaray Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi

2010/1

PROF. DR.
KÖKSAL BAYRAKTAR'A
ARMAĞAN

Cilt I

Hakemli Dergi

Galatasaray Üniversitesi Yayını No : 70
Galatasaray Hukuk Fakültesi Yayını No : 49

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Hakemli Dergidir.

Bu esere ilişkin olarak Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndan doğan haklar saklıdır. Burada yer alan makalelerde ileri sürülen görüşler yazarlarına aittir. Yayın Kurulu, makalelerde ileri sürülen görüşlerden dolayı herhangi bir sorumluluk üstlenmemektedir.

YAYIN KURULU

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ

Doç. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL

Doç. Dr. Emre ÖKTEM (Başkan)

Araş. Gör. Dr. S. Anlam ALTAY

Araş. Gör. Burak ÇELİK

Araş. Gör. Bleda R. KURTDARCAN

Ekim 2011 yılında yayınlanmıştır.

ISSN : 1303-6556

Dizgi/Mizanpaj : Beta Basım A.Ş.

Baskı - Cilt : Kahraman Neşriyat Ofset San. Tic. Ltd. Şti.
(Sertifika No: 12084) Yüzyıl Mah. Matbaacılar Cad.
Atahan No: 34 K:4
Bağcılar/İstanbul (0-212) 629 00 01

Kapak Tasarımı : Gülgonca ÇARPIK

Beta BASIM YAYIM DAĞITIM A.Ş.
Narlıbahçe Sokak Damga Binası No: 11
Cağaloğlu - İSTANBUL
Tel : (0-212) 511 54 32 - 519 01 77
Fax: (0-212) 511 36 50
www.betayayincilik.com

GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ
Çırağan Caddesi, No. 36, Ortaköy 34357 İSTANBUL

YAYIN KURULU'NDAN

Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a, 70. Yaş günü vesilesiyle bu Armağan kitabını sunarken, stereotip akademik övgüleri tekrarlamak yerine, duygusal birkaç söz söyleme eğilimine karşı koymak zor olacak. Burada Hocamızın bilimsel başarılarını sıralamaya niyetim olmadığı gibi, buna ihtiyaç da yok: Eserlerinin ve görevlerinin listesi, benim yerime konuşuyor. Prof. Bayraktar'ı yakından tanıyan, onun öğrencisi olma onur ve zevkini yaşayan herkes gibi beni de etkileyen asıl yönü, akademik başarılarını da gölgede bırakan insani kişiliğidir. Bu kişilikten söz ederken, hukukun şekilci kalıplarıyla düşünmeye alışan kalemlerden beklenmedik, sıradışı kelimeler dökülebilir.

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin 2. Sınıfında Ceza Hukuku derslerimize girmeye başladığında, Prof. Bayraktar'da fark ettiğimiz bir özellik, sanırım, bunca yıldan sonra hiç değişmemiş ve hatta daha da güçlenmiştir: O, hümanizmi sadece bir ceza hukuku rehber ilkesi olarak değil, aynı zamanda yaşam tarzı olarak içselleştirmiş ve yaşantısına yansıtmış bir insandır. "İnsan"a daima saygı ile yaklaşımını sadece kâğıt üzerinde bırakmamış; bir akademisyen ve yönetici olarak bütün insan ilişkilerinde hayata geçirmiştir. Ceza Hukuku gibi, hayatın en sert ve acımasız gerçekleriyle her an yüz yüze gelen bir bilim alanında çalışırken bunu nasıl başarabildiği hususu benim için hala esrarını koruyor.

Prof. Bayraktar ile ilgili bir başka esrarengiz nokta, bu kadar nazik ve insancıl yaklaşımıyla, idari hayatta disiplin ve ciddiyeti nasıl sağladığıdır. Gerçekten de, Prof. Bayraktar, kimsenin kalbini kırmadan, kimseye haksız muamele etmeden, sesini asla yükseltmeden ve sertleştirmeden mükemmel bir yönetici olmayı bilmiştir. Sakin, yapıcı ve düzenli kişiliğini, hep etrafına yansıtmıştır. Yönettiği fakülteye sadece bir dekan değil, aynı zamanda bir baba gibi ihtimam göstermiştir. Akademisyenlerin mesleki sorunları gibi sağlık sorunlarıyla da, idari görev sınırlarını aşan bir ciddiyet ve şefkatle ilgilenen Prof. Bayraktar, daima bir çözüm üreticisi olmuştur. Gerek dekanlığı, gerekse diğer mesleki ilişkilerimizde şunu gözlemlemişizdir: O, hümanizm gibi adaleti de, bir hukuk ilkesi olmanın ötesinde, bir hayat ilkesi yapmıştır. Prof. Bayraktar, daima haksızlığa karşı haklının yanında olmuş ve "hak"kı, nezaketinden hiç ödün vermeyen bir mücadelecilikle savunmuştur.

Prof. Bayraktar, bir kara gün dostudur. Kendisiyle dertleşmek istediğinizde, kapısı daima açıktır. İçeri girerken, bir taraftan, gayri ihtiyari, ceketinizin düğmesini iliklersiniz, çünkü o sizde doğal olarak saygı uyandırır. Ama diğer taraftan, kendisiyle bir yaşıtınız, adeta liseden eski bir sıra arkadaşınız gibi rahatça ve serbestçe konuşabilirsiniz. Ancak, kelimelerinizi çok dikkatli seçmeye çalışırsınız, çünkü onun seçimleri mükemmeldir. Düzenli bir ritimle ve ahenkli, sakin bir ses tonuyla konuşur, gülümsemesi hiç eksik olmaz. Köksal Bayraktar ile sohbet etmek, J. S. Bach dinlemeye benzer: Zihninize nüfuz eder, karmaşayı düzene dönüştürür, yanlış düşünceleri siler. Müzik -ya da sohbet- bittiğinde, geride berrak bir zihin, iyimserlik ve sükûnet kalır.

Kötü gün dostu Köksal Bayraktar, aynı zamanda bir iyi gün dostudur: Mutlu anlarınızda hep yanınızdadır. Mutluluğunuzu paylaşmakla kalmaz, aynı zamanda arttırmak ister. Özenle seçtiği zarif hediyelerini, adeta şakacı bir gizlilikle size ulaştırır. Akademik hayatta başarıyı daima teşvik eder. Prof. Bayraktar; bir sıkıntıyı gidermek için olsun, bir mutluluğu paylaşmak için olsun, gönül alıcı sürprizleri sever. Beklenmedik bir anda ve yerde onun ahenkli sesini telefonda duyabilirsiniz.

Muhabbetin endâzesi olmaz; ama bu Armağan Kitabı'nın ağırlığı, Prof. Bayraktar'a yönelik sevgi ve saygıya tanıklık etmektedir. Bugünkü genç akademisyenler, Prof. Bayraktar'ın yaşına ulaştıklarında, onun için söylenenlerin hiç olmazsa yarısını hak etmiş olurlarsa, sanırım, kendilerini çok mutlu sayacaklardır. Bir sunuş yazısının heyecanıyla çok mu abartıyorum? Aksine, tamamen samimi davrandığımı düşünüyorum. Çünkü Prof. Köksal Bayraktar, biz öğrencilerine, ceza hukukunun yanı sıra akademik edep ve samimiyet dersleri de verdi.

70. Yaş günü vesilesiyle Hocamıza, kendisini çevreleyen sevgi kuşağının keyfini çıkaracağı uzun, sağlıklı ve mutlu bir ömür diliyoruz.

Bu Armağan Kitabı'nın yayınlanmasına değerli katkıları için Sayın İnan Kıraç'a, Galatasaray Eğitim Vakfi'na, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığına, öğretim üyelerine ve özellikle bu yayın için canla başla çalışan değerli dostlarım ve meslektaşlarım Sayın Dr. Burak Çelik, Dr. Sıtkı Anlam Altay, Dr. Pınar Memiş Kartal'a, Hocamızın Muhterem eşi Sayın Av. Zulal Bayraktar'a, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. Yönetim Kurulu Başkanı Sayın Seyhan Satar'a ve çalışma arkadaşlarına içtenlikle teşekkür ederim.

Doç. Dr. Emre Öktem
Yayın Kurulu Başkanı
Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR'ın Özgeçmişi

Köksal BAYRAKTAR, 11.11.1941 tarihinde Bandırma'da doğmuştur.

Köksal BAYRAKTAR, 1961 yılında Galatasaray Lisesi'nden mezun olmuştur. İstanbul Hukuk Fakültesi'ni 1965'te tamamlamış ve bu Fakültenin Ceza Hukuku Kürsüsü Asistanlığı'na girmiştir.

İstanbul Hukuk Fakültesi'nde 1971 yılında "Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu" konulu çalışmasıyla Doktor ünvanını almış, 1975 yılında "Suç İşlemeye Tahrik Cürmü" başlıklı incelemesiyle Doçent olmuştur. "Siyasal Suç" konulu Profesörlük Takdim Tezi ile 1982 yılında Profesör'lüğe yükseltilmiştir. Doçentlik ve Profesörlük tezlerini Strasbourg ve Paris Hukuk Fakültelerindeki çalışmaları ile gerçekleştirmiştir.

1999 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden ayrılmış ve Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyeliği'ne geçmiştir. Burada Prof. Dr. Duygun Yarsuvat ile birlikte Ceza Hukuku Kriminoloji ve İnsan Hakları Merkezi'ni kurmuş, iki ayrı uzmanlık kitaplığı tesis etmiş, Türk Ceza Hukuku Derneği'nin kurulması ve gelişmesinde önemli çalışmalarda bulunmuştur.

2 Şubat 2006 tarihi itibariyle aynı Fakülteye Dekan olarak atanmış; 2008 yılı başlarında Dekanlık görevinden ayrılmıştır. Dekanlığı zamanında Galatasaray Hukuk Fakültesi'ni öğretim ve eğitim yönlerinden geliştirmiş, Fakülteyi Türkiye'nin en önde gelen öğretim kurumlarından biri haline getirmiştir.

Prof. Dr. Köksal Bayraktar'ın pek çok bilimsel kitabı ve sayısı yüzü aşkın Türkçe ve Fransızca makalesi bulunmaktadır.

Halen Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde öğretim üyesi olarak görev yapmaktadır.

YAYINLARI

Yurt Dışı Hakemli Dergilerdeki Yayınları

- **La notion de guerre et de combattant dans le droit turc,** (Revue de droit pénal militaire et de droit de la guerre, 1971), (Prof. Dr. Sahir Erman ile birlikte)
- **Immunité, Exterritorialitè et le droit d'asile en droit pénal international**, (Revue international de droit pénal, no.2, 1977)
- **Les juridictions militaires en Turquie**, (L' évolution actuelle de la justice militaire), (Revue de droit pénal militaire et de droit de la guerre, Bruxelles, 1981), (Prof. Dr. Süheyl Donay ile birlikte)

Yurt Dışı Bildiri Kitaplarındaki Yayınları

- **La dépréciation monétaire et les rapports contractuels et droit pénal Turc,** (Travaux de l'Association Henri Capitant) İstanbul, 1973.
- **Les tendances récentes en droit pénal turc dans ses rapports avec les libertés publiques.** (Tendances actuelles du droit turc et du droit français), İstanbul-Paris, 1988.

Yurt Dışı Kitapta Yayımlanan Makale

- **Le repentir actif et le nouveau Code pénal turc,** (Mélanges en l'honneur de Pierre-Henri Bolle), Neuchâtel, 2006, sh.23-27.

Yurtiçi Dergilerdeki Yayınları

- **Kamboç'ta Ceza Usulünün Bir Yüzyıldan Beri Gelişmesi**, (İHFM.,c. XXXIII.,1967, sy. 1-2) (Çeviri)
- **Ölüm Cezası,** (İÜMHAD., 1968, sy.3)
- **Faal Nedamet,** (İHFM, 1968, c. XXXIII, sy. 3-4)
- **Jurisprudence de la Cour Constitutionnelle,** (Annales de la Faculte de droit d'Istanbul, no. 29-30-31-32), İstanbul, 1968, (Prof. Dr. Duygun Yarsuvat ile birlikte)

- **Jurisprudence de la Cour Constitutionnelle,** (Annales de la Faculte de droit d'Istanbul, no. 33-34-35), İstanbul, 1969, (Prof. Dr. Duygun Yarsuvat ile birlikte)
- **Code de la presse,** (Annales de la Faculte de droit d'Istanbul, no. 33-34-35), İstanbul, 1969, (Prof. Dr. Duygun Yarsuvat ile birlikte)
- **Kimsenin Kanunu Bilmediği Kabul Olunamaz Kuralının Günümüzdeki Yeri,** (İÜMHAD, 1969, No:4) (Çeviri)
- **Yabancı Ülkede Verilmiş Ceza Yargılarının İnfazı Amacını Taşıyan Bir Düzenlemede Sanığın Gıyabında Kararlaştırılmış Mahkumiyetlere Ayrılacak Yer,** (İÜMHAD, 1969, No:5) (Çeviri)
- **İşlenemez Suç,** (İHFM, İstanbul 1969, c. XXXIV, sy.1-4)
- **Mühür Fekki Suçunda Fekketmenin Kapsamı Üzerine Bir İnceleme,** (İHFM, 1969, c. XXXV, sy. 1-4)
- **Toplumsal Savunma Nedir?,** (İHFM, 1972, c. XXXVII, sy. 1-4) (Çeviri)
- **Uçak Kaçırma Suçu,** (İHFM, 1972, c. XXXVII, sy. 1-4)
- **Ceza Hukuku Genel Bölümüne İlişkin Yabancı Mahkemelerin İlginç Kararlarından Özetler,** (İÜMHAD, 1973, sy. 10) (Çeviri)
- **Ceza Hukuku Genel Bölümüne İlişkin Yabancı Mahkemelerin İlginç Kararlarından Özetler,** (İÜMHAD, 1974, sy. 11) (Çeviri)
- **İftira,** (İHFM, 1974, c. XL, sy. 1-4)
- **Fransız Ceza Hukukunun Elli Yıllık Gelişimi,** (Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK'nın 50 Yılı ve Geleceği, İstanbul, 1977) (Çeviri)
- **Kamunun Nizamı, Kamunun İtimadı ve Kamunun Selameti Aleyhine Cürümler,** (Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK'nın 50 Yılı ve Geleceği, İstanbul, 1977)
- **Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkındaki Kanuna İlişkin Düşünceler,** (İÜ Ceza Hukuku ve Kriminoloji Enstitüsü Dergisi, 1979, sy. 2.)
- **Çevre Korunmasında Ceza Hukukunun Katkısı Üzerine,** (Yasa Hukuk Dergisi, Ocak 1979) (Çeviri)
- **Bir Kanun Taslağının Ceza Kuralları Yönünden İncelenmesi,** (İHFM, 1980, c. XLIV. sy. 1-4)
- **Influence de droit français sur les tentatives du monde juridique turc pour s'occidentaliser,** (Annales de la Faculté de droit d'İstanbul, no.43), İstanbul, 1980.

- **Les relations du droit constitutionnel avec le droit penal dans le systeme juridique turc,** (Annales de la Faculté de droit d'İstanbul, no.43), İstanbul, 1980.
- **Çevrenin Korunması ve Türk Hukuku,** (Seha Meray'a Armağan, c.I , Ankara, 1981)
- **Ceza Hukukunda Suç Olmaktan Çıkarma Akımı,** (İHFM, 1984, sy.1-4)
- **İşkenceyi Önleme Yolları,** (Bülent Davran'a Armağan, İstanbul, 1998)
- **İstinaf İle İlgili Tartışmalara Kısa Bir Bakış,** (Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul, 1998)
- **Tartışılan Bir Kurum: Radyo ve Televizyon Üst Kurulu,** (Yiğit Okur'a Armağan, İstanbul, 1998)
- **CMUK'taki Değişikliklerin Askeri Cezada Uygulanması,** (Sahir Erman'a Armağan, İstanbul, 1999)
- **Eserlerinin Önsözleri İle Yaşayan Erman,** (Sahir Erman'a Armağan, İstanbul, 1999)
- **Karayolları Trafik Kanununda Değişiklik Yapılması Yönündeki Son Çalışmalar,** (Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, c.I , İstanbul, 2001)
- **Türk Ceza Kanunu Tasarısında Genel Hükümler Bölümünü Oluşturan Düzenlemenin Genel Özellikleri,** (Ceza Hukuku Reformu, İstanbul, 2001)
- **Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Belirlenen Ceza Hukuku Temel İlkeleri,** (GÜHFD, 2003/1)
- **Reform Çalışmalarının Amacı, Yeni Bir Ceza Kanunu'na Doğru (1),** (Günışığı Dergisi, sy.1, Mart 2003)
- **TCK Tasarısında Genel Kurallara İlişkin Düzenlemeler, Yeni Bir Ceza Kanunu'na Doğru (2),** (Günışığı Dergisi, sy.2, Nisan 2003)
- **Çağdaş Bir Hukuk Düzeninde Yaşama Özlemi : Türk Ceza Kanunu Tasarısı, Yeni Bir Ceza Kanunu'na Doğru (3),** (Günışığı Dergisi, sy.3, Mayıs 2003)
- **Gündeme Yerleşmeye Başlayan Önemli Konu : Türk Ceza Kanunu Tasarısı, Yeni Bir Ceza Kanunu'na Doğru (4),** (Günışığı Dergisi, sy.4, Haziran 2003)
- **Türk Ceza Kanunu Tasarısı ile Türk Hukukunda Görülecek Önemli Yenilikler, Yeni Bir Ceza Kanunu'na Doğru (5),** (Günışığı Dergisi, sy.5-6, Temmuz-Ağustos 2003)

- **Nihayet İnsanın Ortaya Çıkışı, Yeni Bir Ceza Kanunu'na Doğru (6),** (Günışığı Dergisi, sy.7, Eylül 2003)
- **Toplumu Gruplandırmada Yeni Bir Kavram : Toplumun Mağdur Oluşu, Yeni Bir Ceza Kanunu'na Doğru (7),** (Günışığı Dergisi, sy.8, Ekim 2003)
- **Ulus, Devlet ve Kamusal Barışın Ceza Hukuku Yönünden Korunması, Yeni Bir Ceza Kanunu'na Doğru (8),** (Günışığı Dergisi, sy.9, Kasım 2003)
- **İletişim Özgürlüğü ve Yasal Düzenlemelerden Bir Kesit,** (GÜHFD, 2003/2)
- **Türk Ceza Kanunu Tasarısına İlişkin Genel Bir Değerlendirme ve Genel Hükümler Üzerine Birkaç Eleştiri,** (Türk Ceza Kanunu Reformu, 2. Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, Ankara, 2004, sh.21-37)
- **Tasarıda Genel İlkeler İle İlgili İki Değişik Madde,** (Ceza Hukukunun Güncel Kaynakları, İstanbul 2004, sh.33)
- **Yeni Türk Ceza Kanunundaki Bazı Suçlar Karşısında Tıbbi Uygulamaların Durumu,** (GÜHFD, 2004/2, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan), (Prof.Dr.Duygun Yarsuvat ile birlikte)
- **Yeni Türk Ceza Kanununda Çocuklarla İlgili Hükümlere Genel Bir Bakış,** (MHB., 2005 – 2006, sy.1-2, Prof. Dr. Aslan Gündüz'ün Anısına Armağan, sh. 45-59)
- **Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Hukuka Uygunluk Nedenleri,** (Prof. Dr. Erdoğan Teziç'e Armağan, İstanbul 2006, sh.15-23)
- **Soykırım Suçu,** (Av. Dr. Şükrü Alpaslan'a Armağan, İstanbul 2007, sh.271-282)
- **Ceza Hukukundaki Son Gelişmeler ve Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Genel Hükümlerine Bakış,** (GÜHFD, 2005/1, Mayıs 2007)
- **Teşebbüs ve İştirak Kurallarının Genişlemesi,** (Suç ve Ceza, sy.1, İstanbul 2007, sh.83-109) (Prof. Dr. Duygun Yarsuvat ile birlikte)
- **Eski Önasya Toplumlarında Suç Kavramı ve Ceza,** (Suç ve Ceza, sy.2, İstanbul 2008, sh.213-217)
- **Yeni Türk Ceza Kanunu ile Geçen Üç Yıl,** (Suç ve Ceza, sy.3, İstanbul 2008, sh.1-20)
- **20-27 Eylül 2009 Büyük Buluşma ya da XVIII. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi,** (Suç ve Ceza, sy.4, İstanbul 2008, sh.V-VIII)
- **Tartışılan Madde: TCK m.301,** (Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, Ankara 2008, sh.493-510)

- **Ceza Hukuku ve Siyaset,** (Uğur Alacakaptan'a Armağan, c.I, İstanbul, Haziran 2008, sh.127-134)
- **Çevre Kanunu'ndaki Son Değişiklikler,** (GÜHFD'nde yayınlanacaktır.)

Güncel Sorunlarla İlgili Kısa Makaleler

- **Suçun Hukuka Aykırılık Unsurunda Yeni Ufuklar,** (Açık Sayfa, Şubat 1998)
- **Gözaltına Alma,** (Açık Sayfa, Şubat 1999)
- **Özgürlükler ve Polis Şiddeti,** (Güncel Hukuk, Ocak 2004, sh.7)
- **Kanun Tasarılarının Gündeme Geldiği Dönem,** (Güncel Hukuk, Şubat 2004, sh.7)
- **Ceza Kanunu Tasarısı'nın Genel Çizgileri,** (Güncel Hukuk, Şubat 2004, sh.14-17)
- **Buhranlı Olaylarda Ulusal Tepki,** (Güncel Hukuk, Mart 2004, sh.7)
- **Adil Yargılanma Hakkı,** (Güncel Hukuk, Nisan 2004, sh.7)
- **Yargıda Karşılaşılabilecek Yenilikler,** (Güncel Hukuk, Mayıs 2004, sh.7)
- **Anayasal Değişiklikler ile Gerçekleşen Toplumsal Beklentiler,** (Güncel Hukuk, Haziran 2004, sh.7)
- **Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Biçim Değiştirmesi,** (Güncel Hukuk, Temmuz 2004, sh.7)
- **Yürürlüğe Giren Basın Kanunu,** (Güncel Hukuk, Ağustos 2004, sh.7)
- **Hukukun Gelişmesinde Ödüllerin, Yarışmaların Katkısı,** (Güncel Hukuk, Ağustos 2004, sh.8)
- **Devlet Güvenlik Mahkemeleri, Ağır Ceza Mahkemeleri?,** (Güncel Hukuk, Açık Tartışma, Ağustos 2004, sh.36-39)
- **Trenin Raydan Çıkması ve İnsanların Ölümü,** (Güncel Hukuk, Eylül 2004, sh.7)
- **Türk Ceza Kanunu Tasarısında Sona Doğru,** (Güncel Hukuk, Eylül 2004, sh.48-51)
- **Olaylar ve Kurallar Çatışması,** (Güncel Hukuk, Ekim 2004, sh.7)
- **Hukuk Eğitimi Güncelleşme Sürecine Girmelidir,** (Güncel Hukuk, Kasım 2004, sh.7)

- **Önemli Yasaların Hazırlanması,** (Güncel Hukuk, Aralık 2004, sh.7)
- **Bilgi Edinme Hakkı ve Sır Kavramı,** (Kazancı, sy.3, sh.7-12)
- **Bir Yaşındayız,** (Güncel Hukuk, Ocak 2005, sh.7)
- **Polis, Trafik ve Çocuk,** (Güncel Hukuk, Şubat 2005, sh.7)
- **Yargıtay'ın Önemli Kararının Etkileri...,** (Güncel Hukuk, Mart 2005, sh.8-10)
- **Siyasal Suç Kavramı ve Terör Olayları,** (Güncel Hukuk, Mart 2005, sh.26)
- **Eleştiri Hakkı,** (Güncel Hukuk, Nisan 2005, sh.7)
- **Linç ve Düşündürdükleri,** (Güncel Hukuk, Mayıs 2005, sh.7)
- **Uzlaşma,** (Güncel Hukuk, Haziran 2005, sh.7)
- **Gene Uzlaşma Üzerine,** (Güncel Hukuk, Temmuz 2005, sh.7)
- **Ceza Hukukunda Yeni Yapıtlar,** (Güncel Hukuk, Temmuz 2005, sh.54)
- **Yargının Siyasallaşması,** (Güncel Hukuk, Ağustos 2005, sh.6-8)
- **Üniversitede Özerklik Sorunu,** (Güncel Hukuk, Eylül 2005, sh.7)
- **Türk Hukukunda Terörle Mücadele Deneyimi,** (Güncel Hukuk, Eylül 2005, sh.24)
- **Yargıda Su Yüzüne Çıkan Çatışma,** (Güncel Hukuk, Ekim 2005, sh.6-7)
- **Üniversite Özerkliği ve Son Olaylar,** (Güncel Hukuk, Kasım 2005, sh.7)
- **AİHM Kararının Yarattığı Fırtına,** (Güncel Hukuk, Aralık 2005, sh.7)
- **2005 ya da Ceza Hukuku Yılı,** (Güncel Hukuk, Ocak 2006, sh.17-19)
- **Yargının Etkilenmesi Sorunu,** (Güncel Hukuk, Şubat 2006, sh.7)
- **Hukuk ve Tıp,** (Güncel Hukuk, Mart 2006, sh.7)
- **Yargıç ve Savcıların Sorumluluğu,** (Güncel Hukuk, Nisan 2006, sh.7)
- **Bugün 23 Nisan, Neşe Doluyor İnsan,** (Güncel Hukuk, Mayıs 2006, sh.7)
- **Karanlık Güçlerle Karanlık Günlere Doğru mu?,** (Güncel Hukuk, Haziran 2006, sh.7)
- **Hukuk Eğitiminde Arayış Hareketleri,** (Güncel Hukuk, Temmuz 2006, sh.7-8)

- **Basın Özgürlüğüne Yeni Sınırlamalar,** (Güncel Hukuk, Ağustos 2006, sh.6-7)
- **Adli Yıl Açılırken,** (Güncel Hukuk, Eylül 2006, sh.7)
- **Linç,** (Güncel Hukuk, Ekim 2006, sh.7)
- **TCK 301. Maddesi Üzerinde Esen Fırtınalar,** (Güncel Hukuk, Kasım 2006, sh.6-7)
- **Adalet Bakanlığı Hukukçu Sürücü Arıyor,** (Güncel Hukuk, Aralık 2006, sh.6-7)
- **Hepimiz Katiliz... ya da Toplumun Suçluluğu...,** (Güncel Hukuk, Şubat 2007, sh.12)
- **Devam Eden Yasal Sarsıntılar,** (Güncel Hukuk, Mart 2007, sh.7)
- **Ceza Yargılamasındaki Değişimler,** (Güncel Hukuk, Nisan 2007, sh.7)
- **Dinin Türk Ceza Kanunu'na Etkisi,** (Güncel Hukuk, Mayıs 2007, sh.7)
- **Cumhurbaşkanı Seçimi ve Anayasa Değişikliği**, (Güncel Hukuk, Haziran 2007, sh.6)
- **Yargıya Saygı**, (Güncel Hukuk, Temmuz 2007, sh.7)
- **Yok Oluşa Doğru Gidiş mi?,** (Güncel Hukuk, Ağustos 2007, sh.7)
- **Yeni Yıla Girerken,** (Güncel Hukuk, Eylül 2007, sh.6-7)
- **Üniversiteler Açılırken,** (Güncel Hukuk, Ekim 2007, sh.6)
- **Tartışmalar Arasında Atatürk,** (Güncel Hukuk, Kasım 2008, sh.7)
- **Gelişen Bir Akım : Farazi Dava ve Duruşma Yarışmaları,** (Güncel Hukuk, Aralık 2008, sh.7)
- **Hakimler ve Savcılar Kanunu'nda Yapılan Değişiklik ve Yargıç Bağımsızlığı,** (Güncel Hukuk, Ocak 2008, sh.7)
- **Üç Kuruşluk Opera,** (Güncel Hukuk, Şubat 2008, sh.7)
- **Selam Verdim, Rüşvet Deyü Almadılar,** (Güncel Hukuk, Mart 2008, sh.7)
- **Tıp Uygulamalarında Kişiye Her Şey Söylenir mi?,** (Güncel Hukuk, Nisan 2008, sh.7)
- **Yargı Bağımsızlığı Karşısında Yargıyı Etkileme Sorumluluğu,** (Güncel Hukuk, Mayıs 2008, sh.7)
- **1 Mayıs, 1 Mayıs İşçinin, Emekçinin Bayramı,** (Güncel Hukuk, Haziran 2008, sh.7)

- **Bir Bunalım Daha : Gizli Dinleme ve Gizli İzleme,** (Güncel Hukuk, Temmuz 2008, sh.7)
- **Karar Darbe ve Şeriatı Önler,** (Güncel Hukuk, Açık Tartışma, Temmuz 2008, sh.10)
- **Bunalımın Böylesi Yaşanmadı,** (Güncel Hukuk, Ağustos 2008, sh.6)
- **Çetin Özek'in Ardından,** (Güncel Hukuk, Ağustos 2008, sh.21)
- **Ceza Yargılamasında Mağdurun Tanıklığına İlişkin Güvenilirlik Sorunu,** (Güncel Hukuk, Eylül 2008, sh.7)
- **Basın Özgürlüğü Karşısındaki Tehditler,** (Güncel Hukuk, Ekim 2008, sh.7)
- **Bitmeyen Kabus ve Utanç : İşkence,** (Güncel Hukuk, Kasım 2008, sh.7)
- **Kişi Güvenliğinden Kişi Güvensizliğine,** (Güncel Hukuk, Aralık 2008, sh.7)
- **Güncel Hukuk Beş Yaşını Doldurdu,** (Güncel Hukuk, Ocak 2009, sh.9)
- **İnsan İnsanın Kurdudur,** (Güncel Hukuk, Şubat 2009, sh.7)
- **Hukukun ve Yargının Niteliği Üzerine...,** (Güncel Hukuk, Mart 2009, sh.7)
- **Gizli Dinlemeden Gizli İzlemeye,** (Güncel Hukuk, Nisan 2009, sh.7)
- **Gündemdeki Kavram : Arama,** (Güncel Hukuk, Mayıs 2009, sh.7)
- **Kanun Yapma Yöntemindeki Yanlış Uygulamanın Doğurduğu Aksaklıklar,** (Güncel Hukuk, Haziran 2009, sh.7)
- **Çözümlenemeyen Sorun : Tutuklama,** (Güncel Hukuk, Temmuz 2009, sh.7)
- **Askeri Yargının Sınırlanması Üzerine,** (Güncel Hukuk, Ağustos 2009, sh.7)
- **Adli Yıl Açılırken,** (Güncel Hukuk, Eylül 2009, sh.7)
- **18. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi,** (Güncel Hukuk, Açık Tartışma, Eylül 2009, sh.13-16)
- **Gündemdeki Konu – Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu,** (Güncel Hukuk, Ekim 2009, sh.7)
- **Çek Kanun Taslağının Düşündürdükleri,** (Güncel Hukuk, Kasım 2009, sh.6-7)
- **Grip Aşısı Krizi,** (Güncel Hukuk, Aralık 2009, sh.7)

- **Çek Kanunu Yürürlüğe Girdi...,** (Güncel Hukuk, Ocak 2010, sh.7)
- **Kuvvetler Ayrılığı – Yargının Vazgeçilmez Gücü,** (Güncel Hukuk, Şubat 2010, sh.7)
- **Yeni Anayasa ve Toplumsal Uzlaşma,** (Güncel Hukuk, Mart 2010, sh.6-7)
- **Hani Düşünce Özgürlüğü Sınırsızdı....,** (Güncel Hukuk, Nisan 2010, sh.7)
- **Kamuoyunda Tartışılan Konu : Özel Ağır Ceza Mahkemeleri,** (Güncel Hukuk, Mayıs 2010, sh.7)
- **Anayasa Değişiklikleri Karşısında Yargı,** (Güncel Hukuk, Haziran 2010, sh.7)
- **Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı Üzerine...,** (Güncel Hukuk, Temmuz 2010, sh.7)
- **Bakırköy Kültür ve Sanat Konağı'nda Etkilenişimler,** (Güncel Hukuk, Temmuz 2010, sh.57)
- **Adli Yılın Sona Ermesi Nedeniyle....,** (Güncel Hukuk, Ağustos 2010, sh.7)
- **Gündemdeki Tartışma Konusu ; Yargı,** (Güncel Hukuk, Eylül 2010, sh.7)
- **Referandumu İzleyen Kavram : Başkanlık Rejimi,** (Güncel Hukuk, Ekim 2010, sh.7)
- **Atatürk'e Saygı,** (Güncel Hukuk, Kasım 2010, sh.7)
- **Yargılamanın Bitmeyen Tartışmalı Sorunu: Tutuklama,** (Güncel Hukuk, Aralık 2010, sh.6-7)
- **Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı ve Gençlerimiz,** (Güncel Hukuk, Ocak 2011, sh.7)
- **2010 ve Ceza Hukuku,** (Güncel Hukuk, Ocak 2011, sh.20-22)
- **Tutuklamadaki Süre Tartışmasının Yeniden Gündeme Gelmesi, Kanun Yapma Sanatı,** (Güncel Hukuk, Şubat 2011, sh.7)
- **Yargının Tarihsel Konumu,** (Güncel Hukuk, Mart 2011, sh.7)
- **Basın Özgürlüğü ve Örgüt Üyeliği,** (Güncel Hukuk, Nisan 2011, sh.7)
- **Düşünce ve Bomba Hazırlığı,** (Güncel Hukuk, Mayıs 2011, sh.7)
- **Asliye Ceza Mahkemelerinin Değişen Yapısı, Cumhuriyet Savcılarının Yokluğu,** (Güncel Hukuk, Haziran 2011, sh.7)

- **Ucube,** (Güncel Hukuk, Temmuz 2011, sh.7)
- **Yasama Dokunulmazlığı,** (Güncel Hukuk, Ağustos 2011, sh.7)
- **Üniversite Öğrencisi Çalışan Bir İşçidir,** (Güncel Hukuk, Eylül 2011, sh.6)
- **Tutuklular da İnsandır,** (Güncel Hukuk, Ekim 2011, sh.7)
- **Hukuk Dünyasının Gökyüzünde Bir Yıldız Kaydı, Av. Cengiz İlhan'ı Kaybettik...,** (Güncel Hukuk, Ekim 2011, sh.64-65)

Yurt içi Bildiri Kitaplarında Yayımlanan Yayınları

- **Seminaire sur les problemes de la circulation routière en Turquie**, (Annales de la Faculte de droit d'İstanbul, no. 29-30-31-32), İstanbul, 1968.
- **Trafik Düzensizliği ve Çözüm Yolları,** (İHFM, 1972, c. XXXVII, sy. 1-4) (Genel Rapor)
- **Yığın Hareketlerinde Sorumluk Sorunu,** (Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu II, Ankara, 1978) (Rapor)
- **Film ve Suç,** (Sinema Filmlerinin Sansürü Kollokyumu, İstanbul, 1978) (Rapor)
- **La contribution de la protection penale à l'environnement,** (Annales de la Faculte de droit d'İstanbul, no.41), İstanbul, 1978.
- **Les principes de politique criminelle en turquie et les rapports de ces principes avec ceux de la politique penale concue dans le sens strict du terme,** (Annales de la Faculte de droit d'İstanbul, no.41), İstanbul, 1978.
- **Karayolu Trafiğinin Yasal Düzenleme Çabalarından Bir Örnek,** (Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu IV, Ankara, 1980) (Rapor)
- **Dini İnanç ve İbadet Özgürlüğünün Ceza Kuralları İle Korunması,** (Atatürk Sempozyumu, İstanbul, 1981) (Rapor)
- **11 Yaşını Bitirmiş 15 Yaşını Doldurmamış Olanlarda Farik ve Mümeyyizlik Kavramı Nedir?,** (II. Ulusal Adli Tıp Günleri, İstanbul, 1986) (Rapor)
- **Trafikte Tehlikeli İhlaller ve Suçlar, Trafik Cezaları, Puan Sistemi,** (Türkiye'de Trafik Kazaları ve Alınacak Önlemler, Ankara, 1987) (Rapor)
- **İş kazaları: Meslekte Kazanma ve Çalışma Gücünün Kaybı, Kavramlar ve Mesleki Kusurlar,** (IV. Ulusal Adli Tıp Günleri, İstanbul, 1989) (Rapor)

- **Uyuşturuculardа İtiyat ve İptila Deyimlerinin Tartışılması,** (V. Ulusal Adli Tıp Günleri, İstanbul, 1990)
- **Çocuk Hakları,** (İnsan Hakları Bağlamında Sosyal ve Kültürel Haklar Paneli, İstanbul, 1991)
- **Babalığın Tayininde Son Hükümler,** (VI. Ulusal Adli Tıp Günleri, İstanbul, 1992)
- **TCK Öntasarısında Çocuk Suçluluğuna İlişkin Düzenleme,** (Adliye ve Çocuk Suçluluğu Sempozyumu, İstanbul, 1993)
- **Değişen Dünyada Birey, Aile, Toplum ve TCK içerisinde Yer Alan Bazı Suçlar,** (Kadın Araştırmaları Dergisi, İstanbul, 1993)
- **Hekimin Ceza Hukuku Yönünden Sorumluluğu,** (Tıp Deontoloji Sempozyumu, İstanbul, 1994)
- **Medya ve Şiddet,** (Basın Kendini Sorguluyor, İstanbul, 1996)
- **Banka Kredi Kartları Aracılığı İle İşlenebilen Suçlar,** (Hukuki Açıdan Banka ve Kredi Kartları Sempozyumu I, İstanbul, 1996) (Rapor)
- **Ceza Hukuku Yönünden Şiddet,** (Şiddet ve Hoşgörü-Galatasaray Topluluğu İşbirliği Kurulu yay., İstanbul, 1997) (Rapor)
- **Ceza Kanunundaki Hukuka Uygunluk Nedenleri,** (Ceza Hukuku Günleri, İstanbul, 1997) (Rapor)
- **Gazeteci Nedir? Ne Değildir?,** (Yerel Basında Gazetecinin Tanımı İşlevi Çalışma Koşulları Ve Sorunları, İstanbul, 1997)
- **Sağlık Sektörü ve Medya,** (ATKEM Dergisi, İstanbul, 1997, c.I)
- **Cürüm Eşyasını Satın Almak ve Saklamak,** (Kuyumculuk Sektörünün Sorunları, I)
- **Ceza Hukuku Açısından Kredi Kartı Sahtekarlık ve Dolandırıcılıklarının Değerlendirilmesi,** (Hukuki Açıdan Banka ve Kredi Kartları Sempozyumu II, İstanbul, 1999) (Rapor)
- **CMUK'taki Değişikliklerin Askeri Ceza Yargılamasında Uygulanması,** (Askeri Yargıtay 85. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu, Ankara, 1999) (Rapor)
- **Yargı ve Medya İlişkileri : Batı Deneyimleri, Türkiye'deki Durum, Mevzuat Eksiklikleri ve Hukuk Devleti,** (Hukuk Kurultayı, 2000, c.II, Ankara, 2000) (Rapor)
- **Türk Ceza Kanunu Tasarısında Genel Hükümler Bölümünü Oluşturan Düzenlemenin Genel Özellikleri,** (Ceza Hukuku Reformu, İstanbul, 2001)

- **İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Hukuku: Genel Değerlendirme,** (Ceza Hukuku Derneği Yayınları, İstanbul, 2003) (Rapor)
- **Ceza Hukuku Açısından Bilgi Edinme Hakkı,** (Türkiye Barolar Birliği'nin 05 Mayıs 2004'te düzenlediği Bilgi Edinme Hakkı Paneli'ne sunulan rapor), (Bilgi Edinme Hakkı, Ankara, 2004, sh.109-117)
- **Bankalar Kanunu'nun Ceza Hukuku Yönünden Değerlendirilmesi,** (İstanbul Barosu'nun düzenlediği Bankalar Kanunu Paneli'ne sunulan rapor), (Bankalar Kanunu ve İlişkili Kanun Değişikliklerinin Hukuk Açısından Değerlendirilmesi, İstanbul, 2004, sh.27-37)
- **Türk Ceza Kanunu Tasarısı Genel Hükümleri,** (Türk Ceza Kanunu Tasarısı Sempozyumu, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul Barosu, Türk Ceza Hukuku Derneği ortak yayını), (Av. Önder Öztürel - Arş.Gör.Pınar Memiş ile birlikte) (Türk Ceza Kanunu Tasarısı, İstanbul, 2004, sh.31-39)
- **Kişi Güvenliği,** (Hukuk Kurultayı, 2004, c.II, Ankara, 2004) (Rapor)
- **Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Kişilere Karşı İşlenen Suçlar,** (Türk Ceza Kanunu Sempozyumu, Türk Ceza Hukuku Derneği ile Eskişehir Barosu ortak toplantısı) (Hukuk ve Adalet, Nisan 2005, sy.5, sh.220-227)
- **Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Yer Alan Koruma Tedbirlerine Genel Bir Bakış,** (Ceza Hukuku Reformu Sempozyumu'na sunulan rapor, 28 Nisan 2005) (Legal, Ağustos 2005, sy.32, sh. 2863-2871) (Rapor)
- **Kredi Kartı İle İlişkili Sahtekarlık / Dolandırıcılık Örneklerinin Türk Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi,** (Hukuki Açıdan Banka Kartı ve Kredi Kartı Sempozyumu, İstanbul, 2005) (Rapor)
- **Kolluğun Silah Kullanma Yetkisinin Yasal Dayanakları,** (Kolluğun Silah Kullanma Yetkisi Paneli, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayını, sh.25-38) (Rapor)
- **Yeni Türk Ceza Kanununda Yer Alan Millete ve Devlete Karşı Suçlar,** (Yeni Türk Ceza Kanunu Sempozyumu, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayını, sh.67-83).

  (Aynı makale, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin 2005, cilt II, sayı 2, sh.371-375 sayfalarında da yayınlanmıştır.)
- **Yeni Ceza Kanunları ve Çocuk Hekimliği,** (III. Ulusal Çocuk Acil Tıp ve Yoğun Bakım Kongresi, 2006) (Tebliğ)
- **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Özgürlük ve Güvenlik Hakkı,** (Ankara Barosu İnsan Hakları Hukuku Araştırma, Uygulama ve Danışma Merkezi Konferansları) (Tebliğ)
- **İnsanlığa Karşı Suçlar,** (Uluslararası Ceza Yargısı – Uluslararası Nitelik Taşıyan Suçlar, Adalet Bakanlığı Adalet Akademisi) (Yayınlanacaktır.)

- **Bir Adli Organ Olarak Savcılık,** (Bir Adli Organ Olarak Savcılık Sempozyumu, TBB Yayını, sh.339-344)
- **Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeler, Hastanın Kendi Geleceğini Bilme Hakkı,** (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından düzenlenen I. Sağlık Hukuk Sempozyumu'na sunulan bildiri, 17 Kasım 2006, sh.96-104).
- **Ceza Hukukuna Genel Bakış ve TCK m.301,** (İstanbul Barosu SEM Cumartesi Forumları-1'e sunulan bildiri, 31 Mart 2007, İstanbul 2008, sh.135-165)
- **Türk Ceza Kanunu'nun Üç Yıllık Değerlendirmesi,** (İstanbul Barosu SEM Cumartesi Forumları-2'ye sunulan bildiri, 12 Nisan 2008, İstanbul 2008, sh.207-234)
- **Teşebbüs, İştirak, Suçların Birleşmesi,** (Türk Ceza Hukuku Derneği tarafından düzenlenen Türk Ceza Kanunu'nun 2 Yılı Sempozyumu'na sunulan bildiri, 16-17 Haziran 2007, İstanbul 2008, sh.137-147)
- **Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi,** (Türk Ceza Hukuku Derneği tarafından düzenlenen Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 3 Yılı Sempozyumu'na sunulan bildiri, 21-22 Haziran 2008, İstanbul 2009, sh.85-107)

KİTAPLARI

- **Doğum Kontrolünün Ortaya Koyduğu Hukuki Problemler ve Çözüm Yolları,** İstanbul, 1969, (Prof. Dr. Ali Rıza Okur ile birlikte) (İstanbul Barosu 1968 Bilim Ödülü).
- **Türk Hukuk Bibliyografyası 1963, 1964, 1965,** İstanbul, 1970, (Prof. Dr. Teoman Akünal ile birlikte).
- **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu,** İstanbul, 1972, (Doktora Tezi)
- **Türk Hukuk Bibliyografyası 1969, 1970,** İstanbul, 1973, (Prof. Dr. Teoman Akünal ile birlikte).
- **Suç İşlemeye Tahrik Cürmü,** İstanbul, 1977, (Doçentlik Tezi).
- **Siyasal Suç,** İstanbul, 1982, (Profesörlük Takdim Tezi).
- **Nüfus, Kadın ve Hukuk,** Ankara,1985, (Ortak Eser).
- **Türkiye'de Nüfus Planlaması, Kadın ve Hukuk,** Ankara, 1985, (Ortak Eser).
- **Almanya Federal Cumhuriyeti Ceza Hukukuna Giriş,** İstanbul, (Hans-Heinrich Jaecheck, Çev. Feridun Yenisey), (Türk Hukukuna İlişkin Açıklama: Prof. Dr. Kayıhan İçel ile birlikte).
- **Ceza Hukuku El Kitabı,** İstanbul, 1989, (Ortak Eser).
- **Yasalarımız ve Haklarımız,** İstanbul, 1990, (TÜSİAD yayını), (Ortak Eser).
- **Yargılama Düzeninde Kalite,** İstanbul, 1998, (TÜSİAD yayını), (Ortak Eser).
- **İnşaatçıların Deprem Hasarlarından Doğan Sorumlulukları ile Hasarlı Binaları Onarma Güçlendirme Yolları,** İstanbul, 2000, (Ortak Eser).
- **İnternet ve Hukuk,** İstanbul, 2001, (Ortak Eser).

ÜYESİ OLDUĞU VE GÖREV ÜSTLENDİĞİ ULUSAL VE ULUSLARARASI KURULUŞLAR

- Association Internationale de Droit Pénal
- Türk Ceza Hukuku Derneği – İstanbul
- Galatasaray Eğitim Vakfı (II. Başkan)
- Galatasaraylılar Derneği
- Alliance Galatasaray
- İ.Ü. Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Mütevelli Heyet Üyesi – Kurucu Üye
- İ.Ü. Hukuk Fakültesi Mezunlar Derneği
- İSTEK İstanbul Eğitim ve Kültür Vakfı Mütevelli Heyet Genel Kurul Üyesi
- Atatürk Vakfı Kurucular Kurulu Üyesi
- Türk Ekonomik Hukuk Araştırmaları Vakfı

Yurt Dışı Hakemli Dergilerdeki Yayınları	:	3 adet
Yurt Dışı Bildiri Kitaplarındaki Yayınları	:	2 adet
Yurt Dışı Kitapta Yayımlanan Makale	:	1 adet
Yurtiçi Dergilerdeki Yayınları	:	55 adet
Güncel Sorunlarla İlgili Kısa Makaleler	:	102 adet
Yurt içi Bildiri Kitaplarında Yayımlanan Yayınları	:	47 adet
Kitapları	:	14 adet

İÇİNDEKİLER

Yayın Kurulu'ndan VII

Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR'ın Özgeçmişi IX

Yayınları XI

Kitapları XXIV

Üyesi Olduğu ve Görev Üstlendiği Ulusal ve
Uluslararası Kuruluşlar XXV

Hatıra Yazıları

İnan KIRAÇ
Prof. Dr. Köksal Bayraktar 3

Duygun YARSUVAT
Aziz Kardeşim Köksal Bayraktar 5

Ümit KOCASAKAL
Bu Kubbede Baki Kalacak Bir Hoş Sada:
Hocam Köksal Bayraktar 9

Özden BAYRAKTAR
Çocuğun Gelişiminde Babalığın Etkileri 13

M. Ali BİRAND
Herşeyden Önce Bir İnsan... 23

Tayfun UZUNOVA
Prof. Dr. Köksal Bayraktar İçin 27

Muammer AYDIN
"Bayraktar" Olmak Kolay Değil ! 29

Türker ASLAN
Melek İnsan 33

Kısmet ERKİNER
Tam Yarım Yüzyıl Oldu 35

Neşe KIZIL
Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a 45

Mehmet GÜN
Türkiye, Uyuşmazlıklarda Doğrunun Tam Olarak Açıklanmasına -
Çağdaş Bir İfşa ve İbraz Sistemine Muhtaçtır 49

Bilimsel Yazılar

Teoman AKÜNAL
Ceza Hukuku İlkeleri Işığında Dernek Cezaları 91

Füsun ARSAVA
Kuvvet Kullanma Tehdidi Yasağına İlişkin Analiz 109

Aydın AYBAY
Tapu Kütüğüne İşlenmiş Şerhin Terkini Davası ve Tahkim Şartı 121

Rona AYBAY
Uluslararası Mahkemeler ve Bireylerin Ceza Sorumluluğu 125

Pierre-Henri BOLLE, Çeviren: Güçlü AKYÜREK
Ticari Meşru Savunma 151

Nur CENTEL
5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre Telekomünikasyon
Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi 161

Isidoro Blanco CORDERO
La Jurisdicción Universal en España: Un Paso Atrás en la
Lucha Contra la Impunidad 193

H. Ercüment ERDEM
Incoterms® 2010 219

Serap KESKİN-KİZİROĞLU
Arama İşlemi Bakımından Şirket Avukatının Şirket İçindeki
Çalışma Yeri Avukatın Bürosu Sayılabilir Mi?
- Karar Çevirisi ve Değerlendirme - 237

Ahmet MUMCU
Türk Ceza Hukukunda Ensest Sorunu Var mı? 261

Fatih Selami MAHMUTOĞLU
Aleyhe Bozma Yasağı - Kesin Hükmün Engelleyici Etkisi -
Lehe Yasa Kuralının Uygulanması - Somut Cezanın
Saptanmasında Alt Sınırdan Uzaklaşılması 271

Ayşe NUHOĞLU
Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı
Korunması Sözleşmesi ve Türk Hukuku 287

Ali Rıza OKUR
Hekimin Serbest Çalışma Hakkı ve Sınırları 301

Füsun SOKULLU-AKINCI
Confidence in Criminal Justice and Trust-Based Crime Control 319

Ersan ŞEN / Bilgehan ÖZDEMİR
Yasak Hakların İadesi Karşısında Karayolları Trafik
Kanunu ile Milletvekili Seçimi Kanunu'nun Değerlendirilmesi 335

Turgut TAN
Anayasa Mahkemesi Uygulamalarına İlişkin Bazı Gözlemler 357

Yener ÜNVER
Güvenlik Tedbirleri ile Cezalar Arasında Bir Fark Kaldı mı?
(Alman Anayasa Mahkemesi'nin Konuyla İlgili Bir Kararı Üzerine
Kısa Bir Değerlendirme) 367

Duygun YARSUVAT
Türk Ceza Muhakemesi Hukukuna Hakim İlkeler:
İtham Sistemi mi, Tahkik Sistemi mi? 377

Hamdi YASAMAN
Markaların Hükümsüzlüğü Davalarında
Dava Açma Süresi 389

Feridun YENİSEY
Örgüt Suçu, Muhakemesi ve Gizli Tanık 397

Hamide ZAFER
Fuhşa Teşvik Suçunda Zincirleme Suçun Mağdura İlişkin Koşulunun
Değerlendirilmesi 421

Rıdvan AKIN
Birinci Meclis Döneminde Sivil Otoritenin Üstünlüğü ve
Ordunun Yönetimi Tartışması 431

Çetin ARSLAN
Avrupa Birliği Hukukunda Kişisel Verilerin
Üçüncü Ülkelere Aktarılması 447

Melike BATUR YAMANER
İnsancıl Hukukun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
Tarafından Uygulanışında İçtihadi Gelişmeler 489

Ali Rıza ÇINAR
Alman Ceza Yargılama Hukukunda İstinaf Yasayolu 503

Tuğrul KATOĞLU
Asliye Ceza Mahkemelerinin Yeni Durumu "Silahların
Eşitliği" Tartışmalarından "Silahlara Veda"ya 533

Emre ÖKTEM
Terör Eylemlerinden Dolayı Devletin Uluslararası Sorumluluğu 545

Handan YOKUŞ SEVÜK
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Gizli Tanıklık 615

Mustafa T. YÜCEL
Yargı Reformu ve Demokrasi
(Halkın Geleceğe ve Yargıya Sahiplenmesi) 625

Sinan ALTUNÇ
Basın Kanunu'ndaki Dava Açma Süreleriyle İlgili
Düzenlemenin Değerlendirilmesi 657

H. Ali DURAL
5941 sayılı Çek Kanunu'na Göre Gerçek Kişilerin Temsilci Aracılığıyla

Çek Düzenlemesi ve Gerçek Kişi Tacirin Ticari Mümessilinin
Çek Düzenleme Yetkisi 667

R. Barış ERMAN
Ceza Muhakemesi Hukukunda Belirti ve İspat Değeri 679

Ali Hakan EVİK
"Bilişim Sistemlerinin Kullanılması Suretiyle İşlenen Hırsızlık" Suçuna
İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi 703

Vesile Sonay EVİK
Suçluyu Kayırma Suçu 717

Faruk Kerem GİRAY
Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulması Hakkında Avrupa Konseyi
Sözleşmesine İlişkin Değerlendirme 749

Nurcan İPEK
Roma Hukukunda Kadının Cezai Sorumluluğu 773

Zeynel T. KANGAL
Ceza Kanunlarının Zaman Bakımından Uygulanması 785

Fatma KARAKAŞ DOĞAN
Suçların ve Cezaların İçtimaı 813

Eric SALES-Burak ÇELİK
2008 Anayasa Değişikliği Sonrasında Fransa'da Yargıçlar ve
Savcılar Yüksek Kurulu 847

Hasan SINAR
Türk Hukukunda Doğal Afetlerden Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu
Üzerine Notlar 873

Stephen C. THAMAN, Çeviren: Hasan SINAR
Hakikat Vs. Yasallık: Hukukun Üstünlüğünü Benimseyen
Bir Ülkede Hukuka Aykırı Olarak Elde Edilen Delillerin
Aklanmasının Sınırları 887

II. Cilt

Güçlü AKYÜREK
Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Unutulmuş Hükmü:
Madde 332 (Bilgi İsteme) 933

Emine Eylem AKSOY RETORNAZ
İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının Uygulanması Ve Ceza
Yargılaması Hukukuna Yansımaları 943

Sıtkı Anlam ALTAY
Bağımsız Denetim Karşısında Anonim Ortaklık Organlarının İşleyişi 963

Birden GÜNGÖREN
Hegel'in Ceza Teorisi: Suçlunun İade-i İtibarı 989

Hakan KIZILARSLAN
Organ ve Doku Naklinin Hukuki Yapısı 1003

Gülşah KURT YÜCEKUL
Türk Ceza Kanununun 220/4. Maddesinin, Bileşik Suçu Düzenleyen
42. Madde Karşısında Uygulanabilirliği Üzerine Bir Değerlendirme 1027

Pınar MEMİŞ KARTAL
Türk Ceza Hukukunda Cebir Suçu (TCK M.108) 1035

Çağla TANSUĞ
Fransız Hukukunda "Regülasyon" Hakkında 1049

Erman BENLİ
Ekonomik Zarar 1055

Yusuf Tunç DEMİRCAN
Çocuğun Cinsel İstismarı Suçu ve Asılsız Cinsel Saldırı İddiaları 1091

Hülya DİNÇER
Bir Suç Olarak Dine Hakaret, İfade Özgürlüğü ve "Dini His"lere
Tanınan Koruma 1101

Fulya EROĞLU
Genital Muayene Suçları (TCK m. 287) 1127

Onur Kemal KERMAN
Ceza Hukuku Sistemlerinin Kısa Bir Değerlendirmesi 1143

Florian JEßBERGER/ Camill SANDER
Alternatif Kast (Dolus Alternativus)
(Çev.: Arş. Gör. Serkan MERAKLI) 1153

Gizem Sarıbay ÖZTÜRK / Faruk Barış MUTLAY
Insurance Branches in Turkish Social Security Law after Reform 1159

Tolga ŞİRİN
Makul Sürede Yargılanma Hakkının İhlali Sorunu ve Bir Danıştay
Kararının Düşündürdükleri 1189

Zeynep TUZLU
Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın 26.01.2008 Tarihli ve
C-498/07 P Sayılı La Española V Carbonell Kararı Üzerine
Bir İnceleme 1205

Yasemin ANTAKYALIOĞLU
Ceza Muhakemesi Hukuku'nda Gaiplerin ve Kaçakların
Yargılanması 1249

Metin ASLAN
Dernek Kurma Hakkı 1267

Cüneyd ALTIPARMAK
Tefecilik Suçu 1287

Ömer BAYRAKTAR
Organ ve Doku Nakli 1297

Burak CANDAN
Teknolojik Araçlardan Elde Edilen Verilerin
Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi 1331

Aysun DALKILIÇ
Türk Ceza Adalet Sisteminde Mağdurun Korunması 1341

Kısmet ERKİNER
Doping.....1355

Valerie P. HANS
Dünyadaki Jüri Sistemleri (Çev.: Elif GÖKŞEN).....1399

Dilek HELVACI
Alkollü Araç Kullanmak Ve Taksir.....1425

Kürşat KAYRAL
5187 Sayılı Basın Yasasında İdari İşlemler.....1431

İlkan KOYUNCU
5941 5941 Sayılı Çek Kanunu'nda Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçu...1445

Serdar MERMUT
Organ ve Doku Ticareti Suçu.....1457

Aydın METİN
Zorunluluk Hali 1489

Ali Osman ÖZDİLEK
CMK M.134 Uygulamasında Verilerin MD5 Algoritmasi İle
"Hash"Değerlerinin Alınmasında Çakışma (Collision) Sorunu 1497

Dilek SALMAN KARADENİZLİ
Elektronik Haberleşme Endüstrisinde Hakim Durum ve
Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halleri.....1503

Mustafa TIRTIR
Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi.....1553

Nilgün YAMANER
Gemi Kaçırma ve Korsanlık ve Cezalandırma 1599

Can ÇELİK
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları
Komisyonu Kararları Çerçevesinde Terörizm ve İfade Özgürlüğü 1603

Can VODİNA
Büyük Daire
Bayatyan Ermenistan'a Karşı.....1629

Sevil ALTINÖZ
Türk Hukuku'nda Karşılıksız Çek 1671

Aras TÜRAY
Hukuki İşlemlerde Basit Dolandırıcılık Suçu..... 1681

Hatıra Yazıları

Prof. Dr. Köksal Bayraktar

*İnan KIRAÇ**

Prof. Dr. Köksal Bayraktar örnek bir Galatasaraylıdır. Galatasaray Üniversitesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Başkanı Doç. Dr. Ümit Kocasakal'ın, Sayın Bayraktar onuruna bir Armağan yayınlamayı kararlaştırmış olması beni çok mutlu etti.

Dekanlığı ve hocalığı devresinde Galatasaray Üniversitesi'ne ve okuttuğu talebelere hem örnek olmuş, hem de bu gençlerin yetişmesinde öncülük etmiştir.

Galatasaray Üniversitesi ve Lisesine, Galatasaraylılık geleneklerine her zaman bağlı kalmıştır. Köksal, Galatasaray Eğitim Vakfı'ndaki çalışmalarına da yıllardır başarıyla devam etmektedir.

Bayraktar'ın, daha nice uzun yıllar Türk hukukuna değerli hizmetler vereceği ve gençleri yetiştirmeye devam edeceği muhakkaktır. Onuruna çıkarılan Armağan, Köksal Bayraktar'ın bilimiyle, görüş ve önerileriyle Türk hukuk hayatına her zaman ışık tutacak, düşünce ve çalışmalarına süreklilik kazandıracak, yeni yetişecek akademisyenlere yol gösterecektir.

Saygılarımla,

Mayıs 2011

---

* Galatasaray Eğitim Vakfı Başkanı

Aziz Kardeşim Köksal Bayraktar

*Duygun YARSUVAT**

Köksal Bayraktar benim liseden arkadaşımdır. Galatasaray Lisesi'nde, aramızda dört senelik bir dönem farkı vardır. Köksal Bayraktar, Galatasaraylılar tarafından çok sevilen, herkese hoşgörü ile yaklaşan bir kişidir. Yüreği iyilikle doludur. Bu iyi insana kötülük yapanlar da kuşkusuz olmuştur.

Köksal Bayraktar'ı İstanbul Hukuk Fakültesi öğrenciliği sırasında yakından tanımak fırsatını da buldum. Bu fırsat her ikimizin akademik hayatımız boyunca devam ede gelmiştir. 1966 yılında doktoramı verdikten sonra, yurtdışına giderken hocamız Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer'e uğradığım zaman, ceza hukuku sözlü imtihanını yapmaktaydı ve yanında da genç, mahcup, güleryüzlü, çiçeği burnunda Ceza Hukuku ve Ceza Usul Hukuku Kürsüsü Asistanı Köksal Bayraktar bulunmakta idi. Uzun yıllar hep beraber olduk. Köksal evlendi, biz kutladık, Köksal'ın çocuğu oldu, bizler sevindik. Akademik ünvanlar aldık. Büyüdük. Söz sahibi olmaya başladık. Dostluğumuz ve arkadaşlığımız devam etti. Sonra ben Siyasal Bilgiler Fakültesi'ne gittim. Köksal İstanbul Hukuk Fakültesi'nde kaldı. Gerek Galatasaraylılık ilişkilerimiz, gerek mesleki bağlılıklarımız hızından kaybetmeksizin devam etti.

Galatasaray Üniversitesi'nde ikimiz buluştuk.

Gerçekte Köksal Bayraktar ile benim kader çizgim adeta hep beraber olmak şeklinde çizilmiştir. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde aynı kürsünün iki elemanı olarak çok başarılı çalışmalara imza attık. Köksal tam bir akademisyen olarak araştırmayı, yayın yapmayı seven bir yapıya sahiptir. İtiraf etmek gerekir ki, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ndeki öğretim üyeliği yıllarımızda, Köksal Bayraktar'ın gayretleriyle Hukuk Fakültesi geniş bir yayın ağını gerçekleştirmiştir. Prof. Bayraktar, Hukuk Fakültesi Dekanlığı yaptığı süre içerisinde, Fakülteyi olduğu yerden çok ileriye taşımış, Türkiye'nin en önde gelen hukuk fakülteleri arasına sokmuştur. Hatta çekinmeden diyebilirim ki, sevecen, mütevazi, hoşgörülü Köksal Bayraktar

---

* Prof. Dr., Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Hukuk Fakültesi'nin elinden tutmuş ve koşturmaya başlamıştır. Dekanlığı süresi içinde, Hukuk Fakültesi Mecmuası düzenli olarak çıkmaya başlamıştır. Bayraktar'ın en büyük özelliği, bir işe koyulursa onun sonucunu almak için ısrarla üzerinde durmasıdır. Açıkça söyleyebilirim ki, Köksal Bayraktar bir işe tırnağını takarsa, o işi bitirir.

Galatasaray Camiası içinde Prof. Bayraktar, Galatasaraylıların Köksal abisi o kadar çok sevilir ki, bütün camia onun Galatasaray Üniversitesi rektörü olmasının engellenmesi için üzüntü duymuştur. Sevgili Köksal'ın çok istediğim halde Galatasaray Üniversitesi Rektörlüğü'ne getirilmemiş olmasının sebebi yine bir Galatasaraylıdır. O zamanın YÖK Başkanı Teziç, Köksal'ın Üniversite içindeki seçimlerde başarılı olmaması için elinden geleni ardına koymamıştır. O tarihlerde Hukuk Fakültesi Dekanı olan Köksal'ı küçük düşürebilmek için hayali olaylar yaratarak, YÖK müfettişleri yollayabilmiştir. Bu müfettişler hiçbir şey bulamamış ve sevgili Köksal'a teşekkür edip, özür dileyerek ayrılmışlardır. Anlaşılmaz bir şekilde rektör adaylarını YÖK'e çağırıp mülakata tabi tutmak gibi akademik etikle bağdaşmayan bir yöntem izlenmiş ve sevgili Köksal, Cumhurbaşkanı'na gönderilen listeye dahil edilememiştir. Eminim ki, bunu yapanlar bugünkü manzarayı gördükleri zaman, bu yaptıklarından pişmandırlar. Prof. Köksal Bayraktar'a yapılan bu davranış, Galatasaray Camiası'nda da kabul görmemiş ve bunu yapanlar Galatasaray Camiası tarafından adeta soyutlanmıştır. Doğru olan her zaman alkışlanır, el üstünde tutulur.

Köksal Bayraktar çok sevdiğim bir Galatasaraylı, bir kardeşim, bir meslektaşımdır. Senelerce evvel Prof. Sulhi Dönmezer'in önderliğinde Köksal'ın iştirakiyle uluslar arası alanda Türk akademisyenlerinin adını duyuracak bir dernek kurduk. Bugün halen Türk Ceza Hukuku Derneği'nin başkanıdır. Bu başkanlığı da gereğinden çok üstün bir özveriyle yerine getirdiğinden hiç kuşkum yoktur. Beraberce AİDP'nin 18'inci kongresini 2009 yılında İstanbul'da düzenledik. Bu kongrenin hazırlık çalışmalarında, o zamanlar Türk Ceza Hukuku Derneği'nin genel sekreteri olan Prof. Bayraktar'ın çektiği ıstırabı, korkusunu, üzüntülerini anlatmak bir kitap oluşturur. Çok başarılı olmuştur. Bunu unutmamak ve daima hatırlamak gerekir.

Köksal Bayraktar'ın akademisyenliği yanında, hukuk uygulamacılığı da çok önemlidir. Üniversitedeki idari görev sırasında, idaresini kıymetli eşi Av. Zulal Bayraktar'a devrettiği bir Bayraktar Hukuk Bürosu'nu da başarı ile sürdürmektedir. Türkiye'nin önde gelen ceza hukuku profesörü olduğu kadar, önde gelen hukuk bürosunu da yönetmektedir.

Bana göre çok başarılı bir hukukçu olan mütevazı, Burdur'lu Köksal Bayraktar'ın vefa duygusunun da çok ileri olduğunu söylemek isterim. Burdur'da babasından kalan doğduğu eski evi restore ederek, Türk eğitimi-

nin emrine vermiştir. Bu da gençliğe ve gençliğin eğitimine verdiği önemi gösterir zannederim.

Köksal Bayraktar her şeyi yapmıştır. Tekraren belirteyim, kendisi çok takdir edilecek, saygı duyulacak ve çok sevilecek, sözünün eri bir kişidir. Ancak bana vermiş olduğu bir sözü 41 senedir yerine getirmemiştir. Köksal Bayraktar doktor unvanını aldığı zaman, o zamanki geleneğe göre bütün Ceza Hukuku Enstitüsünü yemeğe götürmesi gerekir iken, bu gereği 41 senedir yerine getirmemiştir. Ben hala bekliyorum, ama bu sefer ben davetlerine icabet etmiyorum. Kendisine kinayede bulunacak bir şeyin kalmasını istiyorum.

Bu armağan Köksal Bayraktar'ın doğum gününde yayınlanacak ve kendisine verilecektir. Ben de kendisine "İyi ki doğdun Köksal" diyorum.

Bu Kubbede Baki Kalacak Bir Hoş Sada: Hocam Köksal Bayraktar

*Ümit KOCASAKAL**

"Onlar yaşadılar.
Kazanmış olacaklar,
Boyası silinse de zarların…."

Jack LONDON

En baştan bir hususu belirtmem gerekir: Bu yazı "resmi", klasik bir armağan yazısı değildir. Hiçbir kaygı gütmeksizin içimden geldiği gibi yazıyorum.

Köksal Hoca'yı İstanbul Hukuk Fakültesinde öğrenciyken elbette ki tanıyordum. Ancak kendisini farklı bir biçimde algılamam 3.sınıfta ceza hukuku özel hükümler dersine geldiğinde olmuştu. Son derece mütevazı ve sade bir biçimde derse geliyor ve suçları anlatıyordu. İnsana huzur veren, rahatlatan yumuşak bir ses tonuyla, tane tane, pırıl pırıl bakışlar ve zaman zaman gülen gözlerle anlatıyordu. En önemlisi hepimize insan gibi davranıyor, kimseyi azarlamıyor, kimseyi küçümsemiyordu. Ceza hukukunu zaten seviyordum, ancak hocanın anlatım ve yaklaşımıyla ceza hukukçusu olma düşüncem iyice pekişmişti. Tarihini tam anımsamamakla birlikte sanırım 4.sınıftayken bir gün odasına gittim, kendimi tanıttım. Önemli bir avantajım vardı: Tıpkı kendisi gibi Galatasaray Lisesi mezunu idim…. Ceza kürsüsünde kalmak istediğimi belirttim. Beni dikkatle dinledi, bir baba şefkatiyle yaklaştı, cesaretlendirdi. Ancak başkaca sebeplerden dolayı bu gerçekleşmedi. Yıkılmıştım. Kendimi çok kötü ve yenilmiş hissediyordum. Zaten o dönemde ailevi ve ekonomik sorunlar içindeydim. Dün gibi hatırlıyorum hocanın arabasında o zaman Cağaloğlunda bulunan bürosuna giderken bana "merak

---

* Doç. Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

etme Ümit, seninle daha çok engeller aşacağız" dedi. O gün elimden sımsıkı tuttu ve bir daha da bırakmadı… Nitekim ben Hocanın bürosunda avukatlık stajıma başladım ve bitirdim. Daha sonra yanında avukatlık yapmaya başladım. Bu süreçte ilişkimiz bir tür baba-oğul ilişkisine dönüşmüştü. Hiç bıkmadan usanmadan bana avukatlık sanatının inceliklerini öğretti, yazdığım dilekçeleri satır satır okuyarak düzeltti. Daha önemlisi bu zaman zarfında Hocadan hukukçuluktan, avukatlıktan daha önemli olan şeyleri, insanlık sanatını, adab-ı muaşereti öğrendim. Hocanın olay lar karşısındaki tutumu, müvekkilleri ve çevresi ile olan ilişkisi, bu çerçevedeki davranış biçimi hep kulağıma küpe oldu. Ne olursa olsun doğruluktan ayrılmamayı, açgözlü olmamayı, müvekkil ile özdeşleşmeme gerekliliğini, her duruşma öncesi mutlaka hazırlanmak gerektiğini, müvekkili her gelişmeden haberdar etmenin önemini bizzat kendi yaşamı ile bana kavrattı ve yerleştirdi. Hocanın o dönemde henüz sağ olan babasına (nur içinde yatsın) olan saygısı ve sevgisi, eşine ve çocuklarına olan düşkünlüğü benim için hep bir rol-model oldu: İlkeli bir duruş, alçakgönüllülük, karşısındakine değer verme, sevecenlik… Hocanın bürosunda kendimi hep evimde gibi hissettim. Nitekim büroya adeta uçarak, zevkle, şevkle gidiyordum. Bana önemli davaları, mütalaa çalışmalarını emanet etti, özgüvenimi kazandım. Bu arada ben 1993 yılında askerliğimi yapmaya karar verdim. Terörün yoğun olduğu zamandı. Askeri savcı olarak Elazığ'a gidecektim. Ancak Köksal Hoca (ve de tüm büro) güvenlik kaygısı ile karayoluyla gitmeme izin vermediler ve beni uçakla gönderdiler…Sonra Galatasaray Üniversitesi kurulunca Köksal Hoca gene görev bilinci ile çok sevdiği camiasına destek verdi ve hukuk fakültesinin ceza kürsüsünü kurdu. Hoca çok iyi bir Galatasaraylıdır. Ben de 1995 yılında ceza kürsüsünde asistan oldum. Hoca sözünü tutmuş, dediğini yapmış ve elimden tutup bana engelleri aştırmıştı. Bir süre sonra İstanbul Üniversitesinden ayrılarak Galatasaray Üniversitesine kadrosu ile geçti. Böylece hoca artık kürsü başkanımdı. Tanrım ne mutluluktu…Müthiş bir enerji ile çalışıyordu ve hepimize de enerji aşılıyordu. Bir süre sonra Duygun Hoca da aramıza katıldı. Kürsüyü birlikte yoktan varettiler. Harika bir kütüphane kurdular. Odaları bizzat tanzim ettiler. Bu arada Hocam benim doktora tez babam oldu. Karapara aklama suçu konulu tezimi satır satır okudu, imla hatalarını bile düzeltti… Hoca daha sonra fakülte dekanımız oldu. Sonra Üniversiteden ayrılmak durumunda kaldı. Kalbinin halen bizimle olduğunu biliyorum. Belirtmek isterim ki bayrağı devralmak durumunda kalmakla birlikte benim için Köksal hoca halen anabilim dalı başkanımızdır ve öyle kalacak. Herkes de tarihe hak ettiği şekilde geçecek…Bu arada bu yoğun birliktelik içerisinde, birlikte bir yerlere koştururken ya da yemek yerken, kahve içerken, sohbetler ederken Hocanın çok bilinmeyen bazı farklı yönlerini de keşfetme olanağını buldum. İçindeki o tatlı,sevecen, esprili, zaman zaman da muzip çocuğu gördüm (ne de olsa serde Galatasaraylılık var !). O da bana kalsın…

Çok iyi bir hukukçu, mükemmel bir aile babası, ancak en önemlisi nadiren öfkelendiğinde dahi zarafetini yitirmeyen, derhal ve misliyle tamir eden, paylaşmayı yaşam biçimi haline getirmiş mükemmel bir insan. Malum günümüzde sonuncusuna çokça rastlanılmıyor… Hoca sadece bir bilim adamı değil, aynı zamanda bir ekol oldu. Bayraktar Hukuk Bürosu aslında hem bir ekol hem de bir okuldur. Öyle ki bir dilekçeyi okuduğunuzda o kişinin Bayraktar ekolünden/okulundan olduğunu rahatlıkla anlayabilirsiniz. Buradan nice değerli hukukçu geldi geçti ve şimdi hepsi çok iyi yerlerde. Hepsinde, hepimizde hocanın emeği, hamuru var. Dahası hoca tüm bu kişilerden bir "aile" yarattı. Bizi birbirimize sevgi ve saygı bağları ile bağladı. Her yıl gerçekleştirdiği gelenekselleşmiş Bayraktar Hukuk Bürosu toplantıları ile bunu pekiştirdi, yıllık bir aile toplantısına dönüştürdü. Birbirimiz ile paylaşmayı, dayanışmayı aşıladı. Bu çok kolay başarılacak bir şey değil. İçinde sevgi, saygı, emek ve alınteri var. Bu ailenin üyeleri, ne zaman başı sıkışsa halen Hoca'ya gider. Ne mutlu bana ki Hoca ile çok yoğun ve derin bir insani ilişki yaşadım, halen de yaşıyorum. Yaşamımın en mutlu günleridir. Ne mutlu bana ki bu ailenin bir ferdiyim.

Köksal Hoca halen aynı ciddiyetle, şevkle, özveriliyle hukukçuları yetiştiriyor, adliye koridorlarını arşınlıyor. Kuruluşunda büyük emeği olan Türk Ceza Hukuku Derneği başkanlığını (ki ona çok yakışıyor) yürütüyor, bana göre yayıncılıkta bir mucize olarak halen Güncel Hukuk Dergisini çıkartıyor. İnsan Hocayı gördükçe, izledikçe yoruluyor. Yani Hoca halen hepimize örnek oluyor.

Tarihe not düşmek için bir şeyi hiç abartmadan, açık yüreklilikle söylemem gerekir: Bugün eğer bir yerlere gelebilmişsem, ceza hukuku öğretim üyesi, baro başkanı olmuşsam bunu çok büyük oranda Köksal Hoca'ya borçluyum. En zor zamanlarımda yanımda olan hocam ikinci bir babam gibidir. Şu kısacık yaşamımda kendi "kurtuluş savaşımın" en önemli destekleyicisi oldu. Belki de yaşamımın akışını değiştirdi. Ne yapsam hakkını ödeyemem, minnetim sonsuzdur. Umarım bu borcumun bir kısmını ona layık bir insan ve hukukçu olabilme gayreti ile ödeyebilirim.

Evet bu kitap Köksal Hoca'ya armağan. Ancak aslında Hocanın kendisi bize bir armağan…

Sevgili Hocam iyi ki varsınız, Allah sizi başımızdan eksik etmesin, aileniz ve sevdiklerinizle birlikte ömrünüz uzun, mutluluk ve huzur dolu olsun. Herşeyin en iyisine layıksınız. Bizler her zaman yanınızda olacağız.

Evet sevgili Hocam, isminiz Köksaldı. İnsanlığınız, ilkeleriniz içimize kök saldı....

En derin sevgi, saygı ve minnet duygularımla.

Stajyeriniz-asistanınız.

Çocuğun Gelişiminde Babalığın Etkileri

*Özden BAYRAKTAR**

Baba ile ilgili Kriterler

Babalık kavramı ve babalığın ne olduğuna dair uluslararası platformda pek çok çalışmalar yapılmıştır. Bunlardan önemli olanlar aşağıda belirtilmiştir. Danielle C. Kane, Vivian, L. Gadsden, Keisha R. Armorer'in yaptığı NCOFF (Ulusal Babalık ve Aile Vakfı) Çalışmasında iyi baba olabilmek için yapılması gereken davranışlar, aktiviteler ve babaların ne kadarının bu aktiviteleri yerine getirip getirmediği incelenmiştir. NCOFF ekibi 1994 yılında belirlemiş oldukları babalıkla ilgili yedi temel kriterin halen geçerliliğini koruyup korumadığını tespit edebilmek için ve babalık konusunda yeni gelişmeleri değerlendirmek için 1996 yılının Aralık ayında tekrar bir araya gelmişlerdir. Burada ele alınan temel noktalardan bir tanesi, yakın geçmişte gerçekleştirilen refah yasasının ebeveynleri ve çocukları nasıl etkilediğini ve bunlara toplumdan nasıl bir reaksiyon geldiğini tespit etmektir. NCOFF bünyesinde gerçekleştirilen yedi tane odak-grup çalışmasından çıkarılan edinimler ve alt grupları şunlardır: Babanın varlığı, çocuğun bakımı, çocuğun sosyal yeterliliği ve akademik başarısı, ortak ebeveynlik, sağlıklı yaşam, materyal ve finansal destek.

Bu alt kategorilere değinecek olursak,

1. Babanın varlığı; babaların katılımı, çocukların yanında olması ve çocuklarıyla ilişkilerinde sorumluluk almaları.
2. Çocuğun duygusal ve fiziksel sağlığını sürdürmesi için gerekli görevlerin ve bakımın yerine getirilmesi.
3. Çocuğun sosyal yeterliliğinin ve akademik başarısının sağlanması için gerekli aktivitelere katılımı
4. Çocuğun optimum gelişiminin sağlanması için anne ve babanın destekleyici, ve işbirlikçi bir diyalog içine girmeleri

* Uzman Psikolog

5. Babanın sağlıklı bir yaşam tarzıyla, eğitimiyle, uygun sosyal davranışlarıyla ve sahip olduğu değerleriyle çocuğuna model olması.

6. Çocuğunun maddi ve materyal ihtiyaçlarının baba tarafından düzenli olarak karşılanması

Babalara Yüklenen Temel Roller

Miller (1999) 'Çocuğa Bakma' isimli kitabında, babalık terimi şu kriterler dahilinde açıklamıştır; babalar çocuklarına nasıl bakacaklarıyla ilgili değişik yolları öğrenmelidirler. Babalar çocuklarını şefkatle öpebilmeliler, bu şefkati diyologlarına yansıtabilmelidirler ve çocuklarına başarılı olmaları için fırsatlar sunabilmelidirler. İyi bir bakım aynı zamanda çocuğun bağımsızlığını da teşvik eder.

1. Savunucu ve Koruyucu

   Toplumun babaya yüklemiş olduğu iki adet temel rol vardır. Bu roller günümüzde önemini yitirmiş olsalar da, etkili baba olmak için baba bu rolleri yerine getirmelidir. Babanın çocuğun gereksinimleri için finansal destek sağlaması günümüzde de halen önemlidir. Finansal desteğin yanı sıra babalar destek, sevgi, rehberlik ve problemleri çözüm gücü sağlamalıdır. Babanın bunları sağlaması aynı zamanda çocuğun tehlikelerden koruması açısından da önemlidir.

2. Erişebilirlik

   İyi bir baba olmak aynı zamanda ciddi miktarda zamanı çocuğa ayırabilmektir. İyi bir baba olmak, çocuğun ihtiyaç duyduğunda yanında olabilmektir. Çocuklar gereksinim duyduğunda onların yanında olmak, iletişimin kalitesini arttırır, çocuğa güven verir ve babaya çocuğun yaşamında daha aktif ve bilgili bir şekilde rol almayı sağlar.

3. Esneklik

   Artan sayıda kadının iş yaşamına katılmasından sonra babaların kendi rollerinde daha esnek olmalarının önemi daha da artmıştır. Babalar aynı zamanda çocuklarına gerektiğinde yemek hazırlamalıdırlar ve annelerinin yaptığı başka konularda da çocuklarına yardımcı olabilmelidirler. Roller konusunda esnek olmak, cinsel roller konusunda esnek olmayı sağlar ve annelerin omuzundaki rolün daha da azalmasını sağlar.

4. Kendini Adamak

   Baba ne olursa olsun ailesini kendinden öne koymalıdır. Adanmış olmak demek, babalığın tüm sorumluluklarını kabul ediyor olmak

demektir. Babaların kriz dönemlerinde ailelerinin yanında olmaları ve onları desteklemeleri önemlidir.

5. Anneyle İşbirliği Yapmak

   Anne ve baba ilişkisinin kalitesi, çocuk üzerinde direkt olarak etkide bulunmaktadır. Aile içindeki ilişkilerde bir denge bozukluğu olursa, bu anne-baba ilişkisini etkileyeceği gibi ebeveynlerin çocuklarıyla olan ilişkilerini de etkiler. Birbirleriyle iyi iletişim kuran aileler problemleriyle daha iyi başa çıkarlar. (Avcu, 2005)

Babanın Önemi

Daly (1992) yaptığı araştırmada, babalığın önemi şu şekilde açıklamalarda bulunmuştur. Günümüzde her beş çocuktan bir tanesinin yanlızca anneleriyle yaşıyor olması ve evlilik dışı birlikte yaşamaların geçen 10 yılda %71 artması babalık problemlerinin ne kadar önemli olduğunu gözler önünde sermektedir. Babalık konusunda önemli uzmanlardan bir tanesi olan Daly 1996 yılında yapmış olduğu bir konuşmasında çocuklarını tek başlarına yetiştiren ebeveynlerin, kendileri de destek olacak başka kimsesi olmayan kişiler olarak büyük bir dezavantaja sahip olduklarını belirtmişlerdir. Daly (1992) çocukların ihtiyaç dudukları şeyin kendilerine ilgi gösterecek ve ihtiyaçlarını karşılayacak birileri olduğunu ifade etmiştir.

Babanın Çocuğun Sosyal Gelişimi Üzerindeki Etkisi

Günümüzde babalar çocukların yaşamına geleneksel rollerinin ötesinde farklı birçok açıdan etkide bulunmaktadırlar. Fakat çok az baba tam anlamda gerekli olan nicelikte ve nitelikte bu etkiyi gerçekleştirmektedirler. Günümüzde baba-çocuk ilişkilerinin kalitesi çok fazla ele alınıp incelenen bir konu değildir. Amerika'da babaların %40'ı çocuklarından uzaktır ve çocuklarının hayatında yeterince yer almazlar. Araştırmalar, babaların çocuklarıyla olan ilgilenmelerini üç farklı türde olabileceğini belirtmişlerdir. (Avcu, 2005)

Babalar çocuklarıyla direkt olarak kontak kurabilirler.

Babalar çocuklarıyla fiziksel kontakları olmadığı halde çocukları için yine de ihtiyaç duyduklarında ulaşılabilinirler.

Fiziksel yakınlığa bakmaksızın çocuklarının bakımı ve refahı için sorumluluk alabilirler.

Aynı zamanda babaların ilgilenmelerini ele alırken nitelik ve nicelik ayrımının farkına varılması gerekmektedir. Baba fiziksel olarak çocuğun yaşamında yoksa bile, eğer çocuğuna gerekli ilgiyi gösterirse bu durum çocuk için gene de olumlu sonuçlar doğurabilir. Bu durumun tam tersi de doğrudur.

Bazı babalar fiziksel olarak çocukların yaşamında olabilir fakat onlara gerekli ilgiyi göstermiyorlarsa, bu durum çocuklar için fayda sağlamayacaktır. Bu tarz bakış açısı ile, babalar çocuklarına fiziksel olarak yakın olsunlar ya da olmasınlar her zaman onlarla ilgilenirler. Diğer taraftan diğer önemli bulgular şu şekildedir:

Babalar ve annelerin doğaları gereği, çocuklarıyla ilgilenme ve bu ilgilerini gösterme tarzları birbirinden farklıdır. Örneğin, özellikle çocuklar genç ise, babalar çocuklarının oyun aktivitelerine daha çok katılırlar fakat anneler daha çok çocuklarının rutin bakım aktivitelerine katılırlar. Babaların ve annelerin oyun stilleri ele alınacak olursa, babalar daha çok fiziksel tarzda oyunlar oynamaktadırlar ancak annelerin çocuklarıyla oynadıkları oyunlar daha çok sözeldir. Bu farklılıklara rağmen, araştırmalar babalar ve annelerin çocuklarının zihinsel sağlığını, sosyal ilişkilerdeki başarılarını, akademik başarılarını ve ahlaki gelişimlerini eşit düzeyde ve şekilde etkilediklerini göstermiştir. (Avcu, 2005).

Bu ilginin gösterilişindeki farklılıklara rağmen, anneler ve babalar çocukları üzerinde ahlak gelişimi, sosyal ilişkilerdeki beceri, akademik başarı ve zihinsel sağlık açısından aynı etkiye sahiptirler. Cinsiyet rol gelişimi gibi spesifik konular hariç, ebeveynlerin çocukları üzerindeki etkileri eşittir.

Bu bakımdan babalar yanlızca annelere bir alternatif değildir. Babalar, ayrıca çocuklarının ekonomik destekleyicisidirler. Tabiidir ki, bu rol aynı zamanda babaların geleneksel rolleridir. Babalar, çocuklarıyla birlikte yaşamasalar bile çocuklarının ekonomik ihtiyaçlarını yerine getirmeleri toplum tarafından beklenilmektedir. Babaların çocuklarına gerekli finansal desteği sağlayamamaları, baba çocuk iletişimini kısa vadede olumsuz etkilediği gibi çocukların gelişimini de uzun vadede olumsuz yönde etkilemektedir.

Babalar, çocukların dostu ve oyun arkadaşlarıdır. Babalar, çocuklarıyla daha çok fiziksel temasa dayalı oyun oynarlar. Fakat çocukların yaşları ilerledikçe, babalar çocuklarıyla daha az fiziksel aktivitelere katılırlar.

Birçok araştırma gösterir ki, babalar da anneleri kadar çocuklarına ilgi ve şefkat gösterebilirler ve çocuklarına bakabilirler. Babalar da, anneler kadar değişik çocuk bakım aktivitelerine katılabilirler fakat anneler ortalama olarak daha fazla aktiviteye katılmaktadır. Aynı zamanda, birçok annelerin çalıştığı ailede babalar çocuklarının birinci derecede bakımından sorumludurlar.

Yale Medikal Okulunun Psikiatri Bölümü üyelerinden Pruet (1999) yazmış olduğu kitabında babaların çocuklarının yaşamında ne kadar önemli olduğunu gayet açık kanıtlarla okurlarına sunmaktadır. Babalar, çocukları için anneler kadar önemlidir. Çocuklar da, annelerinin sevgisine nasıl karşı-

lık veriyorlarsa, babalarının sevgisine de aynı şekilde cevap verirler. Babalar, çocuklarına değişik durumlara girmelerini sağlayarak bu durumlarda mücadele etme becerilerini geliştirmektedir. İyi babalık aynı zamanda, çocukların her iki cinsiyetle de rahat iletişim kurmalarını kolaylaştırır. Ayrıca, çocukta diyolog kurma imkanlarını arttırır. Bu sonuçların doğmasını sağlayan temel sebep ise, çocukların babalarıyla aralarında olduğunu düşündükleri yakınlıktır.

Babanın Yeri

'Winnicott, annesi olmayan bebek var olamaz.' demiştir. (Winnicott, 1958). Winnicott aynı zamanda, babanın bebeği tanıyıp tanımaması konusundaki görevin anneye düştüğünü ifade etmiştir. (Winnicott, 1957, p.81)

Babaların, çocukları ile ilgilenmesi konusunda tarihsel ve kültürel olarak pek çok farklılıklar vardır. Son yıllarda, batı dünyasında, aile içinde babaların rolünde pek çok değişiklikler olmaktadır. Batı dünyasındaki çekirdek ailede, anne ve babalar eskiye oranla çok daha fazla beraber vakit geçirmekte ve rolleri arasında farklılıklar daha az görülmektedir. Kadınların, statü, güç ve maddi güvence kazanmak adına eşlerine olan bağımlılıkları azalırken, erkekler de, babalık rolüne daha aktif bir şekilde katılmaktadırlar. Babalar, eşleriyle beraber çeşitli kurslara katılıp, doğum esnasında eşlerinin yanında olmaya başlamışlardır. Bununla beraber batıda gözlemlenen bir diğer gelişme, daha çok sayıda kadının, eşlerinden bağımsız olarak yaşama veya eş sahibi olmadan çocuk sahibi olma isteğiyle çocuklarını yalnız olarak büyütür olmaya başlamaları ve dolayısıyla erkeğin çocuğun büyütülmesine katkısının olmadığı durumlardır.

Batıda bu şekilde gelişmeler yaşanmakta iken, Batı ülkeleri düzeyinde gelişmiş bir ekonomiye ancak farklı bir kültüre sahip olan Japonyada, kadınlar evlendikleri zaman genelde işlerini bırakmaktadırlar ve evlilik dışı çocuk sahibi olmaları oldukça nadir olarak görülen bir olgudur. Japon çiftler için, cinsiyet rolleri oldukça belirgin bir şekilde ayrıdır. Kadın, hamileliği sonrasında, bebeğini büyütmesi için yedi ila sekiz ay boyunca kendi annesinin evine gider. Günümüzde annelerin de kızlarının evine gittikleri görülmektedir. Bebek bir kaç aylık olduktan sonra, anne kendi evine dönebilir. Bu geleneğe, 'satogaeribunden' denilmektedir. Aile içinde babanın rolü genelde oldukça zayıf, hatta yok gibidir. Örneğin, anne ve bebek, üç ya da beş yıl kadar, aynı odada beraber uyur. Bu zaman zarfı içinde, baba başka bir odada uyur, ailesi ile çok az zaman geçirir, uzun saatler çalışır ve genelde eve geç döner.

Bu iki kültür arasındaki en büyük fark, ebeveynlerin bir çift olarak sosyal hayatın içinde var olup olmamalarıdır. Batı kültüründe, babaların aile

yaşamına dahil olmaları beklenirken, Japonyada, erkekler ailenin tamamen dışında tutulurlar. Batı kültüründe, erkekler, eşlerinden fiziksel olarak da ayrı olabilirler, ancak doğu kültüründe babalar aynı ev içinde olabilir ancak farklı hayatlar yaşarlar. Ancak, her iki kültürde de, değişmeyen tek nokta, çocuğun her şekilde en sıkı bağının annesi ile oluşması ve sürmesidir.

Babanın Önemi

Babalar, anne ve çocuklarına, kendilerinden farklı bir objenin varlığını sağlayarak, onların sembiotik bir ilişkiden çıkmalarına yardımcı olurlar. Baba, bebeğin, ilk kez, anne dışındaki birinin varlığından haberdar olmasını sağlar. (Mahler et al.,1975) Aynı zamanda, bebek ilk kez annesinin dışında bir başka varlığın zihninde var olur. Bu bebeğin doğumundan önce gerçekleşen bir süreç olur. Anne, bebeğini düşünürken, aynı zamanda bebeğini düşünen bir başka kişinin de varlığını da düşünür. Böylelikle, doğumdan önce, annenin dışında başka biri için bebeğin varlığı söz konusudur. Bu daha sonra, bebek açısından, annesinin dışında başka birinin varlığından haberdar olması anlamına gelir. Bu durum, anne ve çocuk açısından belirli sonuçlara yol açar. İlk olarak, anne çocuğunu unutma riskini taşıyabilir, hatta çocuğundan nefret etme riskini göze alabilir,zihninde, onu babaya bırakabilir. Başka birisinin daha çocuğu düşündüğü ve ilgilendiği bilgisi, anneyi çocuğundan özgürleştirir. Aynı zamanda bebeğin de annesinden özgürleşmesini sağlar. Bu aynı zamanda, bebeğe kendisini yaşayabilme alanını verdiği gibi, onun da annesinden nefret edebilme hatta öldürebilme fırsatını verir. Çünkü nasılsa, ona annesinin dışında bakabilecek birisi daha vardır.

Psikiyatri kliniğinde doğum sonrası depresyon geçiren annelerin çoğunluğu, bebeklerini bırakmakta zorluk çekerler. Bebeğin çıkardığı en ufak bir sesi bile dikkatle dinler, bebeklerini kimseye bırakamaz, başka hiçbirşey düşünemez olurlar. Bebeğin tek başına kalma ihtiyacı olduğu gerçeğini zamanla kavrar ve zamanla bebeğin bakımını başkasıyla paylaşmaya başlarlar.

Anne ve bebek, kendi kapalı ve birbirinin içine girmiş ilişkilerinin kısırdöngüsünden ayrılmak için birisinin müdahalesine ihtiyaç duyarlar. Bu kişinin olmaması halinde, çocuğun bilişsel ve duygusal gelişiminde eksiklikler oluşur.

Amerikada yapılmış bir araştırma, bebeklerin babalarının resimlerini tanıdıklarını ve genelleme yaparak, resimlerini gördükleri erkekleri 'babaları' olarak yorumladıklarını ortaya koymuştur. (Grunsberg, 1982). Bu sembolik temsil, bebeğin zihininde, kendisini başkalarından ayırt edebilmesini ve yokluklarında, varlıklarının farkında olmasını gerektirir. Bu sembolizasyonun oluşması kısmen babaların çoğu zaman çevrede olmamaları ve de onla-

rın yokluklarında annelerin, babalar hakkında konuşmalarıdır. Böylelikle, babanın yokluğunda dahi, annenin bebeğin zihnindeki 'baba' kavramını desteklemesi ve sürdürmesi, babanın varlığını güçlendirir. (Bion, 1962) Bu noktada, babanın varlığı, hem anne hem de çocuk için önem kazanır.

Böylelikle, 'baba'ya sahip olmak, çocuk için, annenin dışında duygusal bir bağlantıya sahip olmak anlamına gelir. Baba ise, çocuk ve bebeğin birbirlerinden uzak bir soluk almaları, bebeğe anneden ayrı bir varlık olduğunu hissettirmesi ve bebeğin sembolleştirme yeteneğinin arttırması için önemli bir noktaya ulaşır.

Erkek İkinci Kişi

Bu noktada, anne ve çocuğa yakın sadece 'baba' mı olmak zorunda yoksa başka herhangi bir aile üyesi de olabilir mi sorusu akla geliyor. Hatta mutlaka erkek olmak zorunda mı sorusu aklımıza gelebilir. Çocuğun her iki cinsi yakından tanıması için, farklı rolleri gözlemlemesi gereklidir. Bu görüş, öncelikle, dişi ve erkek rollerinin salt ne demek olduğu ile başlıyor. 'Erkek' cinsi, agresyon ve aktif olması ile betimlenirken, 'dişi' ise, 'sarmalayan ve pasif' olması ile betimlenebilir.

Gelişimsel psikologlar, babaların bebeklerle olan ilişkilerini incelemişler ve anne-bebek ilişkisinin, babalarınkilerden farklı olduğunu görmüşlerdir. Öncelikle, babalar, çocuklarıyla daha az zaman geçirmektedirler. Beraber olduklarında ise, çocuklarıyle olan ilişkilerinin daha aktif ve heyecanlı olduğu gözlemlenmiştir. Örneğin, Brazelton (1979) ilk altı ay içinde bebeklerin, anne ve babalarıyla mimikleriyle oynadıkları oyunları incelemiştir. Babaların iletişiminin, 'heyecanlı ve şakacı', annelerinkinin ise, 'sakin ve kapsayıcı' olduğunu farketmiştir. Lamb, (1981), babaların, annelere göre daha fiziksel yönden aktif oyunlar oynadığını ifade etmiştir. Lamb, aynı zamanda, bebeklerin her iki ebeveyne de bağlı olduğunu ancak, rahatsız olduklarında ya da stres anında annelerini tercih ettiklerini ifade etmiştir. Ancak, oyun veya eğlenceli zamanlarda ise, ilk iki yaş döneminde, babayı tercih ettiklerini bulmuştur.

Tüm bu araştırmalar gösteriyorki, babaların aktif oyunları, çocukların cinsiyet rollerini ayırt etmelerini sağlamaktadır. Ancak, bu sadece babalara özel bir nokta değildir, aile içinde yer alan herhangi bir erkek, çocuğa model olabilir. İkinci önemli nokta ise, babanın çocuğa ilişkiler yönünde model olmasıdır.

Kaynakça

Abelin, E. L. (1975). Some further observations and comments on the earliest role of the father. International Journal of Psycho-Analysis, 56,293-302.

Başaran, F. (1974). Psiko-Sosyal Gelişim-7-11 Yaş Çocukları Üzerinde Yapılan Bir Araştırma. Ankara Üniversitesi Yayınları. No:254.

Biller H., Kimpton L., (1997). The Father and the School Aged Child, *The Role of Father in Child Development,* Ch.8. 45-51.

Bion, W.R. (1962). Learning From Experience. William Heinemann, London.

Bowey, J. (1995). Socioeconomic Status Differences in Preschool Phonological Sensitivity and First Grade Reading Achievement. *Journal Of Educational Psychology.* Vol. 87 (3)

Brazelton, T. B., Yogman, M. Lewis and Tronik, E. (1979). The İnfant as a focus for family reciprocity. In: M. Lewis and L.A. Rosenblum. *The Child and Its Family.* Plenum, New York.

Britton, R. (1989). The missing Link: parental sexuality in the Oedipus complex.

Daly K. (1992). Reshaping Fatherhood, *Journal Of Family Issues,* Vol. 113,No: 2, 510-530.

Dekleyen M., Biernbaum M., Spetz M.,Greenberg. M. (1998). Fathers and Preschool Problems, *Developmental Psychology,* Vol. 34 (2) 264-275.

Durbin, E., Klein D., Hayden E., Buckley M., Moerk K., (2005). Temperamantal Emotıonality in Preschoolers and Parental Mood Disorders, *Journal of Abnormal Psychology,* Vol. 14, No.,1,28-37.

Freud, S. (1933). New Introductory Lectures on Psychoanalysis. Vol.22 Standard Edition, Hogart Press, London, 1964.

Furnstenberg F. Frank (1999). Fathering in the Inner City, *Journal of Family Psychology,* Vol. 24.

Kendell, R.E. Chalmers, J.L. and Platz, C. (1987). Epidemiology of puerperal illness. *British Journal of Psychiatry*, 150, 662-673.

Lewis, C., (1997). Fathers and Preschoolers, *The Role of Father In Child Development*, Ch.7

Mahler, M.S., Pine, F. And Bergman, A. (1975). The Psychological Birth of an Infant. Basic Books, New York.

Raphael-Leff, J. (1991). Psychological Processes of Childbearing. Chapman and Hall, London.

Riggs, S., Jacobvitz D., (2002). Expectant Parents Representations of Early Attachment Relationships: Associatons With Mental Health and Family History, *Journal of Consulting and Clinical Psychology,* Vol. 70 No:1, 195-204.

Taylor, Lorraine, Clayton Jennifer C., Rowley S. (2004). Academic Socialization: Understanding Parental Influences on Children's School-Related Development in the Early Years*, Review of General Psychology*, Vol.8, No.3, 163-178.

Trowell J., Etchegoyen A., The Importance of Fathers, (2002). *Letting Fathers In,* Maureen Marks.

Winnicott, D.W. (1957). *The Child and The Family.* Tavistock Publications, London.

Herşeyden Önce Bir İnsan...

M. Ali BİRAND

Sizlere **Köksal Bayraktar'**ın bilimsel yanını anlatmayacağım.

Başarılarını, kazandığı davalardaki yaklaşımlarını veya bilim dünyasına kazandırdıklarından da söz etmeyeceğim.

Sizlere, **Köksal Bayraktar'**ın herşeyden önce, **insan** yanını anlatacağım. Zira **Köksal Bayraktar,** benim için herşeyden önce, içi güzel, huyu güzel bir insandır.

İlk defa **Galatasaray Lisesinde** bir araya geldik .

Genceciktik.

Dünya'nın farkında değildik. İlişkilerimizde hoyrattık. Kimimiz kendinden son derece emin, çalışkan ve ne yapacağını biliyor, kimimiz nerede olduğumuzun dahi farkına dahi varamıyordu.

Aslında hepimizin başına bir şans kuşu konmuştu.

Galatasaray gibi bir lisede okumanın, ilerde bizlere neler kazandıracağının pek bilinciden de değildik.

İşte böyle bir ortamda, **Köksal Bayraktar** bugün nasıl duruyor, sizlerle nasıl konuşuyor, sizlere nasıl muamele ediyorsa, o günlerde de hiç farklı değildi.

Daima kibardı...

Daima yardımcı olmaya çalışırdı...

Daima çalışkandı...

Daima mütevaziydi...

Birgün dahi, kavga ettiğini veya birileriyle gereksiz tartışmalara girdiğine rastlamamışımdır.

Genç adamların hoyratlıklarıyla birbirlerine takılmalarını dahi hiçbir zaman ciddiye almaz, kendine özgü espri yeteneği ve gülücükleriyle geçiştirirdi.

Bir kişinin kalbini kırdığını görmemişimdir.

GÜN GELDİ, ÖNCE YOLLAR AYRILDI, SONRA YİNE BULUŞTU

Okul yılları, ne olduğunu tam olarak anlayamadan, rüzgar gibi geldi geçti.

Her birimiz bir yana dağıldık.

Kimimiz hukuçu, kimimiz iş adamı, siyasetçi veya gazeteci oldu.

Üniversitelerden çıkıp hayata atıldığımız da, dünya'nın ne kadar gaddar, ne kadar farklı olduğunu anlayıverdik.

İşte **Köksal Bayraktar** ile tekrar buluşmamız, böylesine soğuk yıllarda gerçekleşti.

1990'lar, Türkiye'nin en gaddar, kimin kimi yok etmeye çalıştığının anlaşılamadığı, hayaletlerin dolaştığı ve terörle mücadele adına, ne hukuk ne de İnsan Haklarının ciddiye alındığı, askerin ve asker gibi düşünenlerin egemen olduğu bir dönemdi.

Ardı ardına başıma davalar yağmaya başlamıştı.

Resmi Kürt politikasını kabul etmediğim için cezalandırılmaya başlandım.

İşte **Köksal Bayraktar**'ın tekrar hayatıma girmesi bu dönemde oldu.

Bu dönemde karşılaştığım **Köksal Bayraktar'**ın başkalarından nasıl ayrıldığını çok yakından izledim.

BAŞKALARINDA ÇOKAZ GÖRÜNEN YETENEKLER...

Köksal Bayraktar'ın aile ve işinin dışındaki ilişkileri ile bir avukat olarak müşterileriyle ilişkileri de çok farklı değildir.

Benim en çok dikkatimi çeken, aldığı davayı bir proje veya para kazandıran unsur olarak görmemesiydi. Sizinle birlikte yaşayan, sizinle birlikte üzülen, bir dost olarak yanınızda duran bir insan kazandığınızı görürdünüz.

Tüm davalarımda, ben bir avukatla değil, bir can yoldaşıyla birlikte olduğumu hissettim. Bu da bana özgü birşey değildi.

Okul arkadaşlığı değildi. Kimle konuşsam, aynı hisleri paylaştılar.

Köksal Bayraktar, davaları değil, aynı zamanda derdinizi de paylaşır.

Hiç üstüne vazife olmadığı halde, savcı ve yargıçlarla temas kurmasını, güçlü bilirkişileri, zor dahi olsa ikna edebilmesini, kolay kolay bulunmayan yetenekler olarak gördüm.

SAVCI VE YARGIÇLARDA YARATTIĞI SAYGINLIK

Beni en çok etkileyen diğer bir yanı, **Köksal Bayraktar'**ın hem kendi meslekdaşları, hem de medya'daki saygınlığıdır.

Ölçülü yaklaşımı, artık markalaşmış olan kibarlığı ve kurduğu ilişkilerdeki namuslu yaklaşımı, sanıyorum onu bambaşka bir statüye oturtmuş durumda.

Bir Allahın kulu, **Köksal Bayraktar**'ın yargı dünyasında normalin dışına çıktığını görmemiştir. Birgün sesini yükselttiğini, yargıç veya savcılarla belirli bir ilişkinin dışında görüştüğüne tanıklık edilmemiştir.

İşte bütün bunlar, **Köksal Bayraktar**'ı en güvenilen ve sadece başarılı bir avukat değil, eşine az rastlanan bir **insan** konumuna getirmiştir.

Sizlere işte bunları anlatmak istedim.

Herkesin gördüğü farklı bir **Köksal Bayraktar** vardır.

Benim gördüğüm de böyle bir **Köksal Bayraktar.**

Kolay kolay **Köksal Bayraktar** olunmuyor.

İçinizde birşeylerle doğmanız, elde ettiklerinizin hakkını vermeniz, duruşunuzdan hiçbir zaman ödün vermemeniz ve içinizdeki iyiliği kaybetmemeniz gerekiyor.

Bu da hiç kolay birşey değil.

İyi ki **Köksal Bayraktar** var.

Keşke daha çok **Köksal'**larımız olsa.

Prof. Dr. Köksal Bayraktar İçin

Tayfun UZUNOVA

Köksal ile 11 yaşında tanıştık. Hemen kaynaştık ve arkadaş olduk. Aynı sınıfta, aynı yatakhanede, aynı yemekhanede 19 yaşımıza kadar beraber okuduk, beraber sevindik ve beraber üzüldük.

İlk günlerimizde bende bıraktığı intiba, 70'li yaşlarımıza yaklaşırken hiç değişmedi. 60 yıl önceki Köksal, arkadaşlarına karşı olan duyarlılığı, saygısı, nezaketi, sevgisi, insancıl ilişkileri, yardımseverliliği ile kendisini hemen sevdirmişti. Zaman geçince hasletlerine, çalışkanlığı, dürüstlüğü, hafızasının keskinliği ile de temayüz etti.

İş hayatı süresince zaman zaman hukuki yardımlarına başvurduğumda, gençliğindeki meziyetlerine yeni yetenekleri de eklediğini keşfettim. Toplumsal olayları izlemekte ve katkıda bulunma hassasiyetine, objektif yaklaşımı ile bir Sultanili olmanın yanına, düşünsel ve yaşamsal olarak gerçek bir Batılı olmanın ayrıcalığını katmış olarak gördüm.

Köksal Bayraktar ile arkadaş ve dost olmanın gururunu hissettiğimi söylemek istiyorum.

Yetiştirdiğin gençler ve bilimsel yayınlarınla ülkemize yaptığın katkılar nedeniyle, arkadaşın olarak sana şükranlarımı ifade ederim.

Sevgiler.

“Bayraktar” Olmak Kolay Değil !

*Muammer AYDIN**

Öğrencilik hayatımın başında, 1973 yılında genç bir öğrenci ve yolun başındaki bir hukukçu ve Avukat olmayı ilk gün kafasına koyan bir aday olarak İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi’ne adımımı attığım o zor ve tüm ülke için sıkıntılı geçen dönemde rahmetle andığım Prof. Dr. Sulhi DÖNMEZER’in başkanlığını yaptığı Ceza Hukuku Ana Bilim Dalında öğretim görevlisi olan sevgili hocam Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR ile karşılaşmamız ve tanışmamız Ceza Hukuku dersini almaya başladığımız 2. Sınıfta olmuştur.

Her zaman nazik, kibar, insani özellikleri ve mütevaziliği ile ön planda olan iyi ve değerli bir hukukçu - avukat olduğu tartışmasız olan ve bu özellikleri herkesçe bilinen hocamla aynı mesleğin mensupları olmaktan gurur duyarak yıllar sonra 2008 – 2010 döneminde İstanbul Barosu Başkanlığını yaptığım dönemdeki görüşmelerimiz, işbirliğimiz ve geliştirdiğimiz dostluğumuz ile birlikte görev yaptığımız Türk Ceza Hukuku Derneği Yönetim kurulunda kendisinin başkanlığında birlikte çalışmak fırsatını yakalamak da ayrı bir onur ve geleceğe taşınacak çok önemli bir fırsat ve anıdır.

Zira, eğitimini Galatasaray Lisesi ve İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde tamamlayarak yine aynı Fakültenin Ceza Hukuku Kürsüsünde Asistanlık yapmış ve bu kürsüde 1982 yılında Profesörlüğe yükseltilmiş olan Sayın BAYRAKTAR, aldığı eğitime bağlı olarak Doçentlik ve Profesörlük tezlerini Fransa’da Strasbourg ve Paris Hukuk Fakültelerindeki çalışmaları ile gerçekleştirmiş çok kıymetli bir ceza hukukçusu ve meslektaşımdır.

Pek çok bilimsel kitabı ve sayısı yüzü aşkın Türkçe ve Fransızca makalesi bulunan Sayın BAYRAKTAR gerek akademik gerekse mesleki hayatı boyunca pek çok mesleki başarıya imza atmıştır. 1999 Yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nden ayrılan ve 2006 – 2008 döneminde Dekanlığını da yaptığı Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesinin, Ceza

---

* Av., İstanbul Barosu Eski Başkanı.

Hukuku ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyeliği'ne geçen sevgili hocamın, bu fakülte bünyesinde bir diğer değerli hocam olan Prof. Dr. Duygun YARSUVAT ile birlikte Ceza Hukuku Kriminoloji ve İnsan Hakları Merkezi'nin ve Türk Ceza Hukuku Derneği'nin kurulması, geliştirilmesi ile başkanlığım döneminde İstanbul Barosu' nun da katkı verdiği 18. Dünya Ceza Hukuku Kongresi'nde yine Prof. Dr. Duygun YARSUVAT ile birlikte yöneticiler kuruluna seçilmesi gibi çalışmalar bunlardan yalnızca bazılarıdır.

Daha önce de ifade ettiğim gibi sevgili hocam Sayın BAYRAKTAR, gerek akademik çalışmalarında gerekse avukatlık mesleğinde pek çok başarıya imza atmıştır ve halen de bu yoldaki çalışmalarına devam etmektedir. Öyle ki bugün Ceza Hukuku alanındaki davalar düşünüldüğünde, özellikle ağır ceza davalarında, akla gelen ilk isimlerden biri olan hocam Prof. Dr. Duygun YARSUVAT, fakülteden bu yana dostum ve çok sevgili hocam Prof. Dr. Erdener YURTCAN ile staj dönemimden bu yana tanıdığım dostum, kardeşi olmaktan onur duyduğum ağabeyim, meslektaşım Av. Önder ÖZTÜREL ile birlikte ceza hukuku çalışan ve ceza davalarıyla ilgilenen avukatlar arasında anılanlardan biri de Sayın BAYRAKTAR'dır. Mesleki olarak önceleri sadece ceza hukuku alanında çalışmalarda bulunan Sayın BAYRAKTAR zamanla basın ve iletişim hukuku, banka hukuku, sermaye piyasası hukuku ve ekonomik ceza hukukunun çeşitli bölümlerine ilişkin davalarda da hizmet vermeye başlamış, beraberinde çalışan pek çok genç avukata gerek söz konusu alanların gerekse de avukatlık mesleğinin detaylarını anlatarak hem Türkiye'ye, hem hukuk camiasına, hem de avukatlık mesleğine önemli katkılarda bulunmuştur.

Özellikle belirtmek isterim ki; öğrencisi olduğum dönem de dahil olmak üzere bütün hayatı boyunca **"beyefendiliğinden"** ve **"BAYRAKTAR'lığından"** ödün vermeden kararlı bir tutum sergileyen sevgili hocamı tanımak, dinlemek ve kendisinin gerek kariyer yaptığı alanda gerekse mesleki anlamda tecrübelerinden ve bilgisinden faydalanabilmek benim için olduğu kadar onunla tanışmak ve çalışmak fırsatını yakalayan herkes için de bir şans olarak görülmelidir. Öyle ki; dün bir öğrencisi olarak anlattığı dersi, bugün ise bir meslektaşı olarak yaptığı savunmaları dinleme fırsatını yakalamak ve paneller ile konferanslarda bizler ile paylaştığı bilgilerinden faydalanmak bile başlı başına bir zevk ve kaçırılmaması gereken bir imkândır.

Bu imkâna, özellikle, İstanbul Barosu' nda gerek Yönetim Kurulu üyesi, gerekse Başkan olduğum dönemde sahip oldum ve yine bu imkândan İstanbul Barosu mensuplarının faydalanabilmesi için her dönem gereken çalışmalara katkı verdim. Bütün bu süreçte Sayın BAYRAKTAR, özellikle Ceza Hukuku alanında İstanbul Barosu ile çeşitli diğer kuruluşların (Üniversiteler, Türk Ceza Hukuku Derneği vs.) ortaklaşa düzenlediği pek çok

panel ve konferansta meslektaşlarımızın değişen Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu ile ilgili bilgilendirilmelerde önemli rol oynamış ve bu konferansların düzenlenmesine de öncülük etmiş ve katkı sağlamıştır.

Bu anlamda, başta İstanbul Üniversitesi ve Galatasaray Üniversitesi ile daha pek çok Üniversite ve kurum ve kuruluşlarda yıllarca büyük bir emekle çalışarak binlerce öğrenci yetiştirmiş ve gerek sahip olduğu engin bilgi ve deneyim gerekse de bir hukukçuya ve özellikle insani özelliklerine yaraşır nazik ve elit tavrıyla pek çok hukukçuya (avukat, savcı, hakim) el vererek alanlarında başarılı olmalarını sağlamış Sayın Hocam ve değerli meslektaşım Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR'a şükranlarımı sunar; kendisine mutlu, sağlıklı, sevdikleriyle geçireceği ve bu güne kadar olduğu gibi başarılarla dolu bir yaşam dilerim.

Melek İnsan

*Türker ASLAN**

Köksal ile benim 50 yılı aşkın bir dostluğumuz var. Galatasaray Lisesi'nde benden bir sınıf üstte idi, tanışırdık. Ancak 1960'lı yıllarda, özellikle Hukuk fakültesindeki öğrencilik döneminde onu yakinen tanıma şansım oldu. İlk yakın ilişkimiz Türkiye Milli Gençlik Teşkilatı (TMGT) bünyesinde oldu. Köksal Dış İlişkiler Komisyonu Başkanı, ben de o komisyonun üyesiydim. Bu komisyonda kimler yoktu ki… Prof. Dr. Teoman Akünal, Prof. Dr. Adnan Tezel (rahmetli), Kısmet Erkiner, M. Ali Birand ve ben… Çok keyifli çalışmalar yapıyorduk. Tabi Köksal ciddi çalışıyor, biz ise gırgıra ve şamataya daha ağırlık veriyorduk. Köksal ise her zaman olduğu gibi ciddi, çalışkan, titiz ve kurallara uymayı prensip edinmiş bir Başkan idi. Gene de onu fazla üzmeden çalışırdık. Ülke ve Dünya'daki gelişmeleri izler, çok taze bir gazeteci olan M. Ali Birand'ın bize getirdiği bilgi ve belgeleri tartışırdık. O günlerde, adeta Dünya'yı biz yönetiyor gibiydik.

Köksal ile hukuk fakültesinde daha yakın olduk. Hep dostluğunu gördüm. O sakin kişiliğe sahip olan Köksal, asistan olarak görev aldığı hocalarına karşı çok saygılıydı, biraz da çekingendi. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer ve Prof. Dr. Sahir Erman Ceza hukukunun en önde gelen hocalarıydı. Bir gün, Köksal Sulhi Dönmezer hoca ile derse girmişti. 2 ders arası teneffüste ben hocaların bulunduğu odaya girip, yüksek sesle "Ne haber Köksal" diye seslenerek adeta bir patavatsızlık yaptım. Köksalcığım kıpkırmızı oldu. Ben durumu fark edince, hemen Sulhi hocaya dönerek, "hocam, Köksal hocaya bir şey soracaktım" dedim. Olgun kişiliği ile Sulhi Hoca hafif gülümsedi ve "sor evladım" dedi ve Köksal'ı da rahatlattı. Bu olay benim Köksal'ı sıkıntıya soktuğum ilk ve son olaydır. Tüm yaşamımda bu hususa çok özen gösterdi.

Köksal beyefendi kişiliği ile herkese nazik davranırdı. Ona karşı zaten istesen de başka türlü davranamazdın. 50 yılı aşkın dostluğumuzda onu ne bir gün kırdım, ne de ona kırıldım. Nezaketi, insan ilişkileri ve dostluğu inanılmaz derecede üst seviyedeydi.

---

* Av., İstanbul Barosu avukatlarından.

Köksal, yardımseverdi. Herkesin yardımına koşar, destek verir, ilgilenir, menfaatsiz hukuki yardımda bulunurdu. Ondan yardım isteyen bir kimseyi asla geri çevirmezdi.

Hukuk fakültesinde ben son sınıfta idim. Galatasaray Lisesi'nde benden 2 sınıf küçük Hamdi Barıştıran ise Ceza hukukundan sözlü imtihana giriyordu. Ben de izliyordum. İmtihanı Prof. Dr. Çetin Özek yapıyor. Duygun Yarsuvat ve Köksal Bayraktar ise sağında ve solunda oturuyordu. Çetin Hoca, Köksal'a dönerek "bu Galatasaray Liseliye sen soru sor bakalım" der. Köksal bir soru sorar, Hamdi zor durumdadır. Cevap vermekte zorlanır. Köksal ise, kolay soru sorduğunu zannederken bir kardeşinin bu duruma düşmesi nedeniyle gene kıpkırmızı, endişeli ne yapacağını şaşırır. Burada Duygun abi, tecrübesi ile, Hamdi'ye biraz destek verir, soruyu açar ve sonuçta Hamdi orta not alarak geçer. Bu durum Köksal'ı rahatlatır ve bir Galatasaray Liseli kardeşinin sınıfı geçmesinden mutlu olur. Bu Köksal'ın çok iyi bir Galatasaray Liseli olmasının küçük bir örneğidir. O, Galatasaray için her türlü özverili çalışmanın içindedir. 3 yıl evvel, Galatasaray Eğitim Vakfı tarafından üstün hizmetleri nedeniyle Onur Madalyası ile ödüllendirilmiştir. Galatasaray'da hizmete geç girmiş, ancak çok hızlı yol kat etmiştir. En zor olaylarda, görüşü alınan âkil adamdır. Hukuki sorunlarda başvurulan kişidir. Vitrine çıkma merakı olmadığından, birçok görevi de kabul etmemiş, ancak dışarıdan gene de destek vermiştir ve vermektedir.

Zaman zaman, özellikle Galatasaray ile ilgili konularda görüş alışverişinde bulunuruz. Fikirlerime değer verir ve en özel konuları bile benimle paylaşır. O, mütevazi bir kişidir. Kompleksi yoktur. Karşısındaki insanları dinler, görüşlerine değer verir, ama kişiliğinden ödün vermez.

Köksal, mükemmel kişiliği olan, insani davranışları, yardımseverliği ve dostluğu inanılmaz gelişmiş bir insandır. Onun üzdüğü veya kırdığı bir kişi bile yoktur. O üstün bir insandır, o bir Melektir…

Yolun aydınlık, gelecekte her şey gönlünce olsun …

Seni ben de çok seviyorum, benim asil dostum, melek kardeşim…

Tam Yarım Yüzyıl Oldu

*Kısmet ERKİNER**

İstanbul Üniversitesi merkez binası bahçesinin Beyazıt kapısından **Köksal Bayraktar** ile birlikte gireli tam yarım yüzyıl oldu. Üniversitenin Hukuk Fakültesinde okumak üzere Osmanlı İmparatorluğunun o görkemli Harbiye Nezareti binasına 1961 yılında kabul edildiğimizde, şimdilerde inanılması güç ve herhalde tekrar oluşması mümkün olmayan bir Galatasaray Liseliler grubu idik.

Kimler yoktu ki aramızda, hatırladığım kadarı ile saymaya çalışayım. Bir kere **Köksal** ve onun liseden şube arkadaşları **Abdurrahman Altıncı** ve **Ali Riza Okur** (şimdilerde Prof. Dr.); sonra, bizim şubeden **Kaya Örs (**kedi); ve de **Faruk Dereli**, **Ata Sakmar** (o da şimdi Prof. Dr.); fakülte sıralarında iken bir kazada vefat eden **Engin Aktürk** (lakabı "babaşiş" idi). **Aykut Ergil** (lakabı "balık"), lisede bizden bir sınıf büyük, fakat önce askere gittiği için, bizimle fakülteye giren **Selçuk Şerefli;** bir de ben, **Kısmet Erkiner. Tam on Galatasaraylı**.

Bir de komşu fakülte (aynı binada idik) İktisat Fakültesinde okuyan sınıf arkadaşlarımız. Onları da sınıf arkadaşı addederdik, zira bazı derslerimiz ortaktı (Maliye gibi), aynı sınıfta birlikte o dersleri görürdük: **Semih Haznedaroğlu** ve de bu yıl kaybettiğimiz **Tuncel Oyal (**nur içinde yatsın), yine Sultani'li **Erdoğan Yücelen** (rahmetli "Arap" Erdoğan) ve **Metin** (GS'de bizim sınıfta numarası 105, lakabı "taka" idi, ancak soyadını hatırlayamadım). **Ettik mi bir düzineden fazla.**

Hemen her ders arasında (teneffüste) bir araya geldiğimiz, bir sınıf önümüzdeki sınıf arkadaşlarımız. Nasıl mı sınıf arkadaşı olup önümüzdeki sınıfta idiler. Zira onlar Sultani'de yıl kaybetmemiş istisnalardı. **İzzettin Doğan** (sonra Prof. Dr.), **Oğuz Evrenos (**çok güzel piyano çalmasına rağmen lisede lakabı **"**kalas**"**idi) ve **Ali Sirmen.** Ve yine Galatasaray'da bizden büyük sınıflardan olup, Hukukta bir yıl önümüzde olan **Uğurman Yelkencioğlu**,

---

* Avukat

Süheyl Donay (o da sonra Prof. Dr. oldu) ve de Süheyl'in kankası **Aykut** (soyadını hatırlamıyorum, ancak Çiçek Pasajı müdavimliğinden gelen bir lakabı vardı)). **Çetin Pekiner** (rahmetli olmuş, yeni öğrendim) ile üçlü oluşturan **Erol Özer** (Bursa'lı idi) ve **Altan Yılmaz.** Hukukta tam bir Galatasaray Liseliler kolonisi oluşturuyorduk.

Bizim grup bir çekim merkezi durumunda idi; daha küçük gruplar bizimle birlik olmuşlardı. Kimler mi? Alman Lisesi ile Avusturya Lisesi mezunları: **Teoman Akünal** (Prof. Dr.), **Erdener Yurtcan** (Prof. Dr.), **Yıldırım Berkol**, **Erdem Aykanat**; Amerikan Robert Kolej'liler: **Adnan Tezel** (rahmetli Prof. Dr. – nur içinde yatsın), **Fadıllah Cerrahoğlu** (İzzettin gibi bir sınıf önde idi - Prof. Dr.), **Cent Yurdakul**, **Önder Beller.** İngiliz "High School"lular **Deniz Gökkılıç** ve **Ersan Kılıçturgay,** Ankara TED'den **RızaTürmen** (eski büyükelçi ve AİHM Hakimi, inşallah birazdan da yeni İzmir Milletvekili), lisesini hatırlayamadığım **Altan Edis.** Herkes hukukçu olduğuna göre, hepimizin de aynı zamanda Avukat olduğumuzu belirtmeme gerek yok herhalde. İstisnayı söylemek daha kısa olur: bildiğim kadarı ile, bir tek Ali Sirmen avukatlık yapmadı.

Ancak, sanılmasın ki bu grup sadece bir erkekler kulübü idi; tabii ki kız arkadaşlarımız da vardı; kimisi grubun üyesi, kimisi de çok özel arkadaşlardı, içimizden evlenenler de oldu. Ata Sakmar, **Ayşe** ile; Selçuk Şerefli, **Özgen** ile; Teoman Akünal, bizden bir sınıf altta olan **Eldebran** ile (onları tanıştıran da bendim). Diğerlerine değinmeyelim; gerçekten üzerinden elli yıl geçmiş. Toplamda, değişken olan kızlar hariç, otuz kişiyi aşıyorduk, belki de kırk kişi idik. Lisede beraber olupta bizden sonra üniversiteye gelen arkadaşlarımızı da unutmuyorum. Ancak isimlerini vermeyeyim. Bunca yıl sonra, yıl kaybettiklerini söylediğime alınabilirler.

Bu grup, sadece Üniversite'de birlikte okumakla kalmadık; birçok şeyi de birlikte gerçekleştirdik. Grubun en büyük özelliği hepimizin en az bir yabancı dili çok iyi bilmesi idi ve bundan fazlası ile yararlandık. Daha Fakülte ikinci sınıfta iken, o zamanın çok etkin iki talebe örgütünden biri olan "Türkiye Milli Talebe Federasyonu (TMTF)"nun (diğeri "Milli Türk Talebe Birliği" idi) Dış İlişkiler Komisyonu tamamen bizden oluştu. Yıl 1963; kimler mi: Cent, Adnan, Önder, Teoman, Köksal, Deniz, Rıza, Ersan ve ben (yaşım daha 21, diğerleri de ençok iki fazla veya bir eksik). Bunun ne demek olduğunu şimdiki gençler zor anlar. O zamanlar en büyük özlem yurt dışına gidebilmek. Düşünün, Cent Yurdakul o yıl, Yeni Zellanda'nın Christchurch şehrine bir kongreye gitti. Ben, hemen bütün Avrupayı gezdim, hem de kıyı bucak. Tabii ki diğerleri de. İçimizden ABD'ye gidenler oldu. Bazı, çok ciddi yurt dışı eğitim ve stajlara katıldık. Adeta ikinci bir üniversitede okuduk. Müthiş bir bilgi ve görgü birikimi elde ettik.

Fakülte'den mezuniyetimizle birlikte bu örgütlenmede de terfi ettik. TMTF'nin de üye olduğu "Türkiye Milli Gençlik Teşkilatı (TMGT)"nin bu kez de Dış ilişkiler Komisyonu'na önce üye olduk. Hep aynı TMTF'deki grup. Ancak başka katılan arkadaşlarımız da oldu. Yine Galatasaraylı **Mehmet Ali Birand**, **Türker Arslan**, **Coşkun Gültekin** ve bazı başkaları. Sanırım Mehmet Ali, dış ilişkilerin tadını ilk TMGT'de alıp, sonra gazetecilikte, bu alanda uzmanlaştı. Bu arada Komisyonda sıra ile terfi de ettik. Ben, benden sonra Mehmet Ali ve bir süre de Köksal, Komisyona başkanlık da ettik.

" **Türkiye Milli Gençik Teşilatı**" o yıllarda önemli bir örgüttü; bir yandan TMTF (öğrenci kuruluşu olarak), diğer yandan **Türk Kadınlar Birliği**, **Türk İzciler Birliği**, **Türkiye Tekstil İşçileri Sendikası** (TEKSİF, işçileri temsilen) ve **Türk Devrim Ocakları** TMGT'nin üyesi kuruluşlardı. Diğer yandan da TMGT, Dünya Gençlik Teşkilatı, Avrupa Gençlik Teşkilatı gibi Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi ile bağlantılı, onların sponsorluklarında olan teşkilatların üyesi idi.

TMGT'nin üyesi bu kuruluşlar arasından Türk Devrim Ocakları üzerinde biraz durmak isterim. Şimdilerde tarihin tozlu sayfaları arasında unutulmuş gözüken bu Derneğin Tüzüğünün 3. maddesi "*Türk Devrim Ocakları bir fikir ve kültür kuruluşudur, siyasetle uğraşmaz*" dedikten sonra 4. maddesinde amacını şöyle tanımlamıştı:

> "*Medeniyet dünyasının faal bir unsuru olarak Türk Milletinin durmadan yükselmesini sağlamak için Atatürk'ün çizdiği yollardan yürüyerek O'nun devrimlerini korumak, gitgide daha geniş ölçüde halk tabakalarının candan malı olmalarına çalışmak ve biteviye geliştirmektir. Bu uğurda çalışırken Ocak'lar, Atatürk'ün, Türk Milletinin eşsiz kaabiliyetine karşı beslediği derin inana Türk fertleriindeki şahsiyet duygularına değer verme yolunda kurduğu geleneğe bağlı kalırlar*"

Şimdiki benzerlerinin atası sayılabilecek bu Atatürkçü kuruluş, şair Behçet Kemal Çağlar, Prof. Dr. Tarık Zafer Tunaya, Prof.Dr. İsmet Giritli gibi efsane kişilerin ve hocalarımızın başkanlık yapmış oldukları bir Ocaklar zinciri idi. Ben de bunlardan Beyoğlu Ocağı'nın, Behçet Kemal Çağlar yönetiminde bir ara Sekreterliğini yapmıştım.

Gerek TMTF'yi, gerekse TMGT'yi, şimdilerde yaratılmış olan siyaset okullarının o yıllardaki çok daha doğal versiyonları olarak niteleyebiliriz. Nitekim gerek TMTF, gerekse TMGT'nin bizim gibi teknik komisyonlarında iç siyasetle veya siyasal ideolojilerle ilgisi olmayan görevlerinde değil ve fakat daha üst kademelerinde, Yönetim Kurullarında bulunan gençleri daha sonra Türkiye'nin siyasetinde aktif rollerde gördük. Bu bağlamda, topluma

mâlolmuş birçok ismi sayabilirim, ancak burada konumuz o değil. Ancak şunu da belirtmek isterim ki, Türkiye'de turizmin henüz emeklemeye başladığı yıllarda (1960-70 arası) TMTF Turizm Müdürlüğü belki de ülkenin en büyük turizm acentası konumunda idi. TMGT'nin Radyoda (TV henüz yoktu), "gençlik saati" diye bir programı vardı. Her iki teşkilatın Folklor grupları ülkeyi hemen bütün iç ve dış festivallerde temsil ederdi. O yıllarda "Anadolu Ateşi" nin profesyonelleri muhtemelen daha doğmamışlardı bile.

TMTF'nin her yıl organize ettiği "Kültür Şenliği" tiyatro, bale, müzik, folklor alanlarında ülkenin tek festivali idi ve her yıl 800 -1000 arası yabancı öğrencinin bu gruplarda, ülkemize gelmesini sağlardı. Yemeleri, içmeleri, barındırılmaları; hatta bazı birbirine düşman ülkelerin gençlerinin İstanbul'da çatışmalarını önlemek TMTF'li öğrencilere düşüyordu. Ya 1964, ya da 1965'di, bu Festivallerden birinin yönetimi hasbelkader bana düşmüştü, (ben O yıl Festival Komitesinde Başkan Vekili idim. Başkanımızı, açılış gecesi elim bir trafik kazasında kaybettik; vekil olarak Festivali sürdürmek ve tamamlamak, büyük acımıza rağmen, bana görev kalmıştı; tabii, bizim mâlum ekiple birlikte) ondan kesin biliyorum, aynı gecede İstanbul'da altı ayrı yerde sahne açtığımız olmuştu. Hem de bunlardan biri Büyükaada'da iken bir diğeri Bakırköyde, Fatihte, Beyoğlunda, Harbiyede olmak üzere. Yani amatörler olarak tam bir profesyoneller işi yapıyorduk.

Dış ilişkiler komisyonlarına, seyahat etmek, dünyayı görmek için girmiştik de, festival komitesinde ne işimiz vardı; amatörler olarak bu profesyonel işinde ne arıyorduk. Orada da, bir yandan görevlerimizi büyük bir ciddiyet ve özveri ile yerine getirmeye çalışırken, diğer yandan değerlendirmeye çalıştığımız imkân, o yıllarda bütün yaşıt hemcinslerimizin hayallerini süsleyen, yabancı genç kızlarla tanışma fırsatları idi. Üstelik, Komitedeki organizatörlük forsumuz işimizi kolaylaştırmaktaydı. Aradan kırkbeşyılı aşkın süre geçmişken, bir araya geldiğimizde, mutlaka içimizden biri, "ama ne kızlardı" diye ortaya bir laf atar, çoğumuz torun sahibi olmuşken, kimimizin eşleri, hâlâ, her seferinde kıskançlık krizine girerler, biz birbirimize muzip muzip gülümseriz.

Bir de üstüne üstelik, bir kısmımız da spor yapıyorduk. Meselâ ben, Sipahi Ocağı Binicilik Kulübü'nde lisanslı yarışmacı idim. Ata biniyordum ve 1961 yılında Milli Takıma seçilmiştim. Ancak Hukuk üçe geçerken sporu, yarışmacı olarak paydos etmem gerekti, yoksa öğrenimim aksayacaktı. İçimizde, hatırladığım kadarı ile tenis oynayanlar (bilhasssa Yıldırım ve yanılmıyorsam Altan), kayak kayanlar (bilhassa Ata ve Faruk), yelkenli teknesi olanlar (Fuat ve Tuncel), GS'de kürek çekenler (yine Tuncel), atletizm yapanlar (İzzettin) ve hepimizden ileride, hem voleybolde hem de su topunda GS'de kaptan ve defalarca milli olan Semih vardı.

Grup o kadar kenetlenmiş idi ki, meslek seçimimizde de birlikte hareket ettik ve: **Köksal, Ali Rıza, Ata, Teoman, Erdener, Süheyl, İzzettin, Fadılllah, Cent, Adnan ve ben** Fakültede kaldık, asistan olduk. Bir kısmımız, sırf biribirimizden kopmamak uğruna... Cent'in dışında, hepsi de "profesör" oldular. Bir ben, bir süre sonra su koyverdim, beş yıl sonra ayrıldım. Ammâ, yıllar, yıllar sonra kürkçü dükkanına, kısmen de olsa, geri döndüm. Sanırım, onun için bu satırları yazmaya beni de davet ettiler…. Çok da mutluyum, zira aradaki yıllarda bıkmak lüksüm olmadı.

Aynı günde hem fakültede, önceleri öğrenci, sonraları asistan olarak dersleri takip ediyorduk; hem de TMTF veya TMGT'de işimizi yapıyorduk. Ancak bu da bize yetmiyordu. Saat 17.00 sularında "Sinematek"e gidiyorduk. Sinematek, Sn**. Şakir Eczacıbaşı, Onat Kutlar, Atilla Dorsay** gibi kişilerin kurmuş oldukları bir sinema kulübü idi ve o yıllarda Türkiye'ye gelmeyen sanat filmlerini gösteriyordu. Hoş şimdilerde de bu tip filmler, bu kez de reyting nedeni ile sadece festivallerde gösteriliyor. Ancak, TV'nin olmadığı, yurt dışına seyahatin imtiyaz olduğu, yarım yüzyıl öncesinde bu imkânın ne olduğunu, zamaneler kolayca anlayamaz.

Günümüz, bununla da bitmiyordu, yatsıdan sonra da geceyi, hatta bazen akşamı da, o yıllarda sadece birkaç tane olan "Gece Kulübü – diskotek"lerde bitiriyorduk, ya da başlıyorduk … Bazılarının isimlerini hatırlıyorum: Çatı, CAFÉ, PanPan, Club 33, Reşat, Whisky-a-Gogo, Yeşil Horoz, Lâlezar ... Hele bunlardan bazılarına girmek için özel üyelik veya kapı anahtarı satın almak gerekiyordu. İşte en büyük hava oydu. Bir de içeride garsona adıyla hitap edip, misafirlerinizin önünde "Bana her zamankinden..." demek. Ancak belirtmeliyim, Köksal mazbut çocuktu, bu son fasla pek katılmazdı. Müdavimlerin isimleri ise bende kalsın … Ancak, bu mekânların o yıllarda çok meşhur bir ismini anmak isterim: rahmetli **Erol Manisalı.** Ne zaman vakit buldu da herkesten önce Doçent oldu. Sonra da tabii ki Profesör. Gerçek bir fenomendi. Allah rahmet eylesin.

Bir hususu da unutmadan belirteyim. Galatasaray'dan, **Av. Kayhan Uraz** ağbimiz (nur içinde yatsın) hepimizi Galatasaraylılar Derneği'ne üye yaptı ve bizlere aktif olarak dernekçiliğin ne olduğunu öğretti. Onun sayesinde hem Galatasaray Kulübünde hem de Galatasarlılar Derneğinde çok erken kıdem aldık. Diğer faaliyetlerimiz arasında grubun Sultani'li olanları öz kuruluşlarımıza da devam etmeyi ihmal etmiyorduk. Bu suretledir ki bizim dönemler (iki üstümüz, üç altımız) tam elli yıldır her Perşembe Dernekte (bizler oraya "Cemiyet" deriz) biraraya gelip akşam yemeği yeriz ve camianın önemsediği bir takım hususları tartışıp, prensip tutumları benimseriz. Son zamanlarda, yaşlandık, zaiyat da verdik, masanın müdavim sayısı azaldı; belki de ondan Camia, bilhassa Kulüp bu yakınlarda bir kaosa girdi.

Bu kadar mı ? Hayır ! Yıl 1967 Maliye kürsüsünde asistan (şimdiki Araştırma Görevlisi) olmuştum. Bir gün, kürsü arkadaşlarımdan **Dr. Hayri Suat Ürgüplü** (1961 Anayasası sonrasında Cumhuriyet Senatosu'nun ilk Başkanı ve 1965'de 29.TC Hükümeti'nin Başbakanı olan Suat Hayri Ürgüplü'nün oğlu) gazetedeki bir ilanı gösterdi. **Dr Nejat Eczacıbaşı**'nın başkanı olduğu İktisadi ve Sosyal Etüdler Konferans Heyeti diye bir dernek, İsviçre'den bir eğitmen getirmiş, "simültane tercüman" yetiştirecekmiş. Kursiyerler, Hilton Otelinde yapılan mülakatlarla kabul ediliyorlarmış. Hayri ile birlikte merakla gittik; İsviçreli bir bayan (sonradan adının G. Wagner olduğunu öğrendik), ülkemizin ilk tercümanlarından (yanılmıyorsam yurt dışında bu eğitimi almış) Av. Cahit Davran (bizim Fakültede Medeni Hukuk Hocamız ve Teoman Akünal'ın asistan olduğu kürsünün başkanı Prof. Dr. Bülent Davran'ın kardeşi) ve tanımadığımız bir üçüncü kişi (sonradan Norayir Altınyan olduğunu öğrendik), bizi mülakat – sınav arası bir görüşmeye aldılar. Görüşme, önce yabancı dilde kısa bir sorgu-sual sonra Fransızca için Le Monde'dan, İngilizce için The Times'dan Türkçeye sözlü bir tercüme, Cumhuriyet gazetesinden de yabancı dile birkaç paragraf yine sözlü bir tercüme. O kadar. Ondan sonra 15 gün yada bir ay kadar (süreyi tam hatırlamıyorum) bir kurs ve ülkenin ilk simültane tercümanlarından olduk. (Bizim bu kursumuzdan önce de bir kurs yapılmış ve bizler kadar sayıda kişiler ilk mezunları oluşturmuşlar. Sonradan birçok kereler birlikte çalıştık). Bizim dönemde kimler vardı? Bu mesleğe daha sonraları çok emeği geçecek olan rahmetli **Hasan Akbelen, Ömer Faruk Bozkurt** (sonraları Ankara'da Edebiyat Fakültesinde Prof. Dr. oldu), **Asaf Savaş Akad** (sonraları o da İktisat Fakültesinde Prof. Dr. – Bilgi Üniversitesi'nin kurucu Rektörlüğü'nü yaptı; TV'deki EKODİYALOG programı ile ülke çapında tanındı), **Timurhan Sağlık** ve **ben**; beşimiz de Galatasaray Liseli. Hayri Ürgüplü kurstan sıkıldı, yarıda bıraktı. Toplamda, galiba bir on - oniki kişi kadar vardık. Bunlardan **Zeynep Bekdik**'i zikretmeliyim; zira bu meslekte zirve yapmış ve Boğaziçi Üniversitesinde "Konferans tercümanlığı" bölümünün kurulmasını sağlayan kişilerin başında gelir. Hâlâ da hem Başkanlık, hem eğitmenlik, hem de çok önemli Devlet - Hükümet toplantılarında, Başkanları düzeyindeki görüşmelerinde tercümanlığını sürdürüyor. Bu meslek Türkiye'de böyle başladı. Benim amacım, yine seyahat etmek, yer görmek, insan tanımak, yeni deneyimler elde etmekti. Nitekim, Avrupanın hemen bütün saraylarının (müze olanların değil, kullanılanların) içlerini görme imkânını elde etmiş oldum. Bir on yıl kadar bu konferans tercümanlığını sürdürdüm; başlarda, cüz'i asistan maaşıma ek bir gelir de oluşturuyordu.

Bu konuyu bitirmeden iki anımı paylaşmak isterim. Birincisi, o zamanki adıyla Avrupa Ekonomik Topluluğu (şimdiki Avrupa Birliği'nin 6 üyeli ilk şekli: (Fransa, Almanya, İtalya ve Be-Ne-Lux) ile Türkiye arasındaki "Karma Parlamento Komisyonu" toplantıları altı ayda bir, bir kez Türkiye'de, diğer

seferinde altıların birinde yapılıyordu. Türkiye 1972 yılı toplantısını, bir hoşluk olsun diye Marmara gemisinde yapmaya karar vermişti. Gemi İstanbul'dan kalkıp, Antalya'ya kadar gidip, dönecek, gemide hem toplantı yapılacak, hem de ülkemiz kıyıları yabancılara tanıtılacaktı. Marmara gemisi bu amaçla Haliç Taşkızakta bakıma alınmıştı. Bakımın sonlarında, bir terorist sabotaj sonucu yakıldı. Yerine konacak aynı nitelikte başka gemi yoktu. Hükümet çok zor durumda kaldı. Dışişleri Bakanlığı çözümü bir kelime oyununda buldu ve toplantıyı Marmaris'e aldı. Marmaris 1972'de henüz büyükçe bir köydü. Üç otel vardı. Martı Motel (Bakanları ve yabancı parlâmenterleri oraya aldılar) Hotel Lidya (bizim parlâmenterler ve Bakanlık kodamanları barındırıldılar) ve Turizm Baknalığı'nın Tatil Köyü (yerli-yabancı sekreterya elemanları ve tercümanlar, yani bizler Tatil Köyüne alındık). Toplantı Hotel Lidya'nın büyük salonunda tertiplenmişti. Ama ne salon (!), sütunlarından salonun bir yarısı öbür yarısını göremiyordu. Boş olduğumuz bir akşam yabancı meslektaşlarımızla birlike Marmaris'e indik. Adına "Gazino" demiş olan bir yere oturduk. Yabancılar beyaz şarap istediler, biraz sonra garson bir şişe beyaz Cinzano getirdi. İşte ülkemizin bundan 40 yıl önceki turizm imkânları ve bilgisi- görgüsü buydu. Bir de şimdiye bakın; kırk yılda Türkiye nerden nereye geldi...

İkinci anım, askerlikle karışıktır. Akademik kariyerin son tecil limiti içinde yedek subay olarak 1973'de vatani görevime gittim. O zaman yedek subaylık 18 aydı ve 6 ayını yedek subay öğrenci olarak okulda, bir yılını da asteğmen olarak kıtada yapardınız. Ben tanka ayrıldım ve Etimesgut'a gittim; Asaf Savaş Akad'da aynı dönemde Topcu olarak Polatlı'da bulunuyordu. Öğrenciliğimizin beşinci ayında Asaf Savaş ve benim için okullarımıza Milli Savunma Bakanlığından birer yazı gelmiş. Dışişleri Bakanlığı, Batı Berlin'de yapılacak olan, gizlilik dereceli bir NATO toplantısı için görevlendirmede bulunmuş. Bu durum önce askeriyede büyük olay oldu, zira İç Hizmet Talimatında er, erbaş, astsubay ve subay'ın yurt dışında nasıl görevlendirileceği konusunda düzenleme vardı. Fakat yedek subay öğrenci için veya daha genel bir ifade ile "askeri öğrenci" için bir düzenleme yoktu. Neyse ki, o zamanki Milli Savunma Bakanı rahmetli **Hasan Esat Işık**, eski bir büyükelçi olarak anlayış gösterdi ve bize özel görevlendirme imzaladı. (Belirtmeliyim ki o da Galatasaray Liseli idi ve Paris Büyükelçimiz iken, benim de Paris'te olduğum yıllardı ve arada ziyaretine giderdim; aramızda ağbi-kardeş bir dostluk oluşmuştu). Askeri Personeldeki subaylar emir yazısını görünce gözlerine inanamamışlardı.

Neyse… Asaf Savaş ile gri Hizmet pasaportlarımızı ve döviz harcirahlarımızı alıp delegasyonla Batı Berlin'e uçtuk. Toplantı uzundu, bir haftaya yakın sürüyordu. Boş olduğumuz bir akşam, şeytan dürttü. Gri pasaportlarımızı ve üzerimizde olan askeri kimliklerimizi otelde bırakıp, normal turist

pasaportlarımızla Batı Berlin'den Doğu Berlin'e geçtik. (O yıllarda, henüz Türk vatandaşlarının hiç bir ülkeye girmek için vize almak gibi bir derdi oluşmamıştı). Yıl 1973'ün sonu veya 1974'ün ilk ayları, tam hatırlamıyorum; ancak bildiğim, soğuk savaşın çok ciddi sürmekte olduğu yıllardı. Duvar vardı ve Batı Berlin'den Doğuya iki şekilde geçilirdi: Ya "Checkpoint Charlie" denilen, filmlerin dünyaya meşhur ettiği bir kara yolu kapısından. Ya da Metro ile. Berlin Metrosu, şehir bölünmeden yapılmış olduğundan, Batı Berlin'den bir ara Doğu Berlin'e geçer, sonra yeniden Batıya girerdi. Doğu'daki istasyon "Friederich Strasse" Almanların inip binemediği fakat yabancıların çok sıkı bir konrolle girip çıktıkları istasyondu. Biz de Metro ile Doğu Berlin'e gittik. İyice sorgu sual edildik, şehre çıktık, bir güzel gezdik, sonra bir bara girip, o yıllarda henüz Batı ülkelerinde satılmayan Rus votkalarından bir hayli içtik. Gece geç saatte, son Metro ile iyice çakır keyif vaziyette Batıya otelimize döndük. Sonradan düşündük de, bizimki yapılır delilik değilmiş. Ya bir olay olsaydı, ya birileri bize sataşsaydı, ki çok oluyormuş, polis bizi iyice araştırsa idi, askeri kimliklerimizi, üstelik Berlin'de NATO toplantısı için bulunduğumuzu öğrenseydi. Ne olurdu ?. Herhalde, şimdi bu satırları yazıyor olamazdım !. Ne de Asaf Savaş, Rektör olabilmişti. Üstelik ben evliydim ve eşim ilk oğlumuzu bekliyordu. Bu kez, macera arayışımızda cidden ölçüyü kaçıkmıştık …

Genelde bütün girişimlerimin yer ve insan tanımaya, olay yaşamaya yönelik olduğunu hep belirttim. Bu bağlamda üç farklı anımı sizlerle paylaşmak istiyorum:

Birincisine, yine bir toplantı nedeni ile Paris'te, Büyükelçilik rezidansında verilen bir resmi resepsiyonda, ev sahibi konumunda olan o tarihteki Sayın Dışişleri Bakanımız (en meşhurlarından olmasına rağmen adını vermeyeceğim) kapıda, Protokol Müdürü'nün takdimi ile giren bütün Hanımefendilerin, çok şık bir şekilde ellerini öpüyor. Benim önümde, giriş sırasında, yaşını almış bir Türk bayan tercüman arkadaşımız vardı. Tam Sayın Bakan, onun da elini öpmek için eğilmişti ki, Protokol Müdürünün, " Bn. ...." dediğini ve "Türk Delegasyonu Tercümanı"diye ilave ettiğini duydu. Bir anda jestini kesti ve meslektaşımızın elini havada bırakıverdi. Halbuki o Bayan yaşça Bakana yakın ve hobi olarak yaptığı tercümalığının yanında çok tanınmış ve değerli bir Profesörümüzün de eşi idi.

İkincisi, bir başka ülke, bir başka zaman, başka bir toplantı ve yine o dönemin Dışişleri Bakanı (bu sefer ad vereceğim, rahmetli Haluk Bayülken, Bakanlığı sonrasında, Cumhurbaşkanı Fahri Korutürk zamanında Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği de yapmıştı), açık büfe bir resepsiyondayız. Biz birkaç, yerli yabancı tercüman tabaklarımızı doldurmuş bir masaya oturmuşuz. Birden, açık büfeden ayrılmış olan Sayın Bayülken, elinde tabağı, şöyle bir bakındıktan sonra bize yöneldi ve masadaki boş yere bakarak, "Size katı-

labilir miyim"dedi. O gece o masada hiç unutamayacağım bir sohbet oldu. Öbürü de Bakandı, bu da Bakan. Ancak Bayülken, herşeyden önce "insan" dı. (Allah her ikisine de rahmet eylesin).

Üçüncüsü, manzarası hiçbir zaman gözümün önünden gitmeyecek olan bir anı. Toplantı Lüksemburg'da, Avrupa Parlamentosu'nda. Ancak toplantı mekânı Lüksemburg Senatosu tarihi binası. Tuvalette elimi yıkıyorum. Çok büyük bir tuvalet ve bir sürü insan var; çoğu Lüksemburglu senatörler veya Avrupa Parlamentosu üyeleri ve orada çalışan personel. Birden yan lavaboda, o dönem T.C. Koalisyon Hükümeti'mizin bir Sayın Bakanı belirdi (Malûm, tuvaletler dünyanın en eşitlikçi yerleridir). Gayet seri bir şekilde ayakkabısını ve çorabını çıkardı, kaldırdı ayağını lavabonun içerisine koydu ve abdest almaya başladı. Bu manzarayı hatırlarken, satırlarıma başka birşey ilave etmeyip, yorumu sizlere bırakıyorum..

Bütün bunları niye yazdım, çünkü, biz de genç olduk; Dünyaya ak saçlı ve ünvanlı gelmedik. Ve de şimdiki gençler, hızlı yaşıyoruz diye hava atmasınlar. Bütün imkânlar önlerine hazır gelirken, bu kadar yapabiliyorlarsa; bizler, imkânları da kendimiz yaratarak gençliğimizi böyle yaşadık ve çoğumuz da hayatta başarılı olduk. Şimdikiler, hâlâ elimize su dökemezler. Zira onlar, bir benzetmede bulunursam, tek kompartimanda yaşıyorlar; bize ise bütün bir tren dar gelirdi…

Biz Köksal'la son elli yılın başlarını böyle yaşadık …. Daha nice, ne yazık ki elli diyemeyeceğim ama, on yıllara… **Sen çok yaşa sevgili Köksal ...**

İstanbul, 25 Nisan 2011

Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a

*Neşe KIZIL**

İstanbul Üniversitesi, bütün fakülteleriyle Türkiye'deki bilim yaşamının yapıtaşını oluşturur. Vakıf Üniversitelerinin pek çoğu, İstanbul Üniversitesi kökenli hocalarla zenginleşmişlerdir. Üniversitemize bu kimliği veren, şüphesiz, benzerlerinin yetişmesi güç olan Değerli Hocalarımızdır. İşte, bu Armağan adına atfedilen değerli Hocamız Köksal Bayraktar da, bu çok değerli, yeri doldurulamaz hocalarımızdan biridir.

Ceza Hukuku alanında yazdıkları, söyledikleri, savundukları sadece suç ve cezaya dair değil her zaman insan haklarını, demokratikleşmeyi, kiş hak ve özgürlüklerini savunmayı baz alan bir insanî, hümanist boyut içinde olmuştur. Yüzlerce öğrenci yetiştirirken ve onlara hukukçu olma kimliğini kazandırırken, Hocamız, onlara çok özel bir kişisel model oluşturmuş; inceliğin, tevazuun, insanca davranışın, hoşgörünün ve benzeri erdemlerin canlı örneğini hafızalara işlemiştir.

Araştırmacı,ayrıntıcı,özenli kimliği, hukukun önemi ve inceliklerini anlamada hepimize yol gösterici olmuştur. Öğrencilerini çocukları gibi görmesi, sevgi, saygı, dayanışma, ahenk ve uzlaşıyı onlara aktarışı, öğüt verir bir çerçevede değil, her zaman bir ışıklı ifade tarzıyla, sezgilerle benimsetme biçiminde olmuştur.

Ceza ve Ceza Usul Hukukunun duayeni olmasına rağmen konusunu çok iyi bilenlerin havalı edâsını asla takınmamış, her zaman öğreneceği birşeyler olduğunu bilenlerin alçakgönüllülüğüyle bizlerle bildiklerini paylaşmıştır.

Yalnızca bir öğretici olmanın çok ötesinde Dünyaya ve gelişen teknolojilere açık kimliğiyle; sosyal ve siyasal gelişmeleri yakından takip eden, değerlendiren, yorumlayan, bilgilenmek isteyenlere yol gösteren, ışık tutan Hocamız, yoz ve bağnaz herşeye karşı duran kimliğiyle Hukuk Dünyası için gerçek bir değerdir.

---

* Yard. Doç. Dr., İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi Öğretim Üyesi

Dilimizi incelikli kullanma, konuyu örneklerle pekiştirme, olayları hukukçu gözüyle irdeleme, ayrıntıların hukuktaki önemini vurgulama özellikleri, onu farklı kılan özelliklerinden sadece birkaçıdır. Ceza hukukunun en problematik ve zor konularını zevkle ve hazla dinlenir kılan Hocamız, dersinin olduğu kadar insan ilişkilerinin de duayenidir. Hocamız, işine, öğrencilerine, birlikte çalıştığı akademisyenlere duygu yüküyle bağlıdır. Öğretim üyeliğini, bir iş, bir görev olarak değil, hayatının bir parçası olarak algılar. Çalışkanlığı, azmi, iş disiplini, ciddiyeti, yaratıcılığı, araştırmacılığı onu bilim adamı olmanın ötesine bilgeliğe taşır. Hukuk ilmine gönül vermiş herkesi, kendi konusuyla ilgili olsun ya da olmasın yönlendirir, yüreklendirir, azminden onlara da aktarır.

Uzaktaki köy gibi yıllarca görmesek, çeşitli yaşam koşulları nedeniyle ziyaret edemesek de bir gün gelip karşılaştığımızda hiç sitem etmeden dost elini uzatacağını bilir, böyle değerli bir Hocamız ve dostumuz olduğu için hep gurur duyarız.

Üniversite eğitim ve öğretiminin özelliği, belli bir müfredat içinde sıkışıp kalmaması, insana ve hayata dair çok boyutlu bakabilmeyi gerektiren vasıfların kazanılmasını sağlayıcı her konunun gündeme getirilmesidir. Bu zenginlikleri içimize nakşeden değerli hocalarımızı hiç unutamayız. Hayatın engebeli yollarında ilerlerken içimizdeki zenginlikleri vaktinde farkedemediğimiz olduğu gibi, onları bize nakış gibi işleyenleri de ihmal edebiliyoruz. İstemeden de olsa bu gerçekten acı. Emeğe teşekkür edememek, içimizden geçenleri ifade edecek yer ve zemin bulamamak çok kötü.

Böyle bir Armağan çıkarma konusunda önayak olan herkese bize böyle bir zemini hazırladıkları için çok teşekkür ediyorum ve Hocamıza dair söylenecek çok güzel şeyler olduğunu ve ne kadar anlatırsak anlatalım hep birşeylerin eksik kalacağını biliyorum.

Doktora tez danışmanım olmuş olan değerli Hocamın, çok değerli eşi ve çocuklarını da tez çalışmalarım esnasındaki gidiş gelişlerde tanıdım ve herbirini ayrı ayrı çok sevdim. Mükemmel bir hukukçu, çok değerli bir eğitimci olan Hocamızın mükemmel bir eş ve baba olduğuna o dönemde şahit oldum. Çalışmalarım ve araştırmalarım konusunda değerli hocam kadar çok değerli eşi Zülâl Bayraktar da bana gönülden destek oldu.

Vefa duygusuna ve olgusuna çok önem veren, her zaman zarif ve centilmen olan, zarif olan herşey gibi çabuk kırıldığını düşündüğüm Hocam Köksal Bayraktar'ın doğum gününü kutluyor, ona hayatının her yeni adımında keyif ve mutluluklar diliyor, bundan böyle ondan ders alacak öğrencilerin müthiş şanslı olacaklarını düşünüyorum.

Hukukun üstünlüğüne ve hukuk devletinin gereklerine gönülden inan-

mış bir akademisyen olarak, ilerici, demokrat, lâik, Atatürkçü kimliğiyle bütünleşen bütün vasıflarıyla, hocamızın çağdaşı olduğu birçok akademisyenin önünde yer aldığını vurgulamak ve onu bir kez daha kutlamak istiyorum.

Türkiye, Uyuşmazlıklarda Doğrunun Tam Olarak Açıklanmasına - Çağdaş Bir İfşa ve İbraz Sistemine Muhtaçtır

*Mehmet GÜN**

DEĞER

Köksal Bayraktar ile, ilk defa, yazdığı bir dilekçesini Çatalca mahkemesine götürme yolunda okuduğumda tanıştım. Dilekçesi, benim kendi mesleki gelişimimde örnek aldığım çalışmalardan birisidir. Hakimin, ihtilafın çözülmesi için ihtiyaç duyacağı bilgileri eksiksiz, mantıklı ve ikna edici bir tonla anlatıyordu. O zamanlar Hukuk Fakültesinde öğerenciydim; okula gidemiyor, geçimimi temin için bir avukatın bürosunda katip, evrak memuru veya başka bir deyişle "her şey" olarak çalışıyordum. O dilekçeyi, yanında çalıştığım avukatlarla birlikte yürüttüğü bir dava ile ilgili olarak yazmıştı; Çatalca'daki bir köyün çeşmesinin suyunun nasıl kullanılacağı hakkındaydı.

Ben hala öğrenciyken, kendisini bir kaç kere Nuruosmaniye'deki kitaplarla dolu bürosunda görmek, gözlerindeki "*seni görmek ne güzel bir ayrıcalık*" manalı ışıltı ile, şefkatli, nazik, munis ancak bir o kadar da kararlı konuşmalarını duymak nasip oldu.

Köksal Bayraktar ile çoğu zaman aynı tarafta müşterek vekil, bazı zamanlar da karşı tarafların vekilleri olarak birçok uyuşmazlığın ve davanın çözümünde birlikte görev aldık; yerli ya da yabancı müvekkilleri ilgilendiren ya da yurt dışında görülen ihtilaflarda birlikte çalıştık. Her zaman görevimizi en iyi şekilde yapmanın yanında, ülkemize, görevimizi yapış tarzımızın avukatlık mesleğinin gelişimine nasıl katkısı ya da etkisi olduğunu düşündük; ülkemizde uyuşmazlıkların çözümünde görevlendirdiğimiz kurumları, işleyişlerini ve ihtilaf çözümünde izlediğimiz yöntemleri diğer ülkelerdeki yöntemler ile karşılaştırıp değerlendirdik. Ülkemizin ihtilafların çözümünde geçerli kuralların ve kemikleşmiş uygulamaların çağdaş ülkelerden ne kadar

---

* Avukat

geri kaldığı, bunun hakimler, savcılar ve avukatların mesleki gelişimini ne kadar kısıtladığından şikayet ettik, çağdaş bir ihtilaf çözümü sistemine özlemlerimizi paylaştık.

Mesleğe ilk adımımı attığımdan beri, desteğini gördüm, kendisinden hep esinlendim, aydınlandım ve çok etkilendim. Köksal Bayraktar, bilerek de bilmeyerek de benim kişisel ve mesleki gelişimime örnek bir insan, örnek bir öğretici, ve örnek bir avukat olarak önemli katkılarda bulundu. Doğruluğa, adalete, insancıllığa ve her alanda kendini ve diğerlerinin devamlı gelişmesine verdiği önem benim de değerlerimi güçlendirdi. Sözün kısası Bir çok meslektaşımı da aynı yönde etkilediğini ve gelişimlerine katkıda bulunduğunu biliyorum.

Köksal Bayraktar ve onun gibi yüzlerce bilim insanı, Türkiye'ye onbinlerce hukuk adamı yetiştirip örnek oldular olmaya devam ediyorlar.

Ancak uyuşmazlıkların çözümü konusunda hala geçmiş çağdaki ilkeleri takip edip, gelişmiş hukukçu kaynaklarımızı boşa harcıyoruz. Uyuşmazlıklarını medeni olarak çözen, çağımızın getirdiği karmaşık ve kapsamlı uyuşmazlıkların çözümünde zorlanan, içeride ve dışarıda yargısına güvenin sorgulandığı bir ülke olduğumuzu görmek, buna rağmen de kanunlarımızın yeniden yazıldığı bu günlerde, bu soruna köklü bir çözüm bulunması yönünde adım atılmadığını görememek üzücü...

İşte bu yazı ile kendisine verilecek özel bir armağana kendimce katkıda bulunurken, o armağandan, ortak ülkülere sahip olduğumuz bir konuda, kendime, değerli hukukçulara ve ülkeme de bir armağan çıkarmak; çağdaşlarının seviyesine çıkarabilmek için Türk Adaletini, gözlemlerimi ve sesimi adalet politikalarını belirleyenlere duyurabilmeyi umuyorum.

GÖZLEM

İsveç

İsveç'te bir davayı takip ettim. İsveçlilerin usul kuralları bizimkisine benziyor. Dava iki yıldan fazla sürdü. Türkiye'de de benzer bir dava ilk derece mahkemesinde bu kadar sürerdi. İsveçli avukatlar dilekçeler yazmak, delilleri bildirmek ve toplamak ve duruşmaya katılmak için Türkiye'deki bir avukatın sarfedeceği kadar zaman sarf ettiler. Ancak, bir kaç farkla: Dilekçe yazarken, mahkemeye bildirecekleri vakıalara ilişkin beyanlarının doğru, tam ve eksiksiz olduğundan ve kanıtlanabileceğinden emin olmak için müvekkillerini, bir hakimin ya da savcının sorguladığındaki gibi titiz bir şekilde sorguladılar. Diğer tarafın İsveçli avukatlarının da öyle yaptığından eminim. Müphem ve net olmayan bir husus ortaya çıktığında diğer tarafı

zora düşürdüler. Diğer tarafı ellerinde olup da ibraz etmedikleri her türlü bilgi ve belgeyi ibraz etmeye zorladılar. Bunlara diğer tarafın ticari sır teşkil edebilen bilgileri de dahildi.

Duruşma için de İsveçli avukatlar biz Türk avukatların duruşmalar için sarf ettiği zaman kadar zaman sarf ettiler; ama bir farkla, onlar bir duruşma için bir hafta ayırdılar ve davayı başından sonuna kadar sözlü olarak ortaya koyup savundular; bizler ise basit bir davada bile 10 – 15 kere duruşma için adliyeye gitmek, salonun kapısında beklemek, beklerken lak lak etmek, sıramız geldiğinde her biri 5-10 dakika süren duruşmadan sonra geriye ofisimize dönebilmek için taksilerde harcıyoruz değerli zamanımızı...

İsveçliler dilekçelerini ve tanık beyanlarını en ince detayına kadar üzerinde çalışarak yazılı olarak mahkemeye verdiler, ama, bununla yetinmeyip, hem davacı yanın, hem davalı yanın asillerini ve tanıklarını bir haftalık duruşma sırasında çapraz sorguya tabi tutup, dava konusu ile ilgili maddi vakıaları tam ve doğru olarak ortaya koydular. Davanın sonunda İsveçli hakimler, - bizim hakimlerimizin onlardan hiç bir eksiği yoktur – çözmeleri gereken hukuki uyuşmazlığa ilişkin olarak güzel ve doyurucu gerekçeli bir karar verdiler. Türk müvekkillerim, Henüz İsveç'te bir karar verilmeden önce İsveç'teki adaletten ve yargılama sürecinde diğer tarafın bu kadar ince bir şekilde sorgulanmış olmasından dolayı adaletin yerine geldiğine inandıklarını söylediler. Nitekim hakimin kararı da haklılıklarını teslim etti. Karar temyizde bozuldu; ancak üst derece temyiz mahkemesinde halen görülmekte. Ancak, davanın sonucu müvekkillerim için o kadar önemli değil artık. Çünkü onlar adaletin tecelli ettiğini gördüler ve İsveç yargısındaki sürecin sona ermesini bekliyorlar.

Acaba nedir İsveç yargısındaki süreci, sonuç gecikmeli ve aleyhe bile olsa, bu kadar tatmin edici yapan şey? Üstünde düşünmek ve dersler çıkarmak gerek kendi adalet sistemimiz için... İsveç'in yaptığı şey, mahkemeye intikal eden ihtilaf hakkında davacının da, davalının da ve davanın asilleri ile tanıklarının da mahkemenin huzuruna çıkartılıp doğruyu tam ve eksiksiz ve de çarpıtılmamış olarak ortaya koymalarının sağlanmış; bir olay hakkında iki tarafın da çapraz sorgularının yapılmış ve uyuşmazlık konusu olayın hakimin önüne tam ve doğru olarak getirilebilmiş olmasıdır. Bizim davalarımızda olmayan işte budur: gerçeğin tam ve doğru olarak ortaya konması! İsveç'teki davada iki tarafın da dava konusu iddia ve savunmalarında bahsettikleri hususlarda tam ve doğru konuşmaya zorlanması, taraflar arasındaki ihtilaflı noktaların azaltılmasına, hakimin çözmesi gereken soru ve sorunların en aza indirilmesine yaramıştır. Bizim davalarımızda ise, bir taraf ayağını diretmeye görsün, en basit şeylerin ispatı bile insanı çileden çıkarmaya yetebilir.

İngiltere

Bu günlerde Londra'ya gidip geliyorum; kendimi kötü hissediyorum, içerliyorum. İçimden avukatlık cübbemi çıkarıp atmak, sokaklara vurmak, bütün Türkiye'yi yürüyerek dolaşıp her kula derdimi anlatmak ve hatta Ankara'da Meclis'in karşısında çadır kurup – uyuşmazlıklarda doğruyu tam ve eksiksiz olarak açıklamayı zorunlu kılan bir yasa çıkıncaya kadar - açlık grevi yapmak geliyor... Hiç bu kadar kötü hissetmemiştim...

Çünkü, bu günlerde Türkiye'de benim takip ettiğim bir dava, aynen İngiltere'de, Londra mahkemesinde de görülüyor... Taraflar, İngiliz mahkemesinde, Türk mahkemesinin huzurunda yapmadıkları bir şey yapıyor; İngiliz mahkemesine gerçeği tam ve doğru olarak açıklıyorlar. Davanın asilleri birer birer tanık kürsüsüne çıkıp, tecrübeli ingiliz avukatlarının sorularına cevap vermek, söylediklerinin her bir detayını açıklamak ve doğruyu söylememişlerse bunu kabul etmek zorunda kalıyorlar. İngiliz hakim de soruları ile tarafları ve tanıkları doğru, tutarlı ifade vermeye zorluyor.

Hakim dün diğer tarafa dönüp davadaki iddialarının bir kısmının kanıtlanamaz durumda olduğu yönünde sorular sordu ve avukat kabul etmek zorunda kaldı, müvekkili asile de aynı soruyu sordu ve o da kabul etmek zorunda kaldı. Dün İngiliz hakim, önce diğer tarafın Türk mahkemesinden bir sene önce elde ettiği ihtiyati tedbir kararının kaldırılması gerektiğini söyledi. Günün sonunda diğer tarafın çapraz sorgusu devam ederken, hakim, diğer tarafa dönüp davayı kazansalar bir yere varamayacaklarını anlatıp ne yaptıklarını, nereye gittiklerini düşünmelerini tavsiye etti. Çapraz sorgulama bitmeden diğer taraf sulh tekliflerini kabul etti. Şimdi İngiliz mahkemesindeki davayı sulh olarak bitiriyor, taraflar. Bu vesile ile Türk mahkemesindeki ihtilaf da bu vesile ile sulh gereğince feragat edilerek sona ermiş olacak. Oysa Türk mahkemesinde benim savunduğum dava İngiliz mahkemesindeki davadan çok önce açılmıştı; dilekçe teatisi ve delil gösterme süresi henüz bugün sona eriyor, bundan sonra delillerin toplanmasına geçilecek, toplandıktan sonra bilirkişi incelemesi yapılacak, bilirkişi görüşleri hakkında beyanlarda bulunulacak ve ondan sonra bir karar verilecek. İngiliz mahkemesinin sağladığı sulh olmasaydı benim Türkiye'de takip ettiğim dava, kim bilir ne zaman bitecek, nasıl bitecekti? Ama beni bu kadar üzen şey davanın ne kadar süreceği ve ne zaman sona ereceği değil..

Dava süresinden şikayet etmemeye özen gösteriyorum, çünkü, bunu duyanlar, "geciken adalet adalet değildir" diye hemen *yargılamayı hızlandırma* çabalarına girişiyorlar. "Aslında, doğruyu bulmayan, vardığı kararı tüm doğru ile desteklemeyen hiç bir yargı kararı adil değildir!" diye karşılarına çıkabilecek bir babayiğit akil kişi yok. Herkes, yargılamayı hızlandırmaya çalışıyor, adaletin tam ve doğru gerçekleştirilmesi için kafa yorup emek sarfeden yok gibi. Beni esas üzen şeye geri dönmeliyim. O da şu!

Bu günlerde Türk mahkemesinde takip ettiğim davada diğer tarafın 10 kalemden ibaret delil listesi geldi, içlerinden sadece sözleşmenin delil olarak kabul edilebileceğini düşünüyorum. Diğerlerine, verilen kesin sürede ibraz edilmediği, celb ettirilmediği ve sair gerekçelerle itiraz ettim. Sözleşmenin uzatıldığı iddiasını kanıtlamak için diğer tarafın yazılı ve imzalı belge – senet ibraz etmediğini, bundan sonra ibraz etmesine muvafakatimiz olmadığını ve sonuç olarak iddialarını ispat edememiş sayılmalarını isteyen dilekçe yazdım. Kendim de müvekkilim için karşı delil listesi hazırladım. Sadece sözleşmeyi ikrar ettim, ayrıca sözleşmenin vadesi belli borçta temerrüt nedeniyle fesih olduğunu gösteren temerrüt ihtarı ile fesih ihtarnamesini delil olarak gösterdim; borç ve vadesi sözleşmede yazılı olduğu için başka kanıta gerek de yok deyip kestirip attım. Hakimin Türkiye'deki davayı reddetmesini bekliyorum. Ancak yargılama nasıl gelişecek, özellikle bilirkişiler nerelerden, nasıl çıkarımlar yapacaklar kestiremiyorum. Ancak, davadaki yazılı imzalı belge – senet ile ispat zorunlu olduğu için içim rahat. Fakat diğer tarafın sözleşmede açıkça yazılı olan bir gayrımünhasır lisansı münhasır lisans olarak takdim etmesinden, sözleşmedeki opsiyonu kulandıkları iddiasını sözleşme şartlarının değiştirilerek yenilenmesinde anlaştıkları iddiası ile karıştırarak sunmasından, iddianın bile net olarak ifade edilmemesinden, bir konu ile ilgili yazışmalardan işine gelenleri cımbızla seçerek sunmalarından ve yazışma ve görüşmelerin hangi çerçevede ve şartlar içinde yapıldığının açıklanmamasından rahatsız oluyorduk. Bir yandan diğer tarafın yazılı delil ve senet ile ispat kuralına göre gereksiz olan, eksik ve yetersiz açıklamalarından rahatsız olmamamız gerektiğini düşünüyor, diğer taraftan hakimin bu eksik açıklamalardaki mutabakat sağlandı iddiasına dayalı olarak sözleşmenin uzatıldığını varsayıp ihtiyati tedbir kararı vermiş olması nedeniyle bu durumun da açıklığa kavuşturulması gerektiğini düşünüyor; bu konularda hiç delil sunmamak seçeneği ile, bu konuları aydınlatan delil sunmaya kalktığımız zaman tüm delillere ve gerçeğin bütününe ulaşamayacağımız gerçeğinin arasında sıkışmış, bunalıyorduk.

Oysa İngiliz mahkemesindeki davada durum başka türlü gidiyordu. Müvekkilimiz İngiltere'de dava açar açmaz, dava konusu ihtilafı ilgilendiren her türlü delil ve yazışmayı, bunlar dahili yazışmalar dahi olsa diğer tarafa açıklamış; diğer tarafı da kendilerinde bulunan her türlü delili açıklamaya zorlamıştı. Hem asiller, hem tanıkları uzun uzadıya yazılı ve detaylı ifadeler yazmaya, kendi avukatlarına her detayı açıklamaya ve belgelerini de vermeye başlamışlardı. Davanın açılmasından itibaren kısa bir süre içinde her iki taraf binlerce sayfa tutan delillerin tamamını mahkemeye ve diğer tarafa açıklamış; her birisi onlarca sayfa tutan yeminli ifadeler vermiş ve diğer tarafın sorularını cevaplamışlardı. İşte Türkiye'deki davada mahkemenin bilmesi gereken bütün gerçek yazılı yeminli ifadeler ve açıklanan belgelerle ortaya çıktı diyorduk. Garip bir şey daha oluyordu, davacı mahkemeye ver-

dikleri yazılı beyanlarının doğru olduğuna yemin edilerek altı imzalanıyordu.

Eh böyle olunca olayların doğrusu mahkemeye söylendiğine ve yazılı olarak bildirildiğine göre hakim dilekçeyi okur, bir karar verir diye düşünüyorduk. Ama öyle olmadı. Mahkeme bir hafta veya 10 gün sürecek bir süreyi o davanın duruşmasına ayırdı, taraf avukatları duruşmanın hangi gün yapılacağında hakimle anlaştılar. Duruşma başladı, davanın ilgilisi herkes, Türk mahkemesinde dava açan davacı da tanıkları da mahkemeye gelip her gün sabahtan akşama kadar hazır beklediler. Sıraları gelince kürsüye çıkıp çapraz sorguya girdiler. Yazılı yeminli ifadelerindeki beyanlarının doğruluğu test edildi. Tanıkların doğru olmayan, ifadelerinin doğru olduğuna dair yeminlerine uymayan bütün hususlar, birer birer ortaya çıktı, çıkarıldı, eksik ifade verenler ilave ifadeler verdiler, yanlışlarını düzelttiler, hatalarını itiraf ettiler. Bazı şeyleri uydurdukları iddia edildi, suçlandılar, İngiliz hakim araya girip ifade vereni uyardı ve tüm gerçek birden ortaya çıkıverdi. Artık o noktadan sonra hakimin bir karar vermesine bile gerek kalmadı. Hakim gelinen durumu özetleyip te bu durumun değerlendirilmesini önerdiğinde taraflar sulh olmakta anlaştılar. Sonra ben de dahil bütün avukatlar sulh anlaşmasının bir an önce yapılması ve şartlarının gerçekleştirilmesi için çaba göstermeye başladık. Akşam oldu, gece oldu hala detayların üzerinde konuşuluyor, atılacak her adım ince ince hesaplanıyor. Sanmayın sadece İngiltere mahkemesindeki dava ile ilgili, Türkiye'deki tüm davalar ile ilgili olarak da ne yapılacağı ince ince düşünülüp kararlaştırılıyor. Hakkında düşünülmeyen, konuşulmayan, anlaşılmayan bir şey bırakılmıyor. "Asılacaksan bile İngiliz sicimi ile asıl!"diye boşuna dememişler.

ŞİKAYET

Bu sonuçtan müvekkilerim çok memnun ve mutlular; diğer taraf da halinden memnun. Ben de memnun olmalıyım değil mi? Hayır ben memnun ve mutlu değilim. Çünkü, ben, bunu Türkiye'de kendim gerçekleştirebilmek, kendim Türkiye'de gerçeğin mahkemeye tam ve doğru olarak söylenmesini ve ortaya çıkartılmasını sağlayabilmek ve Türk yargısı ile bunu Türkiye'de, güzelim İstanbul'da, güzelim Türk insanı ile yapabilmek isterdim. Onun için ben memnun ve mutlu değilim. Türk mahkemesinde çözülmesi gereken bir ihtilafın İngiliz mahkemesindeki bir süreçte İngiltere'de çözülmesinden memnun ve mutlu olamam. Çünkü ben ve diğer meslektaşlarım, bu ihtilafı Türkiye'de çözebilecek yeteneğe ve yetkinliğin azına sahip değilim; belki daha fazlasına sahibim. Benim ingiliz meslektaşlarımdan eksiğim ya da onların benden fazlası yok! Zeka aynı zeka, enerji daha fazla, heyecan ve istek ise belki daha fazlası, insan kaynağı dersen daha fazlası... Neyimiz eksik ki biz İngilizler ya da İsveçliler kadar etkin sonuç alamıyoruz?

İşin esası şu: biz mahkemelerimizi herkese sonuna kadar açarken, onlara mahkemeye doğruyu tam ve eksiksiz olarak söylemeye zorlamıyoruz. Memura gerçeğe aykırı beyanda bulunmak, direnmek ve işini zorlaştırmak suç; ancak, hakime gerçeğe aykırı, yanlış ve eksik beyanda bulunmak, doğruyu gizlemek ve hatta yalan söylemek ve yargılamayı zorlaştırmak suç değil! Davacı veya davalı mahkemeye gidip istediği gibi, yarım yamalak, yanlış doğru, çarpıtılmış beyanlarda bulunup dava açıyor, yargılamayı zorluyor, zorlaştırıyor; bunun bir yaptırımı yok. Böyle olmasının savunulması için ileri sürülen gerekçelere bakarsak: hak arama ve savunma hakkı kısıtlanırmış, kişi kendi aleyhine delil göstermeye zorlanamazmış; ve saire, ve saire! Sonuç: herkes her sebeple mahkemeye gidiyor, olmadık davayı açıyor, ülkenin değerli hakim, avukat ve sair adalet kaynakları boşa harcanıyor. Sonuç: mahkemelerimiz her yıl binlerce davayla boğuşuyor, haklı ile haksızı ayırd etmek için gerekli zamanı ayırabilmek mümkün değil. Sonuç: davaların çözümü gecikiyor, yargılama hızlandırılıyor, hızlandırıldıkça gerekçeler kısalıyor, adaletten tatmin azalıp, şikayetler çoğalıyor, hakim sayısını mahkeme sayısını artırarak çözüm bulunmaya çalışılıyor.

Bir davada, mahkemenin, zamanın çoğunluğunu, emek ve zamanın yarısından fazlasını maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasının aldığını tüm hukukçular kabul edecektir. Bu varsayım ile kabaca bir hesap yapıldığında, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasından kurtarılan bir mahkeme, normal hızıyla yaptığının iki katı kadar iş yapabilecek; yani iki katı fazla ihtilafı çözebilecektir. Yani hakim sayısını iki katına çıkarmadan yapılan iş miktarını iki katına çıkarmak mümkün. Hakim sayısını iki katına çıkarmanın sorunları çözeceği söyleniyor. Eğer aynı sayıda hakimle iki katı iş yapmak mümkün ise hakim sayısını artırmaya gerek olur mu? Herhalde hayır. Öyleyse Türk yargısının içinde bulunduğu iş yükü ve ona bağlı sorunların çözümü ortadadır: maddi gerçeğin tam ve eksiksiz olarak ortaya çıkarılması görevini mahkemenin üstünden alıp, taraflara ve avukatlarına bırakmak, hakimi, ancak sorunlu hallerde meşgul etmek. En doğru ve en akılcı olanı bunu böyle yapmak değil mi? Bu sorunun cevabı elbette evet'tir! Eğer bu böyle yapılmış olsaydı, mahkemelere oluk oluk akan davalar azalmaz mıydı? Öyle olsaydı arabuluculuk, tahkim ve sair alternatif yollarla çözüme başvurma çoğalmaz mıydı? Öyle olsaydı mahkemenin eninde sonunda en doğruyu bulacağı ve en isabetli bir yekilde karar vereceğine inanç artmaz mıydı? Öyle bir toplumda herkes kendisine, İngiltere'deki gibi İsveç'teki gibi çeki düzen vermez miydi? İnsanlar kayıtlarını düzgün tutup, ihtilaflarının çözümü söz konusu olduğunda makul davranmaz mıydı; kendi ihtilaflarını kendileri çözmez miydi?

O halde neden yapmıyoruz? Bir açıklaması var mı, olabilir mi?

Başkası bunu yapıyor ve yargısının saygınlığını yükseltiyorsa biz niçin yapamayalım? Başka ülkeler insanlarına mahkemeye gittiklerinde gerçeği

tam ve doğru olarak söylemelerini emrederken, biz neden bunu yapamıyalım, polise yalan beyanda bulunmayı, karşı gelmeyi ve işini zorlaştırmayı suç sayabildiğimiz halde mahkemeye gerçeği söylememeyi neden suç saymayalım?

Bu günlerde neredeyse tüm yasalarımızı değiştiriyor, Türkçeleştiriyor, tecrübelerimizi kurallara dönüştürüyor ve hızla yeni bir kurallar düzenine doğru ilerliyoruz. Ceza kanunumuzu, Medeni kanunumuzu, Ticaret ve Borçlar kanunlarımızı ve Hukuk Muhakemeleri Usulü kanunumuzu yeniliyoruz. Ne güzel! demeki kendi kanunlarımızı yapabilecek tecrübe ve olgunluğa çoktan ulaştı toplumumuz!

Yeni kanunlarımızı hazırlayan hocalarımız çok özveriler gösterdiler, gecelerini gündüzlerine katıp güzelim eserler ortaya çıkardılar. Kendilerini tebrik ediyor ve en azından kendi adıma teşekkür ediyorum. Böyle bir toplumda kendimi ve sevdiklerimi güvende hissediyorum. Ama bu kadar ilerleme yeterli değil; Türkiye'yi çağdaş ülkelerden – *mahkemeye doğruyu söyleme* – bakımından geri bırakan bir eksiklik konusunda düzenleme yapılmaması doğru değil. Oysa Türkiye, çok daha fazlasına ve ileri düzenlemelere muhtaç. Değerli hocalarıma sohbet ortamlarında sordum: Türkiye'de tüm gerçeği ifşa etme kurumu olacak mı? Yanıtları "*O konu Türkiye için henüz çok erken, o konu çok karışık*." Maddi gerçeği ortaya çıkarma görevini mahkeme vasıtasıyla taraflara zaten vermişken bu görevi tamamen taraflara vermek ve onları yaptırıma tabi tutmak neden zor ve karışık olsun ki? Maddi gerçeği ortaya çıkarma görevini neden avukatlara vermeyelim ki? Bir yanda resmi mercilere avukata istediği bilgi ve belgeleri verme ve yardımcı olma görevi yüklerken, diğer yanda mahkemeye gidecek olan müvekkiline gerçeğin tümünü doğru olarak söylemesini isteme yetkisi vermeyen bir düzen! Bir yanda polise yalan beyanı ve karşı gelmeyi suç saymak, diğer yanda mahkemeye gerçeği söylemeyerek haksız karar almaya çalışmayı, mahkemeleri lüzumsuz işgal etmeyi hoş görmek!

İHTİRAS

İngiltere, mahkemeye sadece iddiasının ispatına yeterli açıklamanın yapıldığı dönemi 40 yıl önce terk etti. Türkiye ise halen aynı yerde. Yasalarımızın yeniden yazıldığı bir dönemde biz hala İngilizlerin 40 sene önce olduğu yerde duruyoruz. Yasalarımızın yeniden yazıldığı bu dönemde de "*mahkemeye doğruyu tam ve eksiksiz söyleme* ve *açıklama*" noktasına gelemiyoruz. Her nedense yasalarımızda bu kadar değişiklik ve ilerleme sağlarken mahkemeye giderken doğruyu söyleme zorunluluğunu getiremiyoruz!

Adalet sistemimizde ve toplumumuzda esaslı bir ilerleme sağlayacak bu kadar basit düzenleme için 40 yıl daha beklemek gerekmiyor. Önce tarafların

mahkemeye doğruyu açıklamasını sağlamakla başlayacak bir düzenleme ile kısa zamanda mahkemelere gelen ihtilafları azaltmayı, mahkemenin davalarda sarfedeceği emeği yarıya indirerek hukukun uygulanmasına odaklanmasını, daha isabetli ve doyurucu gerekçelerle ihtilafların çözülmesini sağlayabilir ve böylece kısa zamanda adaletin gerçekleşeceğine, doğrunun mutlaka ortaya çıkacağına dair inancı hızla güçlendirmeyi başarabiliriz. Bunu sağlayan bir adalet sistemi daha sonra son derece karmaşık meseleleri çözebilir, İngiliz ve İsveç mahkemelerinin şöhretini yakalayabilir.

İşte bunun için bu yazıyı armağan ediyor, Türkiye'de çağdaş ve etkin bir adalet sistemi için, adalet alanında da güçlü ve saygın bir Türkiye için "mahkemeye doğruyu tam olarak söylemenin ne kadar gerekli ve zorunlu olduğunu ve ne kadar kolayca gerçekleştirilebilir olduğunu ortaya koymak istiyorum.

AKIL ve BİLGİ

Genel Olarak Uyuşmazlık İfşa[1] ve İspat Meselesi

Uyuşmazlıkların çözümünde, önce uyuşmazlığa konu olan vakıalar taraflarca açıklanır, daha sonra açıklamalardaki eksiklik ve hatalar giderilerek maddi gerçek tam ve doğru olarak ortaya konur, sonra da ilgili norm, hakim tarafından vakıaya uygulanır. Dolayısı ile hukuk kuralının doğru ve uygun olarak uygulanması ve dolayısı ile doğru sonuca varılabilmesi ve dolayısı ile de doğru ve adil bir karar verilebilmesi için uyuşmazlığa ilişkin vakıaların hakimin önünde tam ve doğru olarak ortaya konulması, kuralın olaya uygun ve doğru olarak uygulanabilmesi için hayati derecede önemlidir.

Taraflar için vakıaların kendi iddialarının kabul edilmesini sağlayacak şekilde ortaya konulması önemli iken, toplum ve dolayısı ile hakim için vakıaların sağlıklı bir şekilde kanaat oluşturabileceği şekilde tam ve eksiksiz olarak ortaya konulması önemlidir. Çünkü, Hakim, toplum adına, kendileri yararlarına bir sonuç almak isteyen taraflar arasındaki uyuşmazlığa toplumsal barış ve uyumun korunması için müdahale etmektedir.

Hakim, geçmişte cereyan etmiş olan olaylara normları uygulayacaktır. Bunun için, hakimin, önce uyuşmazlığa konu olayın gerçekleşmiş olduğuna inandırılması gerekir.

Hakimin olayın gerçekleştiğine inandırılabilmesi için önce böyle bir olayın varlığının iddia edilmesi, sonra da ispat edilmesi gerekir. İspat için de, bir

---

1 Burada İfşa kelimesi ile hem uyuşmazlık konusu olayların taraflarca açıklanması, bu konuda dilekçe ve sair araçlarla beyanda bulunulması, hem de tarafların ellerinde bulunan her türlü ispat vasıtalarının çıkartılıp diğer tarafa ibraz edilmesi, yani, ifşa – açıklama ve ibraz, birlikte kastedilmektedir.

bakıma geçmişte kalan olayın, davada, hakim önünde yeniden canlandırılması, temsil edilmesi gerekir.[2] Başka bir deyişle taraflar önce olayları kendi bildikleri ve davadaki taleplerine uygun bir şekilde, hakime ve diğer tarafa açıklayacaklar (ifşa); daha sonra da açıkladıkları olayın gerçekleştiğini ispat edeceklerdir. Dolayısı ile her davada bir ifşa ve bir de ispat aşaması vardır. dolayısı ile her hukuk sisteminde davası hakkında bir karar verilmesini isteyen taraf, bu konuda hakime bir ifşada bulunur.

İfşa ve ispat konusunda Türkiye'nin kabul ettiği sistemin, tarafın iddiasının ilgilendirdiği kadar ifşa ve ispat olduğu söylenebilir. Türk hukukçularına göre diğer taraf da kendi savunmasının ilgilendirdiği kadar ifşada ve ispatta bulunacak, böylelikle gerçek, iki tarafın diğerinin eksikliklerini tamamlaması suretiyle hakime ifşa edecek ve bilahare ispat edilecektir. Genel kabule ve uygulamaya göre, Türk hukukunda davacı kendi iddiasını ispatla, davalı da kendi savunmasını ispat etmekle yükümlüdür.[3] Böylelikle maddi vakıaların yarısı davacı, diğer yarısı da davalı tarafından ispat edilecektir. Böylelikle vakıalar hakimin önünde bir kere canlandırılmış olacaktır. Türk hukukunda ifşanın ispat edilecek şeylerle sınırlı olduğuna veya ne kadar ifşa yapılacağına dair bir düzenleme yoktur.

İspat vasıtalarının sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemeler, hakimin, uyuşmazlığın çözümünde delilleri nasıl değerlendirmesini sınırlandırırken; bireyleri ise ifşa ve ispatlarında sınırlandırmalar yönünde hareket etmeye teşvik eder. Dolayısı ile tarafların ifşa ve ispat konusundaki davranışları, hakimin delilleri takdir yetkisine göre şekillenir. Bu şekillenmenin önlenebilmesi için ifşa kurallarının ispat kurallarından ayrıca düzenlenmesi ve ifşa yükümünün ağırlaştırılması gerekir.

Öte yandan, ispat araçlarının sınırlandırılması, hiç bir zaman, bir tarafa elinde bulunan ispat vasıtasını ifşa etmeme, diğer tarafı ve hakimin bu ispat vasıtasından mahrum bırakma hakkı vermez. Başka bir deyişle, ispata ilişkin sınırlamalar ifşa için geçerli olamaz; ifşayı sınırlandıramaz. Tarafların bütün ispat vasıtalarını ifşa etmeleri, hakimin ise bunları (varsa) ispat sınırlamalarına göre değerlendirmesi gerekir. [4]

---

2 Haluk KONURALP, Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1999, s. 8 vd.

3 Türk hukukunda – ceza hukuku prensiplerinden kaynaklandığını sandığımız gerekçelerle– tarafların kendi iddiası aleyhine delil göstermeye zorlanamayacağı kabul edilmektedir.

4 İfşa edilen iddiaların ispatında kabul edilen kural ve sınırlamalar, temelde hakimin kanaatini sınırlandırıp, kontrol altına almak ve keyfi karar verilmesini önlemek içindir. Ancak bu kuralların, Türkiye'de olduğu gibi, zaman içinde, bir çok sebeple, tarafların mahkemeye yapacakları ifşanın, yani uyuşmazlıkla ilgili olayların ne kadarının nasıl açıklanacağını da belirleyen kurallar olarak algılanması;

Bu nedenle ifşa yükümü ile ispat yükümünü birbirinden ayırmak gerekir. İfşa, uyuşmazlık konusu olayın ve olaya ilişkin ispat vasıtalarının diğer tarafa ve hakime açıklanmasını içerir. İspat ise hakim bakımından, açıklanan ispat vasıtalarının nasıl değerlendirileceği, taraflar bakımından ise, dolayısı ile, bir iddianın kanıtlanması için en az nasıl bir ispat vasıtasının ortaya konulması gerektiği ile ilgilidir.

Ancak İngiltere'de hakime yapılacak ifşanın yani vakıalara ilişkin beyanların tam ve doğru olmasını temin eden bir düzenleme varken Türkiye'de böyle bir düzenleme ve bu düzenlemeye uyılmasını sağlayan ciddi yaptırımlar vardır. Bu sebeple İngiltere'de ise her iki taraf da uyuşmazlıkla ilgili maddi vakıaların tamamını ifşa etmek ve aynı zamanda hem kendi iddiaları ve hem de diğer tarafın iddiaları ile ilgili olarak sahip oldukları lehe ve aleyhe ispat vasıtalarını mahkemeye sunmak zorundadır. Bir bakıma, İngiltere'de taraflar uyuşmazlık konusu maddi vakıanın tamamının ifşasından ve ispatından sorumludur. Bu sistemde maddi vakıaların hakimin önünde, teorik olarak, iki kere ifşa edilip, iki kere canlandırılmış olacağı söylenebilir.

İfşa ve ispat konusunda Türk hukukunun Kıta Avrupası hukuku ilkelerini, İngiliz hukukunun ise Anglo Sakson hukuku ilkelerini takip ettiği genel geçer olarak kabul edilmektedir. Bu iki sistemin birbirinden çok farklı olduğu düşünülür; buna karşın, bu iki farklı hukuk sisteminin birbirlerini çok etkiledikleri, geliştirdikleri ve farklı şekillerde de olsa birbirlerine çok yaklaştıkları pek bilinmez ve konuşulmaz. Birbirinden çok farklı oldukları düşüncesi ile Anglo Sakson sistemindeki gelişmelerin Türk hukukuna aktarılmasından, aynı sonucu sağlayacak düzenlemeler yapılmasından korkulur. Ancak bu korku ve ona dayalı çekingenlik yersizdir. Bu iki sistem, özellikle ifşa ve ibraz konusunda, bir diğerini etkilemiş, örnek aldığımız ve kaynak hukukları geliştirmiştir.

---

maddi gerçeğin tam olarak açıklanmasına ilişkin düzenlemesi olmayan hukuklarda ifşanın gittikçe daralmasına, yargılamanın neredeyse teknik bir sorunun cevabını bulma çabasına dönüşmesine neden olması kaçınılmazdır.
Gerçekleşmemiş olduğu halde ispat kurallarına göre gerçekleştiği kabul edilmesi zorunlu olan, ya da tam tersine kanun öngördüğü ispat vasıtaları sunulmadığı durumlarda gerçekleştiği kabul edilemeyen vakıalar söz konusu olduğunda taraflar ispat kurallarını dolanmaya, ya da bu kurallara tabi olmamak için tedbirler almaya başlarlar.
Fertlerini, böylelikle, bir bakıma, mahkemenin kendilerini yakalayamayacağı, yaptıklarının hesabını vermekten kaçınabilecekleri bir şekilde faaliyet göstermeye yönlendiren bir toplumda kendisine ve diğerine güvensizlik, ilişkilerde haksızlık ve diğerine tahakküm etme, mahkeme önünde ne pahasına olursa olsun diğerine üstün gelme çabası hakim olur. Böyle bir toplum, ilişkilerini adil olarak sürdüren, ihtilaflarını iyi niyet içinde medeni olarak çözen, ihtilafa değil işlerine odaklanan bir toplum değil, ihtilafa boğulmuş, onları çözememenin sıkıntısı altında çabalayan bir toplum olur.

Başlangıçta, Kıta Avrupası hukukunda Sorgulayıcı[5] sistem kabul edilmiş iken, Anglo Sakson hukukunda[6] Bilgilendirici sistem benimsenmiştir. Temel olarak, Bilgilendirici sistemde hakim, tarafların bilgilendirmesine göre karar verirken Sorgulayıcı sistemde hakim, yapacağı sorgulamanın sonucuna göre uyuşmazlığı çözmektedir. Sorgulayıcı sistemde ifşa (ve ispat) kuralları hakimin işini kolaylaştıracağı kabul edilen, daha güvenilir ve kesinlik arz eden ispat vasıtalarına yönelik olarak gelişmekte; düzenlemeler genellikle ispat vasıtalarını sınırlandırıcı mahiyette olmaktadır. Sorgulayıcı sistemde tam ifşa (ve ispatın) hakimin sorgulamasına ihtiyaç göstermesi tarafları ifşa (ve ispat) bakımından tembelleştirmekte, fırsatçı bir ispat yaklaşıma yöneltmekte; ancak bu durum hakimin davadaki iş yükünü önemli ölçüde artırmaktadır. Bilgilendirici sistemde ise hakimin müdahalesi sınırlandırılırken ispat vasıtalarının sınırlandırmasına daha az ihtiyaç görülmektedir. Bu durumda ise hakim ya yetersiz bilgilendirilme ile yanlış bir karar vermek durumunda kalmakta ya da gereğinden fazla bilgilendirme ve yargılamanın pahalılaşması ihtimali ile karşı karşıya kalmakta...

Bilgilendirici sistemde taraflar, hakimin bilgilendirilmesinde serbestçe hareket ederler ve her türlü ispat vasıtalarına başvurabilirler; hakim taraflara müdahale edemez; böylelikle tam ve bütün bilgilendirilmeme tehlikesi ortaya çıkar, tarafların serbestliklerini kötüye kullanmaları halinde yargılama gereğinden fazla uzun ve pahalı hale gelebilir. Sorgulayıcı sistemde ise uyuşmazlık konusu hakkında bilgilendirme hakimin istediği ve sınırlandırdığı şekilde gerçekleşir; taraflar hakimin kabul edip isteyeceği bilgileri verir; sınırlandırılmış ispat vasıtaları sunar. Ancak hakimin kendi bilgilenme isteği hiçbir zaman tarafların yapmak istediği şekilde bilgilenmeyi sağlamaz ve tarafları tatmin etmez; üstelik hakimin temel amacı uyuşmazlığı bir an önce sonuçlandırmak olduğu için yargılamalar gereksiz şekilde hızlandırılır[7], zaman alan detaylardan zaman içinde vazgeçilir, tarafların davadaki davranışları kısıtlanır[8]; dolayısıyla hakim tam ve bütün olarak bilgilendirilmemiş

---

5 Inquisitorial sistemin ortaçağın engizisyonlarından etkilendiği söylenilir.

6 Anglo Sakson hukuku ile Common Law olarak bilinen hukuk sistemleri kastedilmektedir. Bu hukuk sisteminin İngiliz hukukundan kaynaklanmış olması, Türkiye'de de kastedileni daha iyi ortaya koyması nedeniyle Anglo Sakson terimi tercih edilmektedir.

7 Ankara İstanbul otoyolunda otobüslerin hızını takometre ile sınırlayan idarecilerimizin, adalet söz konusu olduğunda, adaletin sağlanmasını adaleti sağlayan kadroların yetersizliği ve işlerin çokluğu açık olarak ortada iken "geciken adalet, adalet değildir" tekerlemesinin arkasına sığınarak bin bir değişik yolla hızlandırmaya çalışmaları işte böyle bir durumun sonucudur.

8 Türk usulündeki hakim tarafından verilen kesin sürede delil ibraz edilememesi, iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağı, cevap dilekçesinin 10 gün içinde verilmesi zorunluluğu gibi kısıtlamalar bu yönde kısıtlamalardır. Böyle durumlarda taraflar istinai hallerde ve zorlukla hareket serbestliği kazanırlar.

iken bir karar verir, adalet bir bakıma yargılama usulünde kıvraklıklara[9] göre ve el yordamı ile gerçekleştirilir. Ayrıca bu halde taraflar ifşa ve ispatlarını şekillendirerek hakimin maddi gerçeği tam olarak ortaya çıkarmasını zorlaştırıp, engelleyebilir, hatta uzunca bir süre karar vermesini önleyebilirler.

Ancak günümüzde, Bilgilendirici sistemde hakime sorgulama yetkileri verilerek bilgilendirme eksiklikleri giderilmekte; Sorgulayıcı sistemde ispat kısıtlamaları kaldırılarak Bilgilendirici sisteme yaklaşılmaktadır. Başka bir deyişle Sorgulayıcı ve Bilgilendirici sistemler birbirine yaklaşmaktadırlar. Temeldeki yaklaşım farklılığı devam etmekle birlikte[10] her iki sistemin gelişmiş örneklerinin mahkemeye maddi gerçeğin tam olarak ifşasını sağlamış olduğunu da kabul etmek gerekir.

İngiltere ile Türkiye arasındaki fark en başta ifşa, yani uyuşmazlık konusu olayların ve bunlara ilişkin bilgi ve belgelerin açıklanması ve ibrazı bakımındandır. İngiltere'de taraflar hem diğer tarafa ve mahkemeye anlatımlarında doğruyu ve tamamını söylemek zorundadırlar ve hem de uyuşmazlık konusu ile ilgili her türlü ispat vasıtasını lehe ya da aleyhe olduğuna bakılmaksızın diğer tarafa açıklamak zorundadırlar. İngiltere'deki ifşa ile ilgili düzenlemelerin, tarafları, diğer tarafın yararına olan ispat vasıtalarını da açıklamaya zorlaması, açıklamamaları halinde ciddi yaptırımlara tabi tutması sonucunda, oradaki uyuşmazlıklar, tüm maddi gerçek ortaya tam olarak çıkarılarak çözülmektedir. Taraflar olaylarla ilgili gerçeğin tamamına ve tüm ispat vasıtalarına ulaşılabileceğinin bilinci ve inancı içinde hareket etmekte; uyuşmazlıklar mahkemeye gitmeden çoğunlukla sulh yolu ile çözülmektedir.

Daha da önemlisi, uyuşmazlıklarının mahkemeye gitmesi halinde muhatap olacakları ifşa yükümlülükleri, İngiliz toplumundaki bireyleri bütün iş

---

9 HUMK m. 287'e göre yapılan delil sözleşmeleri ile bankaların ve güçlü şirketlerin kendi defter kayıtları ve belgelerinin tek delil olmasını müşterilerine dikte ettirmeleri, geçmişte müşterilerine dikte ettikleri kredi sözleşmelerinin suretini bile müşteriye vermeyerek, aleyhlerine dava açılmasını önlemeye çalışmaları, fikri hak tecavüzü ve haksız rekabet davalarında tecavüzkarların tazminat hesabı söz konusu olduğunda ellerindeki bilgi ve belgeleri mahkemeye ibraz etmekten kaçınmaları bu gibi hallere verilebilecek güzel örneklerdir.

10 Bizler, artık adversarial ile kastedilenden hakimin vakıalar hakkında bilgilendirilmesinde tarafların tam bilgilendirme yapmaya zorlandığı sistemlerin; inquisitorial ile kastedilenden de tarafların hakimi bilgilendirilmesinde hakimin ve yasanın tarafları sınırlandırdığı sorgulama esasına dayalı tam bilgilendirmenin anlaşılması gerektiğini düşünüyoruz. Ülkeler elbette kendilerine en uygun olan karışımı seçeceklerdir. Ancak yazılı işlem ve yazı kültürünün yeteri kadar gelişmediği toplumlar için sınırlandırılmış sorgulayıcı ispat sisteminin uygun olmadığını düşünüyoruz. Nitekim Anglo Sakson hukuku dediğimiz "Common Law" Türkçe'ye "avam'ın hukuku" olarak da tercüme edilebilir.

ve işlemlerini yasalara uygun yürütmeye zorlamakta; bu da yasalara ve diğerlerine saygılı, diğerleri ile iş ve ilişkilerinde adil ve sorumlu bireylerden oluşan bir toplum ortaya çıkarmaktadır.

Uluslararası alanda saygın ve etkin ve haklı bir şöhrete sahip olan İngiliz adaletinin başarısının temel taşı olduğuna inandığım tam ifşa düzenlemelerinden, kendimize ders çıkarmamız ve yararlanmamız gerekiyor.

Bilgilendirici Sistemde İfşa - İngiltere ve ABD Örnekleri

Özet Olarak Bilgilendirici Sistem

Bilgilendirici sistemde hâkimler, uyuşmazlığın taraflarına, uyuşmazlığa ilişkin iddialarını ve delillerini sunmaları konusunda büyük serbesti tanırlar. Delillerin sunulması inisiyatifi tamamen tarafların elindedir. Hâkimler sadece delil kurallarının uygulanıp uygulanmadığını kontrol eden hakem gibi hareket ederler. Her ne kadar hâkim delilleri dinleyip, tanıkları sorgulayabilir ise de yargılamanın geneline bakıldığında duruşma, tarafların yönlendirdiği şekilde yürür. Hâkim, yargılamanın sonunda tarafların sunmayı tercih ettikleri hususları esas alarak tartışmayı kimin kazandığı konusunda gerekçeli bir karar verir. [11] Diğer bir ifade ile, hâkimin maddi gerçeği araştırma konusunda aktif bir faaliyet yürütme görevi yoktur.[12]

Hâkimin maddi gerçeği tespit etme görevinin olmaması, Bilgilendirici sistemin önemli bir kusuru olarak kabul edilmektedir. Buna karşılık karşıt argümanların çarpışmasının hâkimin maddi gerçeği ortaya çıkarmasına hizmet ettiğini savunanlar da bulunmaktadır. Bu görüşe karşı çıkanlar Bilgilendirici sistemde başvurulan çapraz sorgulamanın gerçek olmayan bir hususu kesin bir şekilde ortaya çıkarmaya hizmet etmesine rağmen gizlenmiş bir gerçeği ortaya çıkarmakta aynı kesinliğin söz konusu olmadığını ileri sürmektedir.[13]

Bilgilendirici sistem, hâkimin görevinin, tarafların kendi çabaları ile elde ettikleri adaletin tanınması ile sınırlı tutulduğu, tarafların hata, yetersizlik ve maddi güçsüzlüklerinin yarışı kazanamama ve temyiz haklarını etkin bir şekilde kullanamamaları sonucunu doğurduğu, böylece, ortaya

---

11 Alan REDFERN, Martin HUNTER, Blackaby N., Constantine Partasides, Law and Practice of International Commercial Arbitration, Fourth Edition, London 2004, s. 350, para. 6–62; http://www.lrc.justice.wa.gov.au/2publications/reports/P92-CJS/consults/1-2civiladvers.pdf.

12 JA JOLOWICZ, "Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure", International and Comparative Law Quarterly, http://www.lrc.justice.wa.gov.au/2publications/reports/P92-CJS/consults/1-2civiladvers.pdf., s. 284

13 JOLOWICZ, s. 283.

çıkacak adaletsizliğin resmileştirilmesine hizmet edeceği noktalarından eleştirilmektedir.[14] Saf Bilgilendirici sistem için bu endişeler haklı görülebilir.

Ancak hâkim kanının aksine, Anglo Sakson ülkelerinin hiçbirinde tam anlamıyla Bilgilendirici sistem geçerli değildir.[15] Bu ülkelerin sistemlerinin, Kıta Avrupası ülkeleri sistemlerine göre Bilgilendirici sisteme daha yakın durduğu daha isabetli bir tespit olacaktır.

Nitekim, Bilgilendirici sisteme daha yakın olan Anglo Sakson ülkelerinden İngiltere ve ABD için bu endişeler yersizdir. Bu ülkeler, yasalarını bu endişeleri giderecek şekilde geliştirmiş ve etkin bir ifşa sistemi vasıtası ile mahkemelerine doğrunun tam olarak söylenmesini sağlayarak etkin ve gelişmiş bir yargılama sistemine ulaşıp, toplumlarında adaleti gerçekleştirme yolunda çok önemli bir yere gelebilmişlerdir.

Bu iki ülkedeki ifşa sistemi aşağıda kısaca anlatılmıştır.

İngiltere Devlet Mahkemelerinde İfşa:

İngiliz usul hukukundaki[16] bilgilendirici sistemin gerçek niteliği Air Canada v. Secretary of State for Trade davasında ortaya konulmuştur. Havayolu şirketleri, Heathrow havaalanının kullanılması için ödenen ücretlere ilişkin olarak ilgili bakanlık aleyhine açtıkları davada, davacı havayolu şirketleri, bakanlığın kamu yararı bağışıklığından yararlandığını iddia ettiği bazı belgelerin ifşa edilmesini talep etmiştir. İlk derece mahkemesi havayolu şirketlerinin bu taleplerini şu gerekçe ile kabul etmiştir: "*mahkeme maddi gerçeği açığa çıkarırken, söz konusu gerçeğin taraflardan birinin lehine olup olmadığını dikkate almaksızın, nihai kararının maddi gerçek üzerine kurulu olması ile ilgilenmelidir.*"

Ne var ki, temyiz mahkemesi, bu kararı Bilgilendirici sistemdeki anlayışla bozmuştur. Yargıç Lord Denning'in ifadesine göre; "*adaletin sağlanması her zaman maddi gerçeğin bulunması demek değildir. Adaletin sağlanması genelde, tarafların davalarını diğer taraftan yardım almadan sunmaları anlamına gelir. Taraflar bunu evrakların ortaya çıkarılması prosedürü uygulanmaksızın ve diğer tarafı tanık statüsüne koymadan yapmalılardır*."[17]

---

14 JOLOWICZ, s. 283.

15 JOLOWICZ, s. 281; http://www.lrc.justice.wa.gov.au/2publications/reports/P92-CJS/consults/1-2civiladvers.pdf.

16 İngiliz Usul Hukuku'ndan kastedilen Birleşik Krallık (United Kingdom) hukukudur. Birleşik Krallık İngiltere, Galler ve İskoçya'dan oluşmakta ve Birlik'i oluşturan ülkeler zaman zaman birbirlerinden farklı hukuka sahip olabilmektedir.

17 JOLOWICZ, s. 284.

Bu olaydan sonra İngiliz usul hukuku kuralları kısmen değiştirilmiş, Bilgilendirici sistemin katı bir şekilde uygulanması terk edilmeye başlanmıştır. Yapılan değişikliklerin amacı üç gruba ayrılabilir: (i) bilgili hâkim, (ii) hâkimin yetkilerini önemli ölçüde artıran kurallar ve (iii) yargılama dışında başka yöntemler ile çözülebilecek uyuşmazlıkların mümkün olduğu ölçüde mahkemelerden uzak tutulması.[18]

Bilgili hâkim'den kasıt, hâkimin duruşmadan önce uyuşmazlık konusunu incelemesi ve bilgi sahibi olmasıdır. Hâkimin bu görevi delil konusunda önem kazanır. Çünkü bu amaç, delil niteliğindeki belgelerin duruşmadan önce hâkimin ve diğer tarafın da incelemesi için - açıklanmasını ve sunulmasını, tanık beyanlarının yazılı sunulması ve yazılı bilirkişi raporlarına başvurulması gibi delil hukukuna ilişkin yeni kuralları da birlikte getirir. Eskiden hâkimlerin duruşmadan önce belgeleri inceleme yükümlülüğü yoktu. Değişiklikle hâkimin özellikle delil hukuku alanındaki yetkileri artırılmış; hâkime delilleri kontrol etme yetkisi tanınmıştır. Hâkim bu yetkisini, hangi hususlara ilişkin delil sunulması istediğini, delilin niteliğini ve ne şekilde sunulacağını belirleyerek kullanır. Bu kurallar, - klasik Bilgilendirici sistemdeki - tarafların davaları sunmalarındaki serbestîleri ile büyük ölçüde karşıt bir yapı sergilemektedir.[19] Böylelikle Air Canada kararı ile ortaya çıkan, mahkemenin maddi gerçeğin bulunmasına karşı ilgisizliği büyük ölçüde terk edilmiş; aynı zamanda mahkemenin tarafların tercih ettikleri deliller ile sınırlandırılması da azaltmıştır.[20]

İngiltere'deki Birleşik Krallık Usul Kanunu'nun ("BKUK") ispat konusundaki özelliğinin, **(i) taraflara tam ve kapsamlı bir bilgilendirme sağlayacak şekilde ifşa ve ibraz yükümü getirmek**; (ii) ispat araçları bakımından bir sınırlama getirmediği, ancak, hakime delilleri kontrol etme yetkisi vermesi ve nihayet (iii) hakimin delillerin takdirinde – kendi getirdiği bir sınırlandırma olmadıkça – tamamen serbest bırakmak şeklinde özetlenmesi mümkündür.

(i) Tarafların tam ifşa ve ibraz yükümlülüğü

BKUK'nun 31. maddesi, hasım tarafın elindeki belgeleri ifşa ve ibraz etmesi ve bu belgelerin diğer tarafça incelenmesi hususunu düzenlenmiştir: m. 31.4 belge ifadesinin herhangi bir açıklamanın kaydedildiği her tür şeyi ifade ettiğini; m. 31.5, mahkemenin; standart ifşa ve ibrazın kapsamını daraltma ya da sarfınazar etme yetkisi verdiğini; m. 31.6, standart ifşa ve ibraz prosedürünün neyi kapsadığını açıklamakta; m. 31.8, tarafların ifşa ve

---

18 JOLOWICZ, s. 287.

19 JOLOWICZ, s. 287.

20 JOLOWICZ, s. 289.

ibraz görevlerinin kendi kontrolleri altında olan belgeler ile sınırlı olduğunu; m. 31.11, ifşa ve ibraz görevinin yargılamanın sonuna kadar devam ettiğini belirtmektedir.[21]

Söz konusu m. 31.6 hükmüne göre taraflar, standart ifşa ve ibraz kapsamında (a) İddiasında dayandığı belgeleri; (b) Davasını olumsuz olarak etkileyen – kendi aleyhine olan - belgeleri, (c) diğer tarafın davasını olumsuz olarak etkileyen belgeleri; (d) Diğer tarafın davasını destekleyen – diğer taraf lehine olan – belgeleri ve (e) mahkemece ibraz etmesi emredilen belgeleri ifşa ve ibraz etmekle yükümlüdürler.

M. 31.10, hükmü uyarınca taraflar yukarıda belirtilen belgeleri ifşa ve ibraz ederken bir de ifşa / ibraz beyanında[22] bulunmak zorundadırlar. Bu beyanda bulunan kişi, bilgisi dâhilinde bulunan bilgi ve belgeleri ifşa ve ibraz ederek görevini yerine getirdiğini doğrular.

Söz konusu m. 31.10 gereğince yapılacak beyanın doğru olmaması durumunda 1911 tarihli Perjury Kanunu ile cezai yaptırım öngörülmüştür. Perjury Kanununun 5. maddesi, kanunen bir beyanda bulunmakla yükümlü

---

21 İngiliz hukukunda tarafların yargılama öncesi uymaları gereken kurallar ve bu kapsamda yargılama öncesi ifşa ve ibraz yükümlülükleri Türkçeye "yargılama öncesi protokolleri" olarak çevirebileceğimiz "Pre-Action Protocols" ile detaylı bir şekilde düzenlenmiştir. (Örneğin inşaat sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar bakımından "pre-action protocol for construction and engineering disputes" adlı protokol uygulanmaktadır.) İngiliz hukukunda belli tip uyuşmazlıklar bakımından belli tip yargılama öncesi protokoller düzenlenmiştir. Hâlihazırda 9 ayrı uyuşmazlık tipi için uyulması gereken 9 ayrı protokol mevcuttur. Bu protokollerin hepsinin amacı tarafların, yargılama öncesi, uyuşmazlık hakkında tam bilgi sahibi olmalarını ve uyuşmazlığın yargıya intikal etmeden çözümlenmesini sağlamaktır.
İngiliz hukukunda "Practice Direction-Pre-Action Conduct" adı altında tarafların yargılama öncesi uymaları gereken kurallar bir bütün halinde düzenlenmiştir. Bu kurallar hem genel kurallar ihtiva etmekte, hem de, yukarıda açıklanan 9 tip protokol kapsamına girmeyen uyuşmazlıklar bakımından uyulması gereken özel kuralları içermektedir. Bu kurallar bütünü incelendiğinde tarafların yargılama öncesi, iddia ve savunmalarının dayanağını teşkil eden esaslı her türlü belge ve bilgiyi diğer tarafa ifşa ve ibraz etmeleri gerektiği ve tarafların birbirlerinden bilgi ve belge ibraz ve ifşasını talep edebilecekleri anlaşılmaktadır. Tarafların yargılama öncesi ifşa ve ibraz yükümlülüğüne aykırı davranmaları durumunda hakim; ifşa ve ibraz yükümü yerine getirilinceye kadar yargılama işlemlerini durdurabilir, yükümlülüğe aykırı davrananı diğer tarafın zararını tazmin etmeye mahkum edebilir veya bu yükümlülüğü ihlal eden iddia sahibi lehine yargılama sonunda bir ödeme emri verildiğinde, iddia sahibinin faize hak kazanmayacağına ya da faizin daha düşük bir oran üzerinden hesaplanmasına karar verebilir. Eğer bu yükümlülüğe aykırı davranan davalı taraf ise yargılama sonunda davalı aleyhine bir ödeme emri verildiğinde davalının daha yüksek bir oran üzerinden faiz ödemesine karar verilebilir.

22 İngilizce "Disclosure statement".

olan bir kimsenin bilerek ve isteyerek yanlış beyanda bulunması halinde para cezasına veya 2 yıla kadar hapis cezasına çarptırılacağını düzenler. Perjury Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca, yargılama/adli muameleler sırasında tanık veya tercüman olarak yemin altında görev yapan bir kişi, yanlış olduğunu bildiği önemli bir hususta bilerek yanlış bir beyanda bulunur ise, para cezasına veya 7 yılı aşmamak üzere ağır hapis cezasına veya 2 yılı aşmamak kaydı ile hapis cezasına çarptırılır. Usul Kanunu'nun söz konusu 31.6. bendi uyarınca taraflar yukarıda açıklanan belgeleri/bilgileri ifşa ve ibraz ederken kanunen beyanda bulunmak zorunda oldukları için, bilerek ve isteyerek yanıltıcı bilgi/belge sunarlar ise Perjury Kanunu'nun 5. Maddesi uyarınca cezai yaptırıma tabi olacaklardır.[23] Perjury Kanunun bir benzeri Türk Ceza Kanununda da vardır, ama, mahkemelere yapılan beyanlarla ilgili değil..[24]

M. 31.7 uyarınca taraflar standart ibraz görevlerini yerine getirirken, yukarıda listelenen standart ibraz kapsamında yer alan belgelerden (b) – (e) bentleri arasında yer alan belgelere ilişkin olarak makul bir araştırma yapmakla yükümlüdürler. Araştırmanın makul olup olmadığı, ilgili belgelerin sayısı, yargılamanın niteliği ve karmaşıklığı, belgeleri toplamanın kolaylığı ve maliyeti, araştırma sonucu yerinin saptanması olası olan belgenin önemi dikkate alınarak belirlenir. Taraflar bunlardan herhangi biri makul olmadığı gerekçesi ile bu belgeleri araştırmamışsa, bu hususu ibraz beyanında belirtmelidir.

M. 31.12 uyarınca mahkeme özel olarak bir ibraz ya da inceleme emri vererek.[25] Emirde belirtilen belge ya da belge gruplarının ibrazını, Emirde

---

23 Kanunun 2. maddesinde yargılama/adli muameleler dışında herhangi bir sebeple yemin ederek beyanda bulunması kanunen gerekli veya kanunen buna yetkili olan bir kişinin önemli bir husus hakkında yanlış beyanda bulunması durumunda da yukarıda belirtilen cezai yaptırımlara tabi bulunacağı belirtilmiştir.

24 Türk Ceza Kanunu'nun 206. maddesinde "Bir resmi belgeyi düzenlemek yetkisine sahip olan kamu görevlisine yalan beyanda bulunan kişi … hapis ve adli para cezası ile cezalandırılır." demekte; 207. maddesinde bir özel belgeyi sahte olarak düzenleyen veya gerçek bir özel belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren veya kullanan kişinin 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezasına çarptırılacağı düzenlenmektedir. 275. maddesinde hukuk davalarında yalan yere yemin eden davacı veya davalının bir yıldan beş yıla kadar hapis cezasına çarptırılacağı; 272. maddede bir soruşturma kapsamında tanık dinlemeye yetkili kişiler önünde gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapan kimsenin dört aydan bir yıla kadar hapis cezasına tabi olacağı düzenlenmiştir. 276. madde de ise yargı mercileri veya suçtan dolayı kanunen soruşturma yapmak veya yemin altında tanık dinlemek yetkisine sahip bulunan kişi veya kurul tarafından görevlendirilen bilirkişinin gerçeğe aykırı mütalaada bulunması halinde bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına tabi olacağı düzenlenmiştir.

25 31.12 "The court may make an order for specific disclosure or specific inspection."

belirtilen kapsamda araştırma yapılmasını, söz konusu araştırma sonunda tespit edilen herhangi bir belgenin ibrazını zorunlu kılabilir. İfşa ve ibraz etmekten kaçınan ya da kaçınacağı şüphesi olan taraf aleyhinde arama ve el koyma kararı verilerek diğer tarafın zorla bu belgeleri aramasına ve el koymasına izin verilebilir.[26]

Madde 31.21 tarafların ibraz/keşif görevini yerine getirmemelerinin hukuki sonucunu düzenlemektedir. Buna göre; taraflar, mahkemece aksine karar verilmedikçe ibraz etmedikleri ya da keşif için sunmadıkları hiçbir belgeye dayanamaz.

(ii) Hakimin ispat araçlarını kontrol etmesi

BKUK'nun 32.1 maddesine göre hakim, delil gösterilmesi gereken hususlara, bu hususların hangi tür delillerle ispat edileceğine ve bu delillerin mahkemeye nasıl sunulacağına karar vererek ispat araçlarını sınırlandırabileceği gibi, normalde ispata yarar delil olarak kabul edilen delillerin bir kısmını da deliller arasından çıkarılmasına karar verebilir. Ayrıca çapraz sorgulamayı da sınırlandırıp kısıtlayabilir.[27]

Bu hükme göre İngiliz hukukunda ispat araçları, hakim bir sınırlama getirmediği sürece serbestçe sunulabilir; taraf iddiaları her türlü delillerle ispat edilebilir.

Hakim, ancak, delillerin değerlendirilmesi konusunda sadece kendi getireceği kısıtlama ve sınırlamalarla bağlı olacaktır.

(iii) Hakimin delillerin takdirinde serbest olması

İngiliz hukukunda hakim delillerin takdiri konusunda herhangi bir sınırlamaya tabi değildir. Hakim, ancak, kendisi delillerle ilgili bir sınırlama getirirse, kendi getirdiği sınırlama ile bağlıdır; onun dışında serbesttir.

BKUK'nun 1.1. maddesinde, en önde gelen amacın mahkemenin davaları adil bir şekilde halletmesini sağlamak olduğu; bunun diğerleri arasında, davaların hızlı ve adil bir şekilde ilgilenilmesinin sağlanmasını da içerdiği belirtilmiştir.[28]

---

26 Buna örnek olarak aşağıda Anton Piller Order'larına ilişkin açıklamalara bakınız.

27 Madde 32.1 "The court may control the evidence by giving directions as to (a) the issues on whihc it requires evidence; (b) the nature of the evidence which it requires to decide on those issues; (c) the way in which the evidence is to be placed before the court. The court may use its power under this rulet o exclude evidence that would otherwise be admissible. The court may limit cross-examination".

28 Madde 1.1 "These Rules are a new procedural code with the overriding objective of enabling the court to deal with cases justly. Dealing with a case justly includes …. Ensuring that it is dealt with expeditioulsy and fairly…"

İngiliz hakim, öncelikle adaleti en iyi şekilde gerçekleştirmeye çalışacak; bunun için de öncelikle tarafların maddi gerçeğin tam ve doğru olarak ortaya çıkarmalarını ondan sonra adil bir karar vermeye çalışacaktır. Maddi gerçeğin ortaya çıkarılması sırasında İngiliz hakim konuya çabuk bir şekilde el atacak, ihtiyati ve koruyucu tedbirler alarak, yargılama sürecinde ortaya çıkabilecek haksızlıkları etkin bir şekilde önleyecektir. İngiliz hukukunda ihtiyati tedbirlerin çok çeşitli olması ve çok etkin ve sıklıkla uygulanması bundan dolayıdır.[29]

İngiliz Hukukunda Delillerin Tespiti ve Muhafazası Tedbirlerine Örnek – Anton Piller Order

Burada İngiliz hukukunda delillerin tespiti ve muhafazası hususunda çok geniş uygulama alanı bulan bir örnekten de bahsetmekte yarar görüyoruz.

İngiliz hukuku, delillerin tespiti amacıyla belirli bir mevcut durumun (status quo) muhafazası veya üçüncü şahıslara karşı aksiyon alma açısından bir takım ihzari tedbirler öngörmektedir. Mevcut durumun muhafazası, örneğin davalının mal varlığının kaybolmasının önlenmesi, "Mareva Injunctions" olarak bilinen tedbir veya muhafaza kararları ile temin edilebilmektedir.[30] Davalının kendisinin veya tanıkların yurtdışına çıkmasının (kaçmasının) önlenmesi amacıyla ise *ne exeat regnum* olarak adlandırılan tedbir kararlarının verilmesi mahkemelerden istenebilmektedir.

Öte yandan hak sahibi, yasal yollara başvurma konusunda kararını verebilmek için, üçüncü şahısların, başkaları ile ilgili olarak uhdelerinde bulundurdukları belirli bilgileri, ifşa etmelerinin emredilmesini mahkemeden talep edebilir.[31] Bu yöntem özellikle, tecavüzle ilgili bilgileri elinde

---

29 İngiliz yargılamasında mahkemenin hızı, önüne gelen davayı ne kadar kısa sürede sonuçlandırdığına göre değil, hakimin uyuşmazlığa ne kadar kısa sürede el atabildiğine ve ön tedbirler alabildiğine göre değerlendirilir. İngilizler dava sürecini kısaltmak için yargılama kalitesinden veya masrafından özveride bulunmazlar; yargılamanın sağlıklı ve tam bilgilendirilmiş olarak bir karar vermenin gerektiği kadar zaman almasını kabul ederler, ancak, sürecin uzamasının getireceği zararlara ve zorluklara karşı etkin tedbirler alırlar ve gelişen duruma göre değişiklik yaparlar. Böylelikle taraflar kendi aralarında uzlaşabilmek için mahkemeden gerekli yardımı görürler ve sonunda uzlaşırlar.

30 İsim kaynağı olan dava: Mareva Compania Naviera v. International Bulk Carriers, 29 Ocak 1980, [1980] 1 All E.R. 213.

31 Türk hukukunda benzer bir hüküm Avukatlık Kanununun 2(son) maddesinde avukatlara görevlerini yerine getirmede kamu kurumlarının yardım edeceğine dair hükümde görülür. Bu hükme göre, kamu kurum ve kuruluşları avukatlara istedikleri bilgileri vekaletname sunmadan, istedikleri belgelerin suretlerini ise

bulunduran üçüncü şahsın, gümrük komisyoncusu veya depo sahibi gibi direk veya dolaylı tecavüzcü olarak nitelenemeyeceği durumlarda faydalı olmaktadır.[32]

İngiliz hukukunda delillerin tespiti ve muhafaza altına alınması ise Anton Piller Order olarak bilinen delil tespiti kararları (emirleri) ile etkin olarak sağlanmaktadır. Donaldson J tarafından *"hukukun iki nükleer silahından birisi"*[33] olarak tanımlanan Anton Piller Order, İngiliz hukukunda önemli bir tarihe sahiptir. Son zamanlarda, İngiliz medeni usul kuralları araştırma emri[34] olarak bilinen bu emirler, dayanağını ve ismini 1975 yılında gerçekleşen *Anton Piller KG v. Manufacturing Processes*[35] davasından almaktadır.

Anton Piller KG v. Manufacturing Processes davasına konu uyuşmazlıkta, davacı Alman şirketi, ticari sır niteliğini haiz ve telif hakkına konu çizimlerinin İngiliz acenteleri olan davalılar tarafından rakiplerine ifşa edildiğinden şüphelenmekte idi. Bu şüphe ve tehlike davacının lehine ifade veren 2 davalı çalışanı ifadesi ve davalıların niyetini gösteren yazışma suretleri ile ortaya konulmuştur.

İngiliz hukukunda delil tespitinin temellerinden birini oluşturan karar, davalının gıyabında ve çok hızlı bir şekilde karara bağlanmıştır. Davacıların 26 Kasım 1975 tarihinde yaptığı gıyapta delil tespit başvurusu, İngiliz Yüksek Adalet Mahkemesince[36] aynı gün reddedilmiş; temyizini 2 Aralık 1975 tarihinde dinleyen Temyiz Mahkemesi[37] 8 Aralık 1975 tarihinde yazılı kararını vermiştir.

Karar, mahkeme emrinin teknik anlamda bir arama emri olmadığını vurgulamaktadır. Çünkü arama emri ancak polis tarafından yerine getirilebilir iken, Mahkeme emri, davacıya davalının mülküne girme ve araştırma yapma yetkisi vermektedir. Dolayısıyla mahkeme emrinin uygulanması için bir icra memuru veya avukatın varlığı gerekli değildir. Herhangi bir tanığın tanıklığı ret ededilmesi gibi, davalı da emrin yerine getirilmesini reddedebi-

---

vekaletname sunmaları üzerine vermek zorundadır. Gizlilik ve ticari sırlar söz konusu olduğunda ise verilmemektedir.

32 Norwich Pharmical v. Customs and Excise, House of Lords, [1972] Fleet Street Reports (F.S.R.) 405, ve Smith Kline and French v. Harbottle, High Court [1980], report on Patent Cases (R.P.C) 363.

33 Bank Mellat v Nikpour [1985] FSR 82.

34 Inspection order.

35 Anton Piller KG v. Manufacturing Processes Ltd and others, Court of Appeal, 8 Aralık 1975, [1976] 1 All E.R.779

36 High Court of Justice.

37 Court of Appeal.

lir. Ancak bu durumda davalı, mahkemeye itaatsizlikten suçlanabilecek ve hapis cezasına çarptırılabilecektir.[38] Dolayısıyla, davalının emrin yerine getirilmesine izin verip vermeme konusundaki özgür iradesi bir müeyyide ve bunun oluşturduğu baskı ile karşı karşıyadır.

1990'ların başında görülen *Universal Thermosensors Ltd v. Hiben and others*[39] davasında ortaya konulan sebeplerle, davalının menfaatlerinin de hakkaniyete uygun bir şekilde dikkate alınması ve korunması amacıyla Anton Piller emirlerinin verilmesi ve uygulanması konusunda bir takım koşullar öngörülmüştür. Bu davanın sonucu olarak, 28 Temmuz 1994 tarihinde, Lordlar Kamarası Baş Hakimliği[40] tarafından Anton Piller emirlerinin verilmesi ve uygulanması şartlarını düzenleyen bir Uygulama Talimatı[41] çıkarılmıştır.

---

38 Mahkeme kararının oluşturulmasında ve verilmesinde, söz konusu davada davacı avukatı olan, daha sonra Yüksek Mahkeme Hakimi olan Hugh Laddie ve o tarihte En Yüksek Hakim (Master of the Rolls) olarak nitelendirilen Lord Denning'in katkısı büyüktür. Kararın gerekçelerinin bir kısım önemli noktaları şöyledir: *"Son 18 ayda, Adalet ve Nasafet Mahkemesi hakimleri, daha önce türüne rastlanmayan mahkeme emirleri oluşturmaktadır. Bunlar, bazı yönleri itibariyle arama emirleri ile benzerlikler göstermektedir. Bu emirler uyarınca davacı ve avukatları, belge incelemek amacıyla ve ancak davalının izin vermesi şartıyla davalının mülküne girmek konusunda yetkilendirilmektedir… Bu emirler, davacı avukatları da dahil olmak üzere hiç kimseyi, davalının rızası hilafına mülküne girme konusunda yetkilendirmemektedir. Aynı şekilde, davalının mülkünün kapılarının zorla açılması, arka kapıdan sızılması veya açık bir kapı veya pencereden içeri girilmesi konusunda da bir yetkilendirme söz konusu değildir. Bu emirler, sadece davalı rıza gösterdiği takdirde mülke girme ve inceleme yapma yetkisi vermektedir.*

Davacı, davalının iznini almak zorundadır. Ancak emir şunu yapmaktadır: Söz konusu izni vermesi için davalı üzerinde baskı kurmaktadır. Daha fazlasını da yapmaktadır. Davalıya izin verme konusunda emir vermektedir. Tahminimce davalı, söz konusu izni vermemesi durumunda Mahkemeye itaatsizlikten suçlu bulunacaktır.Davacılar, bu emrin yerine getirilmesi sırasında her halükarda son derece dikkatli davranacaktır. İnceleme sırasında davacılara avukatları da katılmalıdır. Davalıya, emrin değerlendirilmesi ve kendi avukatlarına danışma imkanı tanınmalıdır. Eğer davalılar usule aykırı olarak elde dilen emirlerin iptalini talep etmek isterlerse, kendilerine bu imkan tanınmalıdır. Davalılar, mülklerine girilmesine izin vermezler ise, davacılar içeri girmek için zorlama yapmamalıdır. Davacılar, davalıların geri çevirmelerini kabul etmeli ve bu durumu mahkemenin dikkatine getirmelidirler. Davalılara ait belgelerin, dosyaların ve sair şeylerin incelenmesi ve bunların zapt edilmesi amacıyla davalıların, bir veya iki davacıya ve bunların bir veya iki avukatına davalıların mülküne girmesi için izin vermesi emredilmektedir."

39 Universal Thermosensors Ltd v. Hiben and others, High Court, 5 Şubat 1992, [1992] 3 All E.R. 257.

40 Lord Chief Justice.

41 Practice Direction.

Uygulama Talimatı, özellikle, emirlerin uygulanması sırasında bir denetleyici avukatın hazır bulunmasını, emirlerin Pazartesi ve Cuma günleri arasında sabah 09:30 ile akşam 17:30 saatleri arasında uygulanmasını ve girilecek mülkte sadece bir kadının hazır bulunması durumunda denetleyici avukatın kadın olması gerektiğini düzenlemiştir. Uygulama Talimatı, 1997 tarihli Medeni Usul Kanunu'nun 7. Bölümünde ve yukarıda belirtilen medeni usul kurallarında yer almak suretiyle yasal bir düzenleme niteliği kazanmıştır.

Anton Piller emirleri temel olarak, davalının mülküne girilmesine izin vermektedir. Mülke girme aynı zamanda, bilgisayarda bulunan dosyalardan çıktı almayı[42] veya kilitli dolapların açılmasını ve açılması için anahtarlarının davalı tarafından temin edilmesi gerekliliğini de ihtiva etmektedir.[43]

Anton Piller emirleri, ses ve video reprodüksiyonunu sektöründe, büyük emek ve yatırımlar sonucu meydana getirilen film, kaset ve kayıtları kısa süreliğine elinde bulunduranların giriştiği ve hızla büyüyen korsanlığa karşı verilmiş bir cevap olarak doğmuştur. [44]

---

42 English High Court, Gates v. Swift, 8 Temmuz 1982, [1982] R.P.C. 339.

43 English High Court, Hazel Grove Music v. Elster Enterprises, 4 Mart 1983, [1983] F.S.R. 379.

44 Fransız hukukunda da, fikri mülkiyet hakları ile ilgili olarak İngiltere'deki Anton Piller orderlarına benzer olan Türkçeye "Taklit Arama ve Zabıt Emri" olarak tercüme edebileceğimiz *Saisie contrefaçon* emirleri verilebilmektedir.

Fransız hukuk sisteminde, fikri mülkiyet haklarının tecavüzüne ilişkin delillerin tespiti ve muhafaza edilmesi amacıyla en çok kullanılan tedbir *saisie contrefaçon'*dur; tarihçesi, 31 Aralık 1791 ve 7 Ocak 1792 tarihli ilk Patent kararnamelerine kadar uzanmaktadır. Fransız teamül hukukunda gelişen *saisie contrefaçon,* 5 Temmuz 1844 tarihli Patent Kanununda yeniden düzenlenmiş ve nihayetinde Fikri Mülkiyet Kanununun L615-5. Bölümünde yer almıştır. Anton Piller emirleri gibi, *saisie contrefaçon* da davalının mülküne sürpriz bir ziyarete ve ilgili belge ve makinelerin araştırılmasına ve elde edilen delillerin zaptına izin vermektedir. Ancak *saisie contrefaçon'*u Anton Piller emirlerine göre içerdiği farklar dolayısıyla kendine özgü bir delil tespiti yöntemi olmaktadır. *Saisie contrefaçon'*un en önemli özelliği, davacının bu müesseseyi, güçlü bir davası olmaksızın da rastgele bir biçimde tecavüze dair delillerin tespit edilmesi için kullanabilmesidir. Anton Piller emirlerinden farklı olarak, olası tecavüze işaret eden deliller sunulmaksızın dahi, Mahkeme tarafından *saisie contrefaçon'*un verilmesi esastır.

İki türde verilebilen *saisie contrefaçon'*un ilkinde, sadece dökümanların ve makinelerin incelenmesine ilişkin olup, bu tür *saisie contrefaçon'*un verilmesi hakimin takdirinde olmayıp, davacının hakkıdır. İkinci tür *saisie contrefaçon* ise, incelemenin yanı sıra delillerin zapt edilmesini de ihtiva eder, zapt edilmesi kararı ise davacının hakkı olmayıp, hakimin takdirine tabidir.

Davalıya karşı girişilen delil tespiti müessesesinin etkin ve şaşırtıcı olması amacıyla *saisie contrefaçon* emri başvuruları da davalının gıyabında (*ex parte*) yapılır. Patent, marka, endüstriyel tasarım veya telif hakkı gibi bir fikri mülkiyet hakla-

Anton Piller emirlerinin değeri, davalı üzerinde oluşturduğu sürpriz etkiden kaynaklanmaktadır. Zaman geçtikçe bu emirler, daha detaylı ve zorlu bir hal almıştır. Bu emirlerle davalı, sadece mülküne girilmesine, araştırma yapılmasına ve gerekli görüldüğü takdirde belge, kayıt ve ürünlerden suret alınmasına izin vermeye zorladığı gibi aynı zamanda yeminli bir ifade ile korsan ürünlerin çoğaltılması, satılması ve dağıtılması işine iştirak eden kişilerin isim ve adreslerini açıklamaya ve bu ürünlerin satılmasına veya teklif edilmesine dair belgelerin bir listesini hazırlamaya da zorlanmaktadır. Buna ilaveten Mahkeme, emirlerin uygulanması aşamasında gerekli gördüğü durumlarda, hukuki danışmanlık alma haklı saklı kalmak kaydıyla davalının, hukuki prosedürün varlığını üçüncü şahıslara haber vermesinin yasaklanması hususunda da ihtiyati tedbir kararı verebilir.

Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi[45]
("LCIA") Tahkim Kurallarında İfşa

1 Ocak 1998'den beri yürürlükte olan LCIA Tahkim Kuralları da İngiliz devlet mahkemelerindeki gibi bir ifşa sistemini benimsemiştir. LCIA Tahkim Kuralları madde 15.2 ve 15.3'e göre davacı dava dilekçesinde, diğerleri arasında, tahkim talebinde beyan etmiş olmak kaydıyla, dayandığı vakıaların detaylı bir açıklamasını yapacak; ve davalı da cevap dilekçesinde dayandığı vakıaların detaylı bir özetini yapacak ve ayrıca davacının iddialarını kabul veya red ettiğini beyan edecektir. LCIA Tahkim Kuralları m.15.6'ya[46] göre taraflardan her birisi, iddiasını dayandırdığı ve kendisinde bulunan belgeleri, eğer bu belge hali hazırda bir başka tarafça sunulmamış ise, dilekçelerinin ekinde sunmak zorundadır. Bunların çok fazla olması halinde listesinin verilmesi ve önemli olanlarının suretlerinin sunulması gerekir.

LCIA Tahkim Kuralları'nın "Hakem Heyeti'nin İlave Yetkileri" başlıklı 22. maddesi, hakemlere, "ifşa ve ibraz" ile ilgili olarak geniş yetkiler tanımaktadır. Bu madde ile hakem heyetine ABD hukukundaki ifşa/ibraz'da[47] olduğu şekilde bir ifşa ve ibraz kararı verip vermeme ve kapsamını belirleme yetki-

---

rının mahkemeye sunulması şartıyla verilir. Bu haklar için tescil başvurularının yapılmış olması patentin Brüksel veya Lugano Konvansiyonu üye ülkelerinden bir tanesinde tescilli olması da yeterli görülmektedir. Fransa ile birlikte, *saisie contrefaçon* emirlerinin benzerleri, Belçika, İspanya, İtalya ve Danimarka'da da uygulanmaktadır.

45 The London Court of International Arbitration.

46 *"All statements referred to in this Article shall be accompanied by copies (or, if they are especially voluminous, lists) of all essential documents on which the party concerned relies and which have not previously been submitted by any party, and (where appropriate) by any relevant samples and exhibits."*

47 Discovery.

leri verildiği görülmektedir.[48] Gerçekten de Madde 22.1(e)[49] hakem heyetine, bir tarafın başvurusu üzerine veya kendiliğinden harekete geçerek, bir tarafın, sahip olduğu, elinde veya nezaretinde bulunan ve hakem heyetinin ilgili bulduğu bir takım belgeleri veya belgeler bütününü karşı tarafın veya heyetin incelemesi için ortaya çıkarmasını ve ibraz etmesini emretme yetkisini açıkça tanımaktadır. Bir başka deyişle, hakem heyetinin taraflardan birinden belgelerin ortaya çıkartılmasını/ibraz edilmesini isteme yetkisi vardır. Aynı şekilde Madde 22.1(d)'de[50] hakem heyetine, bir tarafa kontrolünde bulunan ve tahkimin esasına ilişkin bir malı veya mahalli veya bir şeyi diğer tarafın, hakem heyetinin veya gerek diğer tarafın gerek heyetin bilirkişilerinin araştırma yapması ve incelemesi için uygun bulundurmasını emretme yetkisini tanımaktadır. Benzer bir şekilde, Madde 20.5 gereğince, hakemler, kural olarak taraflarca sorgulanan tanıklara, kendileri de diledikleri herhangi bir zamanda soru sorabilirler. [51]

Amerika Birleşik Devletleri Yargılamasında İfşa

İfşa/ibraz ve keşif hususu ABD Federal Usul Kanunu'nun ("FUK") "İfşa ve Keşif"[52] başlıklı 5. bölümünde Birleşik Krallık sistemine benzer şekilde düzenlenmiştir. ABD hukukunda söz konusu ifşa/ibraz "İlk İbraz"[53] ve "Yargılama Öncesi İbraz"[54] olmak üzere iki aşamalıdır.

---

48 Javier, H, RUBINSTEIN, International Commercial Arbitration: Reflections at the Crossroads of the Common Law and Civil Law traditions, Chicago Journal of International Law, July 2004, s. 2.

49 LCIA 22.1(e) "to order any party to produce to the Arbitral Tribunal, and to the other parties for inspection, and to supply copies of, **any documents or classes of documents in their possession, custody or power which the Arbitral Tribunal determines to be relevant**".

50 LCIA 22.1(d) "to order any party to make any property, site or thing under its control and relating to the subject matter of the arbitration available for inspection by the Arbitral Tribunal, any other party, its expert or any expert to the Arbitral Tribunal".

51 ICC Kurallarına göre Hakem Mahkemesi'nin davaya konu olayda tüm maddi gerçeği ortaya çıkarmakla görevli oldukları ve gerekirse bunun için de re'sen araştırma yapabilecekleri sonucu çıkmaktadır. Buna karşın IBA Tahkim Kuralları ve UNCITRAL Tahkim Kuralları'nın tarafların iddialarını ve iddialarında yer alan belgeleri ibraz etmeleri, diğer tarafın elindeki belgenin ibrazı için ise hakemlerin karar alması öngörülmektedir.

52 Disclosures and Discovery.

53 Initial Disclosure.

54 Pre-trial Disclosure.

FUK'nun 26. maddesinin ilk bölümünde düzenlenen[55] ilk ibraz müessesesi ile taraflar, henüz iddialarını ayrıntılı olarak ortaya koymadan önce, karşı tarafın hâkimiyetinde bulunan ve dava ile ilgili her tür belge ve dokümana kapsamlı biçimde erişebilmektedir.[56] Bu usule göre taraflar, diğer taraftan (i) iddia ve savunmasında dayanabileceği ifşa ve ibraz kapsamındaki bir bilgiye vakıf olması muhtemel olan kişilerin, isim, adres ve telefonlarını, (ii) elektronik ortamda saklananlar dahil elinde veya kontrolü altında bulunan tüm belgelerin, suretlerinin sunulmasını veya yerlerinin bildirilmesini isteyebilir:[57] Taraflar, ifşa ve ibraz yükümlülüklerini yasada veya mahkemece belirtilen süre içinde yerine getirmek zorundadır.

Kanunun 26. maddesinin üçüncü fıkrası; yukarıda bahsedilen ilk ibraz usulü dışında, "Pre-trial Disclosure" denilen ve Türkçe'ye "Yargılama Öncesi ifşa/ibraz" diye tercüme edilebilecek olan ikinci bir ibraz prosedürü öngörmüştür. Buna göre; taraflar, diğer tarafa; tanıklarının ad, soyad, adres ve telefon numaralarını bildirmek; iddiasını dayandıracağı her türlü belge ve delile ilişkin bilgiyi ifşa ve ibraz etmek zorundadır.

Yargılama Öncesi İbraz, mahkeme tarafından aksi öngörülmedikçe duruşmadan en az 30 gün öncesine kadar tamamlanmış olmalıdır. Bu sürenin bitiminden itibaren 14 gün içinde, taraflar ibraz edilen delillere ilişkin itirazda bulunabilirler. Söz konusu itirazlar gerekçeli olmalıdır. Yukarıda bahsi geçen tüm deliller, mahkemece aksi öngörülmedikçe yazılı olarak sunulmalıdır.

Söz konusu 26. maddenin ikinci bölümünde, ifşa/ibraz ve keşfin kapsamı ve sınırları düzenlenmiştir. Buna göre mahkemece herhangi bir sınırlama getirilmediği takdirde ibrazın kapsamı şöyledir: Taraflar; taraflardan herhangi birinin iddia ya da savunması ile ilgili olan ve ayrıcalığı olmayan her tür husus konusunda bulgu elde edebilir. Bu hususlar; belgelerin varlığı, tanımı, niteliği, kimin elinde bulunduğu, koşulları ve bulunduğu yere ilişkin olabileceği gibi; ibraz etmeye değer bir husus hakkında bilgi sahibi olan kişilerin kimlikleri ve bu kişilerin bulundukları yere ilişkin bilgiler de olabilir. Mahkeme, makul sebeplerin varlığı halinde dava konusuna ilişkin her türlü hususun ifşa ve ibraz edilmesine karar verebilir. İlgili bilgilerin delil olarak kabul edilebilir olmaması [58] (bu bilgilerin ifşa ve ibrazı gereken bir delile götürmesi halinde) ifşa ve ibraz edilmesine engel teşkil etmez.

---

55 m. 26/a/1.

56 Gökçe NAZAR UZAR, Milletlerarası Tahkimde Delillerin İkamesine İlişkin Yaklaşımlar ve Milletlerarası Barolar Birliği (IBA) Kuralları, s. 1175.

57 Marka KHK m. 65'te benzer bir düzenleme vardır. Ancak bize göre söz konusu 65. maddenin Türk Hukukunda işletilmesi; ya da TRIPS'de öngörülen sonucu sağlaması olanaksızdır.

58 Inadmissible.

26. madde uyarınca her bir taraf, davanın açılması ile birlikte, mahkemeden, diğer tarafın zilyedliğinde bulunan ve iddia veya savunma için dolaylı ya da doğrudan önem taşıyan tüm dokümanları ve sair delilleri ibraz etmesini talep edebilir.[59]

Madde 34 belgelerin, elektronik ortamda saklanan bilgilerin ve diğer varlıkların sunulması, arazi keşfi gibi hususları düzenlemektedir. Buna göre; taraflar, diğer taraftan, (i) elinde ya da kontrolü altında olan ve delil olarak gösterilmiş olan[60] her tür belgeyi, elektronik ortamda saklanan bilgiyi, yazıyı, çizimi, tabloyu, fotoğrafı, ses kaydını, resmi ve herhangi başka bir veriyi, (ii) herhangi bir maddi varlığı sunmasını, ya da (iii) delillerin bulunması için belirlenmiş bir araziye ya da yapıya girilmesine ve yerinde inceleme yapılmasına izin vermesini talep edebilir.[61]

Ne var ki; böyle bir talep, incelenmek istenen her kalemi ayrıntılı bir şekilde tanımlamalı, incelemede bulunmak için makul bir zaman, mekan ve yöntem ve elektronik ortamda saklanan belgelerin çoğaltılması için de bir usul önermelidir. Aynı maddede diğer tarafa cevap verme, itirazda bulunma hakları tanınmış olup bu hakların kullanılması belirli bir süre ile sınırlandırılmıştır.

FUK'nun 26 (g) maddesi 26 (a) maddesi kapsamında yapılan her tür ibrazın, ibraz ve keşif taleplerinin, cevaplarının ve itirazlarının imzalanacağını öngörmektedir. Buna göre madde 26 kapsamında yapılan tüm ibraz ve keşif, ibraz ve keşif talepleri, cevapları ve itirazları taraflar tarafından şahsen ya da vekilleri tarafından vekillerin kendi adına imzalanmalıdır. Aynı madde bu belgeler üzerine atılan imzanın etkisinin ne olacağını da düzenlemiştir. Buna göre; taraflar ya da taraf vekilleri imza atarak makul bir soruşturma sonrası oluşan bilgileri dâhilinde: (i) ibrazın tam ve yapıldığı tarih itibariyle doğru olduğunu; (ii) keşif talebi, cevabı ve itirazının kanun hükümleri ile uygunluk içinde olduğunu doğrularlar.

Eğer yukarıda belirtilen doğrulama beyanının doğru olmadığı anlaşılırsa hakim uygun bir hukuki yaptırım uygulanmasına, örneğin bu nedenle oluşabilecek karşı tarafın masraflarının ödenmesine, karar verebilir. Bununla birlikte doğrulamanın yanlış olduğu anlaşılırsa bu durumda taraflar ve/veya avukatları US Code'un 1621. maddesi uyarınca cezai bir yaptırıma tabi ola-

---

59 UZAR, s. 1177.

60 Any designated documents.

61 A party may serve on any other party a request within the scope of Rule 26/b (….) to permit entry onto designated land or other property possessed or controlled by the responding party so that the requesting party may inspect measure, survey, photograph, test or sample the property or any designated object or operation on it.

bilirler. Söz konusu 1621. maddenin (a) bendinde bir kimsenin yemin ettiği hususlarda bilerek ve isteyerek yanlış bir beyanda bulunur ise para cezasına ve/veya 5 yıldan fazla olmamak üzere hapis cezasına çarptırılacağı öngörülmüştür. Aynı maddenin (b) bendinde ise, bir kimsenin, (yemin etmeksizin) yapmış olduğu herhangi bir beyanda veya ibraz ettiği belgelerde ve doğrulamalarda önemli hususlar hakkında bilerek ve isteyerek yanlış beyanda bulunmasının aynı cezai yaptırıma tabi olacağı belirtilmiştir. Ancak (b) bendinin uygulanması için bu beyanın US Code'un 1746. maddesinde öngörülen "perjury cezasına tabi olarak" anlamına gelen "*under penalty of perjury*" olarak adlandırılan bir beyanla birlikte yapılmış olması gerekir. Bu beyanın[62] Türkçesi şu şekilde tercüme edilebilir: "*Yukarıdaki hususların doğru ve tam olduklarını Beyan ve tasdik ederim.*" FUK'nun 26 (g) maddesi çerçevesinde atılan imza ile imza sahibinin kendisi tarafından ibraz edilen belgelerin tam ve doğru olduğunu tasdik ettiği için bu nitelikteki bir doğrulamanın yanlış olduğu ortaya çıkar ise imza sahibi bu durumda 1621. maddenin (b) bendi uyarınca cezai yaptırıma tabi olabilir.

FUK'nun 37. maddesi tarafların ibraz ya da keşif sürecinde diğer tarafa yardımcı olmamalarının sonucunu düzenlemektedir. Buna göre; taraflardan birinin ibraz ya da keşif görevini yerine getirmemesi halinde, diğer taraf mahkemeye başvurup söz konusu tarafı mahkeme emri ile ifşa/ibraz ve keşfe zorlayabilir.[63] Bu durumda mahkeme ayrıca, ibraza zorlayan tarafın masraflarının bu yükümlülüğe uymayan kişi veya bu kişiye hukuki yardımda bulunan avukatı tarafından tazmin edilmesine karar verir. Ayrıca mahkeme keşif emrine uyulmaması durumunda (i) emirde belirtilen olguların karşı tarafın belirttiği şekilde ispatlanmış olduğuna karar verebilir, (ii) emre uymayan tarafı emirde belirtilen delilin ilgilendirdiği iddia ve savunmaya karşı delil ve dayanak göstermekten yasaklayabilir, (iii) emre uyuncaya kadar müteakip dava muamelelerini durdurabilir, (iv) davayı kısmen veya tamamen kabul veya reddedebilir.

Taraflar yukarıda açıklanan 26(a) maddesi hükmünde öngörülen bilgi, belge ve tanıkları ifşa ve ibraz etme yükümlülüğünü yerine getirmezse, yargılama öncesinde ve sırasında bunlara dayanamaz. Ancak haklı bir sebep öne sürerse, ya da bu yükümlülüğü yerine getirmemesi herhangi bir zarara sebep olmamışsa, taraf ibraz etmediği ya da keşif amaçlı sunmadığı belgelere, bilgilere ve tanıklara dayanabilir. Bu yükümlülüğe aykırı davranan taraf için mahkeme yukarıda belirtilen (i) – (iv) arasında belirtilenler de dahil olmak üzere münasip bir ceza öngörebilir ve karşı tarafın bu sebeple uğradığı zararların tazminine hükmedebilir.

---

62 "I declare (or certify, verify or state) under penalty of perjury that foregoing is true and correct."

63 Madde 37/4'e göre; hileli ya da tamam olmayan ibraz ve keşifler de ibraz/keşif görevinin yerine getirilmemesi olarak kabul edilmektedir.

Avrupa Birliği - 29 Nisan 2004 Tarih ve 2004/48/EC Sayılı Direktif[64]

Avrupa Birliği'nde fikri mülkiyet haklarının etkin olarak korunması ve icra edilebilmesi amacıyla çıkarılan 29 Nisan 2004 tarihli 2004/48/EC Direktifin Direktifin "Deliller" başlığını taşıyan 6. Maddesinin (1). paragrafı uyarınca, üye ülkeler, gerekli düzenlemeler yaparak, yeterli ve makul delil sunulması durumunda, adli mercilerin karşı tarafın elinde bulunan delillerin sunulmasını emretme yetkisine sahip olmasını sağlayacaklardır. Bu hüküm TRIPS'in Deliller başlıklı 43(1). Maddesi ile tamamen aynıdır.

Direktifin "Delillerin Muhafazası için Tedbirler" başlığını taşıyan 7. Maddesinin (1). bendi, delillerin çıkarttırılması (ifşa ve ibraz ettirilme) talebinin dava içinde veya dava açılmadan önce yapılabileceğini, delillerin çabuk ve etkin tedbirlerle muhafaza altına alınmasını öngörmektedir.

İngiliz hukukunun Anton Piller ve Fransız hukukunun *saisie contrefaçon* kuralları ile karşılaştırıldığında, Direktifin öngördüğü delil tespiti müessesesinin çok etkin olmadığı görülmektedir. Direktifin gıyapta (*ex parte*) başvuruyu belirli şartların varlığına tabi tutması, başvuranın hak sahipliğini yeterli görmeyerek tecavüze dair delil şartı araması direktif ile getirilen düzenlemenin zayıf noktalarıdır. Direktif, Amerikan Dijital Milenyum Telif Hakları Kanunu'nun[65] katı ve efektif olmayan yaklaşımını taklit etmekle itham edilmiş ve yoğun bir şekilde eleştirilmiştir.

Türk Hukukunda İspat ve İspatın İfşaya Etkisi

İspat Yükü ve Kapsamı

MK m. 6'daki genel kural gereğince, kural olarak (yani kanun hilafını emretmedikçe)[66], "*iki taraftan her biri müddeasını ispata mecburdur.*" Bu hükmü, kaynak İsviçre Medeni Kanunundaki (m. 8'deki) gibi "*bir vakıadan kendi lehine haklar çıkaran taraf, o vakıayı ispat etmelidir*" şeklinde anlamak gerekir. Bu bağlamda ispat yükü kural olarak önce davacıdadır.[67] Ancak,

---

64 Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the Enforcement of Intellectual Property Rights.

65 Digital Millennium Copyright Act

66 Kanun bazı hallerde ispat yükünün kime ait olduğunu açıkça göstermiştir. Örneğin; haksız fiilde zararı ispat etme yükümünün davacıda olduğuna dair BK m. 42, sigorta edilen malın değerinin poliçede gösterilenden az olduğunu iddia eden sigortacının ispat yüküne ilişkin TK m. 1300-2, bir ürünün üretim usulü için alınan patentlerde, usule tecavüz etmediğini iddia eden davalının tecavüz etmediğini ispat etmekle yükümlü olduğuna dair Patent KHK m. 136(3) gibi.

67 Baki KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü Hukuku, Cilt 2, s. 1975.

ispat yükü bazı durumlarda yer değiştirir.[68] İspat yükü hakkında taraflar bir sözleşme yapmışlarsa ispat yükü bu sözleşmeye göre tayin edilir.

İspat yükü normal durumun aksini ispat eden kimseye düşer. Aşikar olan, malum ve meşhur olan vakıalara veya ikrara dayandıran kimse ispat yükünden kurtulur. Kanuni karineler de ispat yükünün istisnasını teşkil eder. Bazı hallerde kanun kesin karineler belirlemiştir. İddiasını kanuni karineye dayandıran tarafın ispat yükümlülüğü olmadığı gibi karşı taraf da bunun aksini ispat edemez. Bunlar kesindir, hakimin dahi takdir hakkı yoktur.[69] Kanun bazı hallerde de aksi ispat edilebilir karineler kabul etmiştir. Bu gibi karinelerin aksi ispat edilebilir.[70]

İspat Vasıtaları (Deliller) ve İspat Gücü

Türk hukukunda delillerin, değerlendirilmelerinde hakimi bağlayıcı nitelikte olup olmadıklarına bağlı olarak Kesin Deliller ve Takdiri Deliller olarak iki ana gruba ayrı sınıfa ayrıldığı kabul edilmektedir. Kesin deliller ikrar (m. 236), kesin hüküm (m. 237) senet (m. 287 vd.) ve yemin (m. 377 vd) olmak üzere dört tanedir. Kesin deliller hakimi bağlayıcı niteliktedir.[71] Hakim kesin delillerden biri ile, örneğin bir senet ile ispat edilen bir vakıayı, ispat edilmiş (doğru olarak) kabul etmek zorundadır; yani, hakimin bu delilleri takdir yetkisi yoktur. Buna mukabil hakim, tanık (m. 245 vd), bilirkişi (m. 275 vd) keşif (m. 363 vd) gibi takdiri delilleri serbestçe takdir eder (değerlendirir).[72]

HUMK'a göre belirli bir meblağı aşan hukuki işlemler ve senede karşı olan iddialar kural olarak sadece senetle (kesin delille) ispat edilebilir.[73] HUMK m. 288 gereğince değeri 550 TL'dan yukarı olan hukuki işlemlerin

---

68 KURU, s. 1972.

69 Örneğin rızası fesada uğrayanın bir yıl geçtikten sonra icazet vermediğini ispat edemeyeceği hakkındaki BK m. 31, Tapu siciline kayıtlı olan hususların bilinmediğinin iddia edilemeyeceğine dair MK m. 1020(2) gibi.

70 Örneğin Taşınmazlarda tescilin mülkiyete karine olduğuna dair MK m. 992, taşınır bir malın zilyedinin onun maliki sayılacağına dair MK m. 985, Resmi sicil ve senetlerin doğru olmadığı ispat edilinceye kadar doğru olduğunun kabul edileceğine dair MK m.7 gibi.

71 Kesin deliller, taraflarca hazırlama ilkesinin uygulandığı davalarda kural olarak hakimi bağlayıcı nitelikte iken *kendiliğinden araştırma* ilkesinin söz konusu olduğu davalarda hakim, kesin delillerle dahi bağlı değildir. NART, s 207.

72 KURU, ARSLAN, YILMAZ, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 2008, s. 386.

73 HUMK m. 288: "Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri beş yüz elli milyon lirayı geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir."

senetle ispat olunması zorunludur.[74] İspat sınırı, hukuki işlemin tümünün değerine göre belirlenir. Senetle ispat zorunluluğu sadece hukuki işlemler hakkındadır.[75] HUMK m. 290 gereğince senede bağlı olan her çeşit iddiaya karşı def'i olarak ileri sürülen ve senedin hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıracak veya azaltacak nitelikte bulunan hukuki işlemler 550 TL'dan az miktara ait olsa bile tanıkla ispat olunamaz. Ancak HUMK m. 236 gereğince sulh görüşmesi sebebiyle yapılanlar hariç dava içinde ve dışında yapılacak ikrarlar taraflar ve hakimi bağlar ve eğer bir taraf, senetle ispatı gereken bir konuda bir ikrarda bulunursa bu ikrar hakimi bağlar. Örneğin, bir senedin ödenerek bedelsiz kaldığının dilekçede ikrar edilmesi, ödemeye dair yazılı bir belge sunulmamış olsa bile, hakimi bağlar.

Haksız fiiller, maddi vakıalar ve haksız iktisaplar takdiri delillerle ispat edilebilir.[76] Senet, diğerlerine oranla uygulamada en çok görülen kesin delil olduğu gibi Türk hukukunda uygulanan kanuni delil sisteminin en çarpıcı örneğini teşkil eder.[77]

Ancak Türk Medeni Usul hukukundaki kesin delil anlayışının dar ve katı olması hakimin maddi gerçeğe ulaşmasını daha da zorlaştırmaktadır. Zira, senede karşı senetle ispat ve 550 TL'yi geçen hukuki işlemlerde senetle ispat zorunluluğu hakimlerin karar verme aşamasında elini kolunu bağlamaktadır.[78] Gerçekten de senedin gerçeği yansıtmaması halinde dahi, hakim senet içeriğine göre karar vermek zorunda kalacaktır. Hakimin senede bu derece bağlı olması uyuşmazlık hakkında çabucak bir karar verilmesini sağ-

---

74 HUMK m. 293: "Aşağıdaki hallerde her halde şahit ikame olunabilir: (1) usul ve füru, birader hemşire veya karı koca ve kayınpeder ve valide ile damat ve gelin arasındaki muameleler, (2) cürümden mütevellit olsun olmasın tazminatı müstelzim fiiller, (3) Yangın veya kazayı bahri veyahut düşman istilası gibi senet alınması müşkül hallerde yapılan muameleler, (4) Halin icabına ve iki tarafın vaziyetlerine nazaran senede raptı müteamil olmayan muameleler, (5) Akitlerde hata, hile, gabin, cebir ve ikrah vukuu."

HUMK m. 294: "Nagehani bir hadise veya mücbir sebep ile senedin sahibi yedinde veyahut her ne suretle olursa olsun alelusul tevdi olunan resmi memur nezdinde zayi olduğu hakkında kanaatbahş delil ve emareler mevcut olduğu takdirde şahadetle dava ispat olunabilir."

75 PEKCANITEZ, ATALAY, ÖZEKES, Medeni Usul Hukuku, 2007, s. 475.

76 KURU, s.2076.

77 Bu nedenle de *kesin delille ispat* yerine çoğunlukla *senetle ispat* tabiri kullanılmaktadır.

78 NART, s 210: "Türk Medeni Usul Hukuku ile Alman Medeni Usul Hukukunda hakim, delillerin değerlendirilmesinde serbest bir şekilde hareket edebilmesine rağmen, bu serbesti, Türk Hukukunda, Alman Hukukuna nazaran oldukça kısıtlanmıştır. Senede karşı senetle ispat ve 460 TL'yi geçen hukuki işlemlerde senetle ispat zorunluluğu hakimi, maddi gerçeğe ulaşmasında büyük oranda sınırlamaktadır."

layacak ve ayrıca hakimin kararının denetlenmesini kolaylaştıracaktır; ancak, senede bu derece bağlılık gerçeğe aykırı olarak karar verilmesine neden olabilir. Başka bir deyişle kesin delil ile ispat kuralının katı şekilde uygulanması mahkemelerce maddi gerçeğe aykırı kararlar verilmesine neden olabilecektir. Bu ihtiyaçtan olsa gerektir ki kesin delil sistemine bir takım istisnalar getirilmiştir..[79]

HUMK'ta[80] vakıaların ispatında kabul edilen bir araç da emarelerdir.[81] Emare, bir iddianın doğrulanması konusunda kanaat edinmeye elverişli olmakla birlikte ispatı için yeterli değildir. Hakim emareye dayalı olarak tam bir kanaate ulaşamaz. Ancak, emarenin de tutarlı, vakıaları kısmen de olsa açıklayıcı ve ikna edici güce sahip olması gerekir.[82] Hakimin reddinde ve ihtiyati tedbire ve ihtiyati hacizee emarelere göre karar verilebilir.

Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Ticaret Kanunu ispat vasıtalarını hakimin takdir hakkına getirilen kısıtlamaları yumuşatmakta; ancak, mahkemeye gerçeğin tam ve doğru olarak ifşa edilmemesi sorununa köklü bir çözüm getirmemektedir.[83]

---

79 Nitekim, HUMK m. 292 senetle ispatı gereken hususlarda bir yazılı delil başlangıcı varsa tanık dinlenilmesine izin vermekte; böylelikle hakim takdir yetkisindeki kısıtlama yumuşatılmaktadır. Yazılı delil başlangıcı, iddianın tamamen ispatına yetmemekle birlikte bunun vukuuna delalet eden ve aleyhine ibraz edilmiş olan taraftan sadır olmuş bulunan belgelerdir. Bir belgenin yazılı delil başlangıcı olarak kabulü için; yazılı bir belge bulunması, belge aleyhine ileri sürülen tarafından verilmiş olması ve belgenin, hukuki işlemi tam olarak ispat etmemekle birlikte vukuuna delalet etmesi gerekir. HUMK m. 330'daki ibraz mükellefiyetinin etkin işletilmesi durumunda m. 292 hükmünün ispat konusundaki zorluklara aşmada ilginç imkanlar ortaya çıkaracak; sınırlamaları önemli ölçüde yumuşatacak ve ispat ve takdir sorunlarına önemli çözümler getirecektir.

80 Örneğin m. 236(4)'teki mahkeme dışındaki ikrar hakkında, m.9'daki "ortak yetkili mahkemenin emare ile ispatı hakkında, m. 34'teki hakimin reddi nedenlerinin ispatında, m. 294'teki senedin kaybolduğu iddiasının emare ile ispatında, m. 101 ila 113/A'daki ihtiyati tedbir ve ihtiyati hacizdeki emare ile ispat hakkında.

81 NART, s 230; Atalay, s. 8 vd.: "Hukukumuz açısından emarelerin ispat konusu oluşturup oluşturmadığı hususu Türk Hukuku açısından uygulanabileceği genel olarak kabul edilmektedir."

82 Arwed BLOOMEYER, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Takdiri, AÜHFD. 1968, s.172

83 Yeni HMK'nda. "senet" yerine "belge ve senet" ibaresi kullanılmış olmasının, yazılı delil başlangıcı kavramının delil başlangıcı olarak tanımlanmasının hakimin eline daha fazla ispat vasıtası vermenin önünü açtığı, yazılı delil başlangıcı ifadesi yerine delil başlangıcı ifadesi kullanılmasının, senetle ispat kuralının yumuşatılması açısından önemli bir imkân sağladığı, yazı kelimesinin kaldırılmış olmasının serbest delil sistemine geçiş olanağını önemli ölçüde arttıracağı, böylelikle hakimin olanaklarının artırıldığı ifade edilmektedir. Ayrıca Yeni Ticaret Kanunu, ticari defterlerin kanuni delil niteliğini ortadan kaldırmaktadır.

Delillerin Takdiri

Delillerin ispat gücü hakimin delili takdir yetkisini de şekillendirmektedir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunun 240. maddesi uyarınca hakim, kanundaki istisnalar dışında, delilleri serbestçe değerlendirir. Kanunda gösterilen hallerde ise hakim, delillerle bağlıdır. Bu hüküm çerçevesinde hakim, kesin delillerle ispat gereken hallerde serbest değildir.[84] Nitekim hakim, takdiri delilleri serbestçe değerlendirebilirken kesin delil söz konusu olunca bu deliller ile kural olarak bağlı olmaktadır.[85] Kesin delillerin varlığı durumunda: hakim, kesin delil ile ortaya konulan vakıanın doğruluğunu kabul etmek ve buna uygun karar vermek zorundadır.[86] Bu yönüyle, hakimin delilleri değerlendirme konusunda serbest olmadığı en önemli alan kesin delillerdir. Dolayısı ile Türk hukukunda hakim delilleri değerlendirme konusunda serbest olmakla birlikte bu yetki kesin delillerle sınırlandırılmıştır.

İfşa Yükümü ve Kapsamı

Hukuk davalarında esasen taraflarca hazırlanma ilkesi uygulanmaktadır.[87] Bu ilkeye göre, davaya ve savunmaya esas olan vakıaların ve buna ilişkin delillerin taraflarca mahkemeye bildirilmesi esastır. Hakim, re'sen, ancak bilirkişi, keşif ve yemin delillerine başvurabilir. Diğer bir deyişle hakim, kural olarak uyuşmazlık hakkında karar vermek için, vakıalar hakkında tarafların yaptıkları bilgilendirme ile yetinmek zorunda olup, istisnai haller dışında vakıa veya delil sorgulaması yapamaz.[88] HUMK m. 29(1) gereğince hakim, iddia ve savunma konusunda taraflara yardım edemez, yol gösteremez. Hakim, ancak dilekçede müphem hususlar varsa bunların açıklanmasına karar verebilir.

Burada değinilmesi gereken bir diğer husus da isticvap müessesidir. Bilindiği üzere isticvap bir tarafın kendi aleyhine olan belli vakıalar hakkın-

---

84 Serdar NART, Alman ve Türk Hukukunda Senetle İspat, http://web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/DergiMiz9-1/snart.pdf, s 208.

85 Kamil M. YILDIRIM, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, 1990, s. 35.

86 HUMK m. 287(2) gereğince taraflar önceden delil sözleşmesi yaparak, normalde senetle ispatı zorunlu olan belli vakıaların tanıkla veya başka takdiri delillerle ispatlanabileceğini kararlaştırabilirler. Yabancı hukukun tatbiki icap eden hallerde ispat yükü o hukuka göre tayin edilir.

87 İbrahim AÇAN, Delil, Ankara Barosu Dergisi, 1975 Temmuz-Ağustos, S.4, s.478, "Ceza davalarında resen araştırma prensibi caridir. Hakim veya mahkeme davanın ispatı için gereken bütün delillere resen başvurur. Ceza usulünde delil serbestisi esastır. Her şeyin her şeyle ispatı ceza usulünde kaidedir."

88 Bununla birlikte hakim, konusu üzerinde tarafların serbestçe tasarruf edemeyecekleri boşanma ve evlenmenin butlanı gibi davalarda re'sen delil araştırabilir.

da sorguya çekilmesi demektir.[89] Her ne kadar hakim burada da tarafları dinliyor ise de buradaki dinleme taraflarca ileri sürülen vakıa ve deliller hakkında müphem veya çelişik gördüğü hususların dinlenilmesinden farklıdır. Nitekim HUMK m.213(1) gereğince hakim tarafları veya vekillerini çağırarak davanın maddi olguları hakkında beyanlarını dinleyebilir. Taraf veya vekili bu yöndeki bir çağrıya icabet etmezse yaptırımı yoktur. Ancak, HUMK m. 230 vd. gereğince taraflardan birinin isticvabına karar verilirse durum farklıdır. İsticvaba çağrılan taraf özrü olmadan ve bizzat gelmediği veya gelip de soruları cevaplamadığı takdirde HUMK m. 234 gereğince sorulan vakıaları ikrar etmiş sayılır.

İsticvap edilecek kişi isticvap konusu vakıa aleyhine olan ve bu nedenle isticvabına karar verilmiş olan tarafın bizzat kendisidir. Taraflar dışındaki üçüncü kişilerin isticvap edilmesine imkân yoktur.[90] Taraf, isticvabı sırasında ikrarda bulunursa hakim bu ikrar ile bağlıdır. İsticvap, ikrar ile ya da inkar sonucunda bir tarafın iddiaları bakımından kendisi ile çelişkiye düşmesi ile sonuçlanabilir. Bu niteliği ile isticvap maddi vakıaların ortaya konulup şüpheden ari olarak aydınlatılmasında önemli bir yer tutabilir.

Türk hukukunda hakim, HUMK m. 236 gereğince, tarafların, sulh amacıyla yapılanlar dışındaki ikrarları ile bağlıdır. İkrar, tarafların iddia edilen bir olay ile ilgili olarak ya iddiayı aynen kabul etmek veyahut da kendiliğinden bir beyanda veya kabulde bulunması ile ortaya çıkabilir. Tarafların uyuşmazlık ile ilgili olarak ileri süreceği beyanlar sırasında bir çok konuda karşılıklı kabul beyanları – yani ikrarlar ortaya çıkabilir; bu ikrarlarla bağlı olan hakim, taraflar arasındaki uyuşmazlık noktalarına odaklanabilir.

Tarafların, dava öncesinde ve dava sırasında uyuşmazlık konusu olaylar hakkında doğruları tam ve eksiksiz olarak ifşa etmelerinin sağlanması halinde, sadece ikrarlarla bile, maddi gerçek ortaya çıkarılabilir, mahkemenin bu iş için sarf edeceği zaman ve kaynak tasarruf edilebilir.

Ancak, Türk hukukunda ifşa ve ispat birbiri ile özdeşleştirilmiş, tam ifşanın zorunlu olmaması, ispat vasıtalarının ise sınırlandırılması nedeniyle ifşanın kapsamı da hem düşünsel olarak hem de fiilen sınırlandırılmıştır.

Gerçekten de Türk hukukunda tarafların kendi aleyhine ve karşı tarafın lehine olan bir delil göstermekle yükümlü tutulamayacağı kabul edilmektedir.[91] Böylelikle tarafların olayları ve ispat vasıtalarını ifşa yükümlülüğünün

---

89 Mehmet Akif TUTUMLU, Bilimsel Görüşler Ve Yargıtay Kararları Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Delillerin İleri Sürülmesi, Ankara 2007, s. 381.

90 Erdal TERCAN, Medeni Usul Hukukunda Tarafların İsticvabı, Ankara 2001, s. 139.

91 KURU, s. 411- 412, "Taraflardan hiç biri hasmının (karşı tarafın) davayı kazanması için kendi aleyhine ve o'nun lehine olan bir delil göstermekle hükümlü tutula-

kapsamı, ispatı ile yükümlü oldukları kendi iddialarının ispatı ile sınırlı olarak anlaşılmaktadır. Gerçekten de bir yanda herkesin sadece kendi iddiasını ispatla yükümlü olması, diğer yanda tarafların uyuşmazlıkla ilgili tam ve doğru ifşa ve açıklamasını zorunlu kılan düzenleme olmadığının kabul edilmesi ve eksik veya gerçeğe aykırı olarak yapılan ifşanın yaptırımının olmaması, Türk hukukunda ifşanın ispat kuralları ile sınırlı olduğu gibi bir izlenim doğurmaktadır.

Bu genel kabulün HUMK'ta dayanağı olmadığını, HUMK m. 326'nın bunun tam tersini öngördüğünü düşünüyoruz.[92] Gerçekten de HUMK m.326 maddenin madde başlığı ve metni aynen şöyledir:

"2. Senedatın İbrazı Mecburiyeti

Madde 326. Medeni Kanun ve Ticaret Kanunu mucibince bir kimse, **yedinde bulunan vesikayı ibraza mecbur olduğu gibi aşağıda sayılan vesikaları da ibraz ile mükelleftir:**

a) Mahkemeye verilen evrakta **istinat olunan senetler**,

b) Bir tarafın diğer taraftan **davaya müteallik aldığı mektup ve telgraflar,**

c) İki taraf için **müşterek olan muamele ve menfaatlere müteallik tanzim olunan vesikalar**,

d) İki tarafın **müstakilen veya müştereken malik olduğu belgeler.**"

Görüleceği üzere HUMK m. 326, tarafları sadece istinat ettikleri senetlerin değil, çok daha geniş bir çerçevede ibraza mecbur tutmaktadır. Öte yandan madde hükmü, taraflara ibraz zorunluluğu getirilen senet ve sair belgeleri bir tarafın lehine veya aleyhine olmasına göre bir ayrıma tutmamaktadır; tersine taraflar, kendi aleyhlerine olabilecek belgeleri de ibrazla yükümlüdür. HUMK m. 332'de ibraz etmemeye bir yaptırım bağlanmış olma-

---

maz. Her iki taraf da, dayandıkları delilleri kendileri göstermekle yükümlüdürler. Fakat kanun senetler bakımından bu kurala bazı istisnalar koymuştur. Bir taraf kanunda sayılan belgeleri kendi aleyhine olsa bile mahkemeye vermekle yükümlüdür m.326 vd. Bu ifade kendi içinde çelişkili, demek ki, m. 326, bir tarafı kendi aleyhine delil sunmakla yükümlü tutulabilir.

92 Bu görüşün "herkesin iddiasını ispat ile yükümlü" olduğuna dair MK. m. 6 hükmünün ceza hukukundaki kişinin kendi kendisini suçlamaya zorlanamayacağına dair yasak (self incrimination) yönünde genişletilmesinin sonucu ortaya çıkmış olabileceğini sanıyoruz. Kanaatimizce hatalıdır ve haksız olarak ve çoğu zaman da iyi hazırlanmamış davalar açılmasının ve iş yükünün artmasının en önemli sebeplerinden birisidir.

sından dolayı HUMK m.326'nın bir tarafı aleyhine olan belgeyi de ibraz etmeye zorlamak istediğini kabul etmek doğru olur. Ticaret Kanunu da ticari defter ve kayıtların (lehe veya aleyhe olduğundan bahsetmeksizin) ibraz edileceğini emretmektedir.

HUMK m. 329'un "*Vesikanın veya hesap defterinin muayyen parçalarının ibrazını talep eden taraf mümkün olduğu kadar işbu vesikalar münderecatını, esbabı sübutiyesini beyan ettiği esnada tahriren tasrih ve tayin etmiş olması lazımdır*." şeklindeki hükmü ve takip eden maddelerdeki hakimin ibrazını emretme yetkisini birlikte değerlendirildiğinde de delillerin zorunlu ibrazı kurumunun Türk Hukukunda da olduğunu söyleyebiliriz, ancak, ABD hukukundaki yargılama öncesi ibraz (Pre-trial disclosure) gibi bir müessese olmadığını da kabul etmemiz gerekir. Ancak, Türk Hukukunda özellikle fikri mülkiyet yasalarında yargılama öncesi delil ibrazına ilişkin hükümler yer almaktadır. Örneğin Marka KHK m. 65'e göre marka tecavüzü soncunda uğranılan zararın belirlenmesi için tazminat yükümlüsünden tecavüzkar kullanım ile ilgili belgeleri talep edebilmesi, benzer şekilde Patent KHK m. 139 hükmünün TRIPS m. 43'teki delillerin ibrazı zorunluluğuna uygun olarak çıkarıldığı kabul edilmektedir. Bu hükümlerde belirtilen delillerin ilgili kişinin aleyhine sonuç doğuracak olan deliller olduğuna özellikle dikkati çekmek isteriz.

HUMK m. 326'da sayılan belgeler, ona dayanan tarafın elinde ise[93], kendisinin mahkemeye vermesi gerekir, vermezse iddiasını ispat edememiş sayılır. Bir tarafın dayandığı ve mahkemeye verilmesini istediği senet karşı tarafın elindeyse[94], karşı tarafın bu senedi mahkemeye vermesi zorunludur. Bu durumda iki ihtimal ile karşılaşılır. Karşı taraf istenen belgenin elinde olduğunu ikrar ederse[95] mahkeme karşı tarafa elinde olduğunu kabul ettiği belgeyi mahkemeye vermesini emreder (md.330); karşı taraf verilen süre

---

93 Söz konusu belgelerin taraflar dışında bir üçüncü kişi elinde olması halinde ise senede dayanan taraf, belgenin içeriğini belirterek ve davasının ispatı açısından önemini açıklayarak senedin mahkemeye verilmesini mahkemeden talep eder (md. 334). Hakim söz konusu belgenin davanın ispatı için gerekli olduğu kanısına varırsa üçüncü kişinin o belgeyi mahkemeye vermesine karar verir (md. 334,II; md. 333). Herkes (üçüncü kişiler), başkaları arasındaki bir davanın ispatı için gerekli olan ve elinde bulunan bir belgeyi mahkemeye vermek veya mahkemenin nerede olduğunu bildirmek için tanık sıfatıyla mahkemeye çağrılabilir (md.335). Tanıklıktan çekinme hakkı olmayan üçüncü kişi, hakimin bu kararına uymak zorundadır; aksi halde tanıklar gibi cezalandırılır, mahkemeye zorla getirilir ve gerekirse disiplin hapsine çarptırılabilir (md. 336, md. 253).

94 ve hakim verilmesi istenen senedin davanın ispatı için gerekli olduğu kanısına varırsa.

95 yazılı talebe cevap verilmemesi sükût da [kanunun genel sistematiğinden farklı olarak] ikrar sayılır.

içinde söz konusu belgeyi ibraz etmez ise mahkeme, senedin verilmesini isteyen tarafın senet içeriği hakkındaki sözlerini ispat edilmiş kabul edebilir (md.332). Ancak karşı taraf elinde bu şekilde bir belge olduğunu inkâr ederse, belgenin sunulmasını talep eden taraf inkar eden tarafa ancak inkar yemini[96] teklif edebilir ki karşı tarafın yemini halinde artık söz konusu delili mahkemeye sunma zorunluluğu yoktur. Karşı tarafın yemin etmekten kaçınması halinde ise diğer tarafın senet içeriği hakkındaki sözleri mahkemece gerçek kabul edilebilir (md. 322).

Görüleceği üzere HUMK m. 326 ve devamındaki hükümler, tarafların uyuşmazlık konusu ile ilgili olarak yapacakları ifşa ve ibrazın nasıl yapılacağını ve yapılmaması halinde hakimin bu durumdan nasıl bir sonuç çıkaracağını, yani ifşa etmemenin ispata etkisini düzenlemektedir. İbrazı gereken bir delil ibraz edilmediğinde öncelikle hakime böyle bir delilin varlığı ve içeriği ve uyuşmazlıkta neyin ispatında kullanılacağı hakkında kanaat verecek derecede kanıt sunulacak – ki bu neredeyse imkansızdır – daha sonra hakimin bu delilin ibrazı için diğer tarafa emir ve süre vermesi sağlanacak, diğer taraf buna rağmen de ibraz etmez ise, bu delil ile ispat edilmek istenilen hususun ibrazdan kaçınan tarafça kabul edildiğine karar verilebilecek.

Görüleceği üzere, HUMK m. 326 ve devamı tarafların uyuşmazlık konusu olayları ve belgeleri tam olarak ifşa ve ibraz etmesini öngörmekle birlikte, ifşa ve ibraz etmemenin tek yaptırımı, ancak o da istisnai şartlarda olmak üzere, ifşa edilmeyen belge ile kanıtlanmak istenen hususun kabul edilmiş sayılması, dolayısıyla ispat edilmiş sayılması ihtimalidir. Uygulanması bu kadar zor olan ve çok zayıf etkisi çok olan bir yaptırıma muhatap olabilme ihtimali tarafları ifşa ve ibrazdan kaçınmaya yönlendirmekten başka bir işe yaramaz. Türk hukukunda ifşa ve ibrazın bu kadar ihmal edilmiş ve gelişmemiş olmasının temel nedeni herhalde budur.

Başka bir açıdan bakıldığında durum şudur: Türk hukuk yargılamasında bir tarafın kontrolünde olan delil mahkemeye hiç ibraz edilmeyebilir, bu delil, onu ibraz etmeyen taraftan zorla elde edilemez; içeriği hakkında hakimde kanaat oluşturulamazsa yargılamada dikkate alınamaz, hakim o delil olmadan bir karar vermek zorunda kalabilir.

Ayrıca, uyuşmazlıkla ilgili olan delilin açıklanmasına, ancak bir dava açıldıktan, hakim olaya müdahale ettikten sonra geçilebilir; o delil ibraz edilmediği takdirde hakim ibraz etmeme durumunu netleştirmek, ibraz etmeme-

---

96 Yalan yemin TCK m.275'te suç olarak tanımlanmıştır. Ancak, varlığı hakkında yalan yemin edilen belgenin varlığı kanıtlanamıyorsa, o konudaki yemin'in yalan olduğunun kanıtlanamayacağını en başından kabul etmek, dolayısı ile bu husustaki Türk hukuku düzenlemesinin arzu edilen sonucu sağlayamadığını kabul etmek gerekir.

nin sonuçlarına hükmedebilmek için yargılamayı geciktirmek ve ertelemek zorunda kalır.

Buna neden olan, yargılamayı zorlaştıran, geciktiren, üstelik adalet ile ilgili maddi gerçeğin çıkartılmasına engel olan taraf ise, üzülerek söylemeliyim, hiç bir yaptırıma tabi olmaz.

Türk yargısının esas sorunu uyuşmazlıkla ilgili olayların tam ve doğru olarak açıklanmaması delillerin tam ve zamanında ifşasını sağlayan bir ifşa ve ibraz düzeninin olmamasıdır. Bunun sonucunda taraflar ve mahkeme, yargılamanın önemli bir kısmını tarafların elinde ve kontrolündeki bilgilerin ortaya çıkarılması ve delillerin toplanılması için sarf etmekte; ancak her ikisinde de büyük oranda başarısız kalmaktadır. Bu ortamda, hakim, uyuşmazlıkla ilgili olarak tam olarak bilgilendirilmeden, tüm delilleri görmeden, uyuşmazlık hakkında bir karar vermek zorunda kalmakta; üstelik kısa sürede ve hızlı karar vermeye zorlanmaktadır. Bu şartlar altında verilen kararın adil ve doğru olamayacağı, adaleti gerçekleştiremeyeceği ve adalete güven tesis edemeyeceği ortadadır.

Bu durumun sorumlusu ise uyuşmazlıklarla ilgili olarak mahkemeye tam ve doğru ifşa ve ibrazı sağlayan bir düzenlemenin eksikliğidir. Ancak, doğruyu teslim etmek gerekirse, bu durumun asıl sorumlusu, İngiltere'de, ABD'de ve İsveç'te olduğu gibi, uyuşmazlığın çözümü söz konusu olduğunda gerçeği söylemeyi, dolayısı ile adaleti ilgilendiren konularda tarafların tam ve doğru olarak açıklama yapmasını sağlayacak düzenlemeleri yapmayan kanun koyucudur, kanun koyucuyu harekete geçirmeyenlerdir.

SONUÇ ve GÖRÜŞLER

30 yıla yaklaşan ulusal ve uluslararası dava deneyim ve gözlemlerime göre Türk yargısının en büyük sorunu, uyuşmazlıklara ilişkin bilgi ve belgelerin tam ve doğru olarak ifşasının zorunlu olmamasıdır.

Davacının gizlediklerinin davalının savunması ile tamamlanacağı düşünülmekte; bu da tarafları, mahkemeleri haksızlıklarına alet etmek, diğer tarafa eziyet etmek, ya da hakimin hatasından yararlanmak saikiyle yargılama sürecini zorlaştırmaya, maddi gerçeği gizlemeye ve manipüle etmeye yöneltmektedir.

Hakime, önüne getirilen uyuşmazlığı en doğru, en adil ve en kısa zamanda çözmesi için zorunlu bilgi ve belgeleri en başında sunmayan, maddi gerçeğin tam ve eksiksiz olarak ortaya çıkarılmasında tarafların keyfi davranmasına izin verirken, hakimin elini kolunu bağlayan, çağdaş bir ifşa ve ibraz sisteminden yoksun bir yargı sisteminde, Yargı'nın iş yükü altında ezilmesi, adaletin yetersizliğinden bu kadar şikayet edilmesi şaşırtıcı değildir.

Türkiye'nin uluslar arası alanda güvenirliğini en çok zarara uğratan husus, uyuşmazlıklarda doğruyu söylemeyi zorunlu kılan bir düzenleme olmaması, mahkemeye yalan, yanlış ve eksik beyanda bulunmanın yaptırımının olmamasıdır. Türkiye'de Yargı'ya duyulan güvenin istenildiği gibi yükseltilememesinin, avukatlık başta olmak üzere hukuk mesleğinin çağdaşları kadar gelişememiş olmasını sebebi de, temelde, budur.

Türkiye ve O'nun yüksek hedefleri uyuşmazlıklarda çağdaş bir ifşa ve ibraz sistemine ve onun getireceği faydalara sahip olmasına bağlıdır.

Çözümün yolu, hakim sayısını artırmak, yargılama sürecini hızlandırarak kısa sürede daha fazla sayıda ihtilaf çözmeye çalışmak değildir. Çözüm, mahkemeye gitmeden çözümü için gerekli şartları oluşturmak, buna rağmen açılacak davalarda mahkemelerin yapacağı işi azaltmak, yargının hata yapmayacağı gösterilerek tarafları uyuşmazlıklarını mahkemeye götürmeden önce sulh yoluyla çözmeye yönlendirmek ve böylelikle toplumdaki uyuşmazlıkları en aza indirmeye çalışmakla gelecektir. Bunun için de uyuşmazlıklarda doğrunun tam olarak ifşa edilmesini sağlamak zorunludur.

Uyuşmazlıkla ilgili olayların tam ve eksiksiz ortaya konulması adil ve etkin yargılamanın birinci şartıdır. Doğrunun ortaya konulması tarafların iyi niyetlerine ve vicdanlarına bırakılamayacak kadar önemlidir. Tarafların doğru ve eksiksiz ifşada bulunması, ancak karşı tarafın kontrolü ve tatmin edilmesi ile sağlanabilir. Çünkü bir tarafın uyuşmazlığa konu vakıaları tam ve eksiksiz olarak ortaya koyup koymadığını en iyi ancak karşı tarafı bilebilir. Bu nedenle uyuşmazlıkta ifşa, taraflara ve taraflar arasında bırakılmalı; hakim, taraflar arasındaki ifşa sürecine sınırlı olarak ve ancak suiistimal halinde müdahale etmelidir.

Mahkemeler maddi gerçeğin ortaya çıkartılması görevi ile uğraştırılmamalı, zaman ve emeklerini anlaşmazlığın en adil şekilde çözümüne hasretmeleri sağlanmalıdır. Maddi gerçeğin tam olarak ortaya çıkarılması için Engizisyon yöntemlerine, hakimin müdahalesine veya kabul etmesine gerek yoktur. Hakim, sadece yargılama için nelerin ve nasıl ortaya konulmasının gerekli olduğuna değil, nelerin ispat edildiğine veya ispatının gereksiz olduğuna karar vermelidir. Hakim, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında tarafların maddi gerçeği ortaya koymalarına ve ne kadar ve nasıl koyacaklarına karar veren durumunda olmamalıdır. Hakim tarafların maddi gerçeği iddia ve savunmalarına uygun gördükleri şekilde ortaya çıkartma çabalarına köstek olmamalı, ancak suiistimal var ise müdahale etmelidir.

Bu amacı, Anglo Sakson hukukunda dava öncesinde ve dava açarken kabul edilen ifşa kurallarının daha iyi gerçekleştireceğini düşünüyoruz. ABD'de ve İngiltere'de birçok uyuşmazlık dava açılmadan, tarafların avukat-

larının yazışmaları sırasında çözülmekte, sulh ile sonuçlanmaktadır. Buna karşın, ABD ve İngiliz hakimleri, önlerine gelen meselelerde çok hızlı hareket edebilmekte, çok karmaşık davalarda hızlı bir şekilde etkin ön ve ihtiyati tedbir kararları alarak mahkeme dışı çözümlere yol gösterebilmektedirler. O ülkelerdeki hakimlerin en büyük avantajı, önlerine gelen dilekçelerdeki beyanların tam ve doğru bilgiler içerdiğine olan inançtır. Bundan çıkarılması gereken önemli bir ders vardır.

Türkiye, yargılamalardaki sorunun kaynağına yönelen çözümler üretmeli, gecikmeksizin uyuşmazlıklarda çağdaş bir ifşa ve ibraz sistemini hayata geçirmelidir.

İstanbul, 20 Haziran 2011

Bilimsel Yazılar

Ceza Hukuku İlkeleri Işığında Dernek Cezaları

*Teoman AKÜNAL**

GİRİŞ:

Çağımıza damgasını vuran küreselleşme Sivil Toplum Kuruluşları'nın (STK) önemini artırmıştır. Toplumsal ve küresel sorunların giderilmesinden, insani konulara ve çevre duyarlılığına; sürdürülebilir kalkınma alanlarından, kalkınma yardımlarına kadar çok farklı alanda sivil toplum kuruluşları giderek daha etkin rol üstlenmektedir[1].

Sivil toplum kuruluşları, resmi kurumlar dışında ve bunlardan bağımsız olarak çalışan, üyelerini ve çalışanlarını "gönüllülük" ilkesiyle alan, kâr amacı gütmeyen ve gelirlerini bağışlar ve/veya üyelerinin katkılarıyla (ödenti) sağlayan ideal amaçlı kuruluşlardır.

Sivil toplum örgütleri arasında, en yaygın örgütlenme modeli olan derneklerin özel bir yeri vardır. Mukayeseli hukukta "örgütlenme özgürlüğü" bir anlamda dernek özgürlüğü olarak ortaya çıkmış ve dernek kurma hakkı ile anayasal güvenceye kavuşturulmuştur.

Ülkemizde derneklerin (cemiyet) hukuk sahnesinde yer almaları İkinci Meşrutiyet dönemine rastlar. Bu alandaki ilk yasal düzenleme 3 Ağustos 1325 (16 Ağustos 1909) tarihli Cemiyetler Kanunu'dur. Cemiyetler Kanunu'nun kabul edildiği tarihte dernek özgürlüğü henüz anayasal güvenceye kavuşmamıştı. Zira, 1876 tarihli Birinci Meşrutiyet Anayasası'nda (Kanun-i Esasi) dernek kurma hakkı yer almıyordu. 1876 Anayasasında 8 Ağustos 1325 (1909) tarihli değişiklik sonucu eklenen 120. madde ile dernek kurma hakkı *(hakkı içtima)* anayasal bir hak olarak kabul edildi.

---

* Prof. Dr., Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 Çevre sorunlarını uluslararası ortamdaki etkinlikleri ile duyuran Greenpeace gibi, her yıl İsviçre'nin Davos kasabasında yapılan Dünya Ekonomik Forumu (World Economic Forum (WEF) toplantılarına alternatif olarak gerçekleştirilen Dünya Sosyal Forumu (World Social Forum (WSF) ve 2010 yılı toplantısını İstanbul'da gerçekleştiren Avrupa Sosyal Forumu (European Social Forum) alanlarındaki en etkin girişimler olarak dünya kamuoyunun ilgisini üzerlerinde toplamaktadır.

Dernek kurmak için önceden izin alınmaya gerek duymayan, derneği kurulur kurulmaz idareye bir bildirimde bulunmakla yükümlü tutan 1909 tarihli Cemiyetler Kanunu, 1938 yılında 3512 sayılı yeni Cemiyetler Kanunu yürürlüğe girinceye kadar uygulanmaya devam etti[2].

Derneklerde üyelik sıfatının kazanılması ve sürdürülmesinde *gönüllülük ilkesi* geçerlidir[3]. Anayasa'da da yer alan (md. 33) *gönüllülük ilkesi* uyarınca, hiç kimse bir derneğe üye olmaya (MK. md. 63) ve dernekte üye kalmaya zorlanamaz (MK.md. 66)[4].

"*Gönüllülük ilkesi*" dernek bakımından da söz konusudur. Hiçbir dernek de üye kabul etmeye zorlanamaz (MK. md. 63).

Gönüllülük ilkesi Anayasa'da düzenlenen dernek özgürlüğünün bir gereğidir. Bireyler için dernek özgürlüğü "dilediği derneğe üye olma"; "hiçbir derneğe üye olmaya veya herhangi bir dernekte üye kalmaya zorlanmama" şeklinde bireysel bir özgürlük olarak ortaya çıkar. Dernekler bakımından ise "üyelerini, iç işlerini ve işleyişini" yasalar çerçevesinde özgürce belirleyebilme özgürlüğü olarak *(Vereinsautonomie)* somutlaşır.

Dernek Özgürlüğü, derneğin üyeleri ile arasındaki üyelik ilişkisini özgürce düzenleme özgürlüğünü de içerir. Dernek ile üye arasındaki ilişki Tüzük ile belirlenir. Bu açıdan Tüzük, üyelerin uymakla yükümlü oldukları üyelik yükümlülüklerini gösteren bir normlar bütünüdür. Derneğe üye olmak, tüzükte yer alan yükümlülüklere tabi olmayı kabul etme anlamını taşır.

I. *Üyelik ilişkisi:*

Üyelik, "üye" ile "dernek" arasında akdedilen kişiler hukukuna ilişkin

---

2 1926 yılında Türk Medeni Kanunu'nun kabul edilmesi ile dernekler hukukunda yeni bir dönem başlamıştır. Medeni Kanun ile Cemiyetler Kanunu'nun bağdaştırılması Tatbikat Kanunu'nun 7. ve 43. maddeleri çerçevesinde sağlanmıştı. Tatbikat Kanunu'nun 43. maddesi Medeni Kanun'a aykırı olan hükümleri yürürlükten kaldırdığı için, 1909 tarihli Cemiyetler Kanunu'nun özellikle 20 Kanunuevvel 1339 (20 Aralık 1923) tarihli 387 sayılı kanunla getirilen sınırlayıcı hükümleri uygulamadan kalkmıştır. Tatbikat Kanunu'nun 7. maddesi ise, eski kanuna göre tüzelkişilik kazanmış olan derneklerin Medeni Kanun'a göre tüzelkişilik kazanmaları mümkün olmasa dahi, varlıklarını sürdürmelerine olanak tanıyordu.

3 Gönüllülük ilkesi, bir mesleği veya san'atı icra etmek için üye olma zorunluluğu bulunan meslek kuruluşları ile derneklerin ayırt edilmesinde önemli rol oynar.

4 Anayasa'nın 33. maddesindeki "Herkes önceden izin almaksızın dernek kurma hakkına sahiptir" hükmü sadece derneklerin kurulmasına ilişkin bir hüküm olarak yorumlanamaz. Bu hüküm, aynı zamanda mevcut bir derneğe üye olma özgürlüğünü de içerir.

bir sözleşmeye dayanır[5]. Üyeliğe girecek olanın tüzüğün içeriğini tayin etme yetkisi bulunmaksızın, dernek tüzüğünün öngördüğü hak ve yükümlülüklere tabi olması bu ilişkinin "sözleşme" olarak nitelenmesine engel değildir. Ne var ki, bu sözleşme Borçlar Hukuku alanındaki sözleşmelerden, özellikle karşılıklı borç yükleyen (synallagmatik) sözleşmelerden de oldukça farklıdır. Özellikle, üyenin ödenti (aidat) verme ve diğer üyelik yükümlülükleri, üyelik hakkının karşı edimi olarak nitelendirilemez. Bu nedenle, Borçlar Kanunu'nun karşılıklı borç yükleyen sözleşmelere ilişkin hükümleri (karşılıklı edimlerin ifa sırasını düzenleyen 97. maddesi, borçlu temerrüdünde süre verilmesine ve seçimlik haklara ilişkin 123. ve 125. maddeleri gibi) üyelik ilişkisine doğrudan doğruya veya örnekseme yoluyla uygulanamaz[6].

Ne var ki, Borçlar Kanunu'nun hukuki işlemlere ilişkin genel hükümlerinin, özellikle sözleşmenin kurulması ile ilgili 1-11'inci[7], şekle ilişkin 12-18'inci[8], sözleşmenin içeriği ve sözleşme özgürlüğü ile ilgili 26-28'inci[9],

---

5 Üyelik sözleşmesi için bkz. Baki İlkay ENGİN, Dernek Üyeliğinin Kazanılması ve Kaybedilmesi, sh. 31 vd.

6 REINHART/DANNECKER/ KÜHR, Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts, sh. 80; AKÜNAL Teoman, Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler, (2. Bası), sh. 76.

7 Dernek ile üye arasındaki ilişkinin "sözleşme" olarak nitelendirilmesi, taraflardan sadece bir tanesinin iradesine dayanan üyelik ilişkisinin kurulmasına engeldir. Özellikle, belli makam ve görevlerdeki kişilerin, bu makam ve görevlerinden dolayı dernek üyeliğini kendiliğinden kazanacakları tüzükte öngörülmüş olsa dahi, dernek üyeliğinin bu kişilerin iradesi olmaksızın kazanılması mümkün değildir. Aynı durum, "onursal üyeler" bakımından da geçerlidir. Hiç kimse kendi iradesi olmaksızın bir derneğe tüzük veya yetkili organ kararı ile onursal üye yapılamaz. Onursal üyelerin oy hakkının bulunmaması (MK. md. 69/II) ve derneğe ödenti vermek zorunda olmamaları (MK.md. 70) farklı bir çözümün benimsenmesini gerektirmez.

8 Tüzüğün önceden hazırlanıp yürürlüğe konulmuş olması ve üyenin derneğe girmekle tüzüğü kabul etmiş sayılması tüzüğe Borçlar Kanunu'nun "genel işlem koşullarına" ilişkin 20 vd. maddelerinin uygulanmasını gerektirmez. Üyelik ilişkisini dernek ile üye arasında bir sözleşmesel ilişki olarak nitelemek, dernek tüzüğünü de dernek ile üye arasındaki bir sözleşme olarak nitelemeyi gerektirmez. Kuruluş aşamasında kurucu üyelerin iradeleri ile oluşan ve bu nedenle çok taraflı bir hukuki muamele olan tüzük, kuruluş aşaması tamamlanıp, derneğin tüzel kişilik kazanmasından sonra kurucuların iradesinden bağımsızlaşır ve dernek ile ilgili konularda objektif hukuk normlarını içeren yazılı bir hukuk kaynağı oluşturur. Bu özelliği nedeniyle dernek tüzüğünün yorumunda, sözleşmelerin yorumu ile ilgili kurallar değil, kanun ve benzerleri gibi yazılı hukuk kaynaklarının yorumundaki yorum metotları geçerli olur.

9 Özel Hukuk açısından derneğe üye olma hakkı kişilik hakları arasında yer alır. Bu nedenle, bir kişinin dilediği derneğe üye olmasını kesin olarak engelleyen veya kişiyi belli bir derneğe üye olmaya veya böyle bir dernekte üye kalmaya zorlayan her türlü sözleşme veya şartlar Borçlar Kanunu'nun 27/I. maddesi uyarınca kesin olarak hükümsüzdür.

irade bozukluklarına ilişkin 30-39'uncu maddeleri[10] -niteliklerine uygun düştüğü ölçüde- üyeliğe giriş sözleşmesine de uygulanır. Buna karşılık, üyelik haklarının kişiye bağlı olup, nitelikleri gereği başkalarına devir veya miras yolu ile intikal edememesinden kaynaklanan bazı özellikler de vardır: Örneğin, üyelik haklarının kullanılmasında temsil söz konusu olmaz.*"Her üyenin genel kurulda bir oy hakkı vardır; üye, oyunu şahsen kullanmak zorundadır"* diyen Medeni Kanun'un 69. maddesinde oy hakkı bakımından temsil yasağı açıkça ifade edilmiştir[11]. Üyelik hakları arasında yer alan dernek tesis ve faaliyetlerinden yararlanma hakkı (MK.md. 68/II) konusunda da temsil mümkün değildir.

Dernek organlarının kendisi ile ilgili kararlarına karşı üyeye tanınmış olan genel kurula şikayette bulunabilme hakkı da (MK.md. 83), kanaatimce üyenin şahsen kullanması gereken, bu nedenle de temsil kabul etmeyen bir üyelik hakkıdır.

II. Üyelik yükümlülükleri ve dernek cezaları:

Üyelik ilişkisi üye yararına birtakım haklar doğurduğu gibi, bu ilişkiden üye için bazı *yükümlülükler* de doğar. Parasal yükümlülüklerin başında "*ödenti* (aidat) *verme borcu*" yer alır. Parasal olmayan yükümlülükler ise, "*dernek düzenine uyma yükümlülüğü"* genel başlığı altında toplanabilir.

Dernek tüzüğünde üyelik yükümlülükleri ve bu yükümlülüklere aykırı davranmanın yaptırımları belirtilmelidir[12]. Söz konusu yaptırımları "*dernek cezaları*" başlığı altında incelemek mümkündür.

---

10 **Üyeliğe kabul sözleşmesinin yanılma, aldatma veya korkutma gibi irade bozukluklarına** dayanarak iptal edilebileceği kabul edilmektedir. Tartışmalı olan husus, iradesi sakatlanan tarafça yapılacak hükümsüzlük bildiriminin üyeliği doğuştan itibaren, geçmişe etkili olarak (ex tunc) ortadan kaldırıp kaldırmayacağı konusundadır. Sürekli ve kişisel bir hukuki ilişkinin doğumuna yol açan üyelik ilişkisinin irade bozukluğu nedeniyle baştan itibaren hükümsüz sayılması halinde, dernek içi ilişkilerde doğabilecek karışıklıkları önlemek, özellikle dernek organlarının aldığı kararların tartışılmasını önlemek üzere, dernek üyeliğinin iradeyi sakatlayan nedenlerle geçersiz sayılması halinde, bunun baştan itibaren değil, iptal tarihinden itibaren hüküm doğurması gerektiği ileri sürülmektedir. İrade bozukluklarında baştan itibaren bağlı olmama, hükümsüzlük beyanının niteliği gereğidir. Esasen, dernek üyeliğinden her zaman çıkmak mümkün olduğuna göre, üyenin istifa yerine üyeliğin iptali yolunu seçmesinde, istifanın ileriye dönük, üyeliğin iptalinin ise geçmişe etkili hüküm doğurması önemli rol oynar.

11 **Oysa, Ortaklıklar Hukukunda pay sahibi, paylarından doğan haklarını kullan**mak için genel kurula kendisi katılabileceği gibi, pay sahibi olan veya olmayan bir kişiyi de temsilci olarak genel kurula gönderebilir (TTK. Md. 425, 617/ b.3).

12 Medeni Kanun'da tüzüğün zorunlu içeriği oldukça dar kapsamlı düzenlenmiştir (MK md. 58). 5253 sayılı Dernekler Kanunu ise, tüzükte "üye olma ve üyelikten çıkmanın şart ve şekilleri"nin gösterilmesini zorunlu kılmıştır (md. 4).

Dernek cezalarının bir bölümü, üyelik yükümlülüklerini yerine getirmeyen üyeye uygulanan "*disiplin cezası*" niteliğindedir. Uyarma, kınama, geçici ve kesin ihraç (üyelikten çıkarılma) cezaları birer disiplin cezasıdır. Derneğin üyesi hakkında bir disiplin cezası uygulama yetkisinin dayanağı, anayasal dernek özgürlüğünün bir uzantısı olan "dernek otonomisi" dir *(Vereinsautonomie)*.

Dernek cezalarının bir bölümü ise, "*sözleşme cezası"* niteliğindedir. Örneğin, ödenti (aidat) borcunu zamanında yerine getirmeyen üyeye uygulanacak parasal yaptırımlar, edimin zamanında ve/veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmış "ceza koşulu" (cezai şart) bu niteliktedir[13].

"Dernek cezaları" kavramı, daha çok disiplin cezası niteliğindeki cezaları çağrıştıran bir kavramdır. Ülkemizin en ünlü Ceza Hukukçularından Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a armağan edilen bu incelemede, *disiplin cezası* niteliğindeki dernek cezaları Ceza Hukuku ve Ceza Muhakemesi Hukuku ilkeleri çerçevesinde ele alınmaktadır.

Derneğin disiplin cezası uygulama yetkisi sadece "üye" için vardır. Üyelik sıfatı bulunmayan kişilere karşı derneğin "disiplin cezası" niteliğindeki bir ceza uygulaması söz konusu olamaz[14]. Bu nedenle, dernek faaliyet ve tesislerinden yararlansalar dahi, "üye" sıfatı bulunmayan üçüncü kişilere "dernek cezası" (disiplin cezası) uygulanamaz. Onlar hakkında, "yararlanma yükümlülüklerine" aykırı davranmaları halinde, önceden kararlaştırılmış olmak koşulu ile "sözleşme cezası" (ceza koşulu) uygulanabilir. Bu ayırım,

---

13 Üyenin ödenti (aidat) ödeme borcu bir para borcudur. Dernek tüzüğünde, aidatın ödenmemesi halinde üyenin bazı üyelik haklarından yoksun kalacağı (örneğin genel kurulda oy kullanamayacağı) belirtilebileceği gibi, aidatın zamanında ödenmemesi için bir "cezai şart" da öngörülmüş olabilir.

Aidat borcu için çezai şart öngörülmüş ise, cezai şartın gecikme faizi yerine geçtiği kabul edilir (TEKİNAY;/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Borçlar Hukuku. (7.Bası), sh. 344 dip not 3a.). Hukukumuzda para borçlarında temerrüt faizi için azami bir had bulunmadığından, aidat borcunun zamanında ödenmemesi ihtimali için tüzükte cezai şart öngörülebilmesine hukuki bir engel yoktur. Yargıcın, fahiş cezai şartı indirebilme yetkisi bu ihtimal için de geçerlidir (BK. md. 161/III).

14 Disiplin suçu işleyen üyenin henüz hakkında disiplin kovuşturması başlamadan veya açılan disiplin kovuşturması sonuçlanmadan istifa yoluyla üyelikten ayrılması durumunda, hakkında disiplin cezası verilip verilemeyeceği konusu uygulamada tereddüt yaratmaktadır. Genellikle dernek tüzüklerinde bu konuya ilişkin açıklık da bulunmamaktadır. Memur Hukukuna ilişkin Danıştay 3. Dairesi'nin 27.1.1977 gün ve E.1977/47, K.1977/42 Sayılı kararı (Danıştay Kararları Dergisi sayı 28-29) bu konudaki belirsizliğe bir çözüm olabilir. Danıştay'ın söz konusu kararına göre, emeklilik veya istifa gibi sebeplerle memuriyetten ayrılanların bir gün tekrar kamu görevlerine dönebilecekleri göz önünde bulundurularak gerekli işlemler yapılmalı, uygulama kabiliyeti olan cezalar uygulanmalı, olmayanlar ise sicil dosyasında muhafaza edilmelidir.

spor karşılaşmalarında kulüp üyesi olmayan *holiganlara* uygulanacak yaptırımlar bakımından da önem taşır[15].

Dernekler Hukuku bakımından "dernek (disiplin) cezası" kavramını üyelerin, derneğin düzeni ile, amaç ve ilkelerine aykırı davranışlarından ötürü tabi oldukları yaptırımlar bütünü olarak ifade edebiliriz.Disiplin cezasını gerektiren fiil (=disiplin suçu), özel bir statü içindeki kişilerin, bu statüyü düzenleyen kurallara uymamalarından doğan olumsuz bir davranışını ifade eder[16]. Bu çerçevede dernek cezası da, üyelere önceden belirlenmiş hukuk kurallarının öngördüğü koşullarda uygulanan derneğin "idari nitelikteki" yaptırımlarıdır.

Dernek cezaları, dernek düzenini devam ettirmek; derneğin, tüzükte öngörülen amaçlarını gerçekleştirebilmesi için verimli, etkin ve yararlı bir biçimde çalışmasını sağlamak, onur ve saygınlığını korumak için "aykırı davranışlarda" bulunan üyeler hakkında uygulanacak ceza yaptırımlarıdır. Dernek cezaları ile korunmak istenen hukuki değer, dernek faaliyetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlayacak düzenin korunmasından ibarettir.

Dernek cezaları, "geçici ihraç" kararlarında olduğu gibi, üyenin dernek tesis ve faaliyetlerinden yararlanmasına sınırlamalar getirebileceği gibi; dernek iradesine ve dernek yönetimine katılma haklarından yoksunluk olarak da ortaya çıkabilir. Örneğin, ödenti (aidat) borcunu yerine getirmeyen üyenin genel kurulda oy kullanamaması durumunda birinci olasılık; disiplin cezası alan üyenin dernek organlarına aday olamayacağına ilişkin düzenlemelerde ise ikinci olasılık söz konusudur.

---

15 Spor Müsabakalarında Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair 5149 sayılı Kanun, spor alanlarında sağlık ve güvenlikle ilgili her türlü düzenlemeyi yapmakla ev sahibi kulübü yükümlü tutmuştur (md.4). Bu yükümlülük, saha güvenliği (md.5) yanında, müsabaka güvenliği (md. 6) alanında da söz konusudur.

5149 sayılı Yasanın "Yargılama usulü" ile ilgili 29. maddesinin "Bu Kanun kapsamında konusu suç teşkil eden eylemlerin takibi ve yargılaması 8.6.1936 tarihli ve 3005 sayılı Meşhud Suçların Muhakeme Usulü Kanunu hükümlerine göre yapılır." hükmü Torba Yasa olarak anılan 5728 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır. 5149 sayılı yasanın saha güvenliği ve müsabaka güvenliği konularında çıkarılmasını öngördüğü Yönetmelik de halen çıkarılmadığı için, spor tesislerinden yararlanan üye sıfatı bulunmayan seyirciler bakımından ev sahibi kulübün Yasanın 4. maddesinden kaynaklanan yükümlülük ve sorumluluğunu, tesislerden yararlanma olanağı sağlayan hukuki ilişki çerçevesinde (bilet, abonmanlık sözleşmesi vs.) "sözleşme cezası" ile düzenlemesi uygun olacaktır.

16 DÖNMEZER/ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, cilt 1, (12.Bası), No: 481.

III. Dernek cezalarının ortak özellikleri:

Dernek cezalarının ortak özelliklerini şu şekilde sıralamak mümkündür.

a) Dernek cezaları sadece üyeler bakımından uygulanırlar.

b) Kişiseldirler.

c) Üyenin üyelik hak ve statüsüne yönelik etkiler doğururlar.

d) Takdiri cezalardır ve cezada takdir yetkisi belli kurullara aittir. Ancak bu takdir yetkisi sınırsız olmayıp belli usul ve esaslar çerçevesinde kullanılabilir[17].

e) "Eşitlik ilkesi" disiplin cezaları için de geçerlidir. Aynı eylemlerde bulunanlar için aynı ceza uygulanır[18].

Bu özelliklerden de anlaşılacağı gibi, derneğin üyeleri hakkında uyguladığı dernek (disiplin) cezaları, Ceza Hukuku'ndaki anlamı ile bir "ceza" değildir. Dolayısı ile, derneğin üyesi hakkındaki disiplin cezasına ilişkin tasarrufu da "yargısal" bir tasarruf niteliğinde değildir.

Ne var ki, üyenin "disiplin suçu" sayılan eylemi de Ceza Hukuku'ndaki suçlar gibi, bir kuralın ihlal edilmesine bağlı olarak "cezai yaptırımı" gerektiren bir eylemdir. Bu benzerlikten hareket ederek, dernek cezalarına Ceza Hukuku doktrininde geliştirilmiş olan suç genel teorisi ilkeleri – nitelikleri uygun düştüğü oranda- uygulanabilir. Nitekim, Ceza Hukuku ile Disiplin Hukuku arasındaki önemli farklara rağmen, Ceza ve Ceza Yargılaması Hukuku'na özgü ilkelerin disiplin uygulamalarına giderek daha yoğun olarak uygulandığı gözlenmektedir[19].

Aşağıda, disiplin cezası niteliğindeki dernek cezaları ve derneğin üyeyi cezalandırma yetkisi Ceza Hukuku'na egemen ilkeler ışığında değerlendirilmektedir.

IV: Ceza Hukuku ilkeleri ve dernek cezaları:

1) Ceza Hukuku'na egemen olan "***kanunilik ilkesi***" dernek cezaları bakımında da geçerlidir[20]. Ne var ki, kanunilik ilkesi disiplin suçlarında

---

17 Disiplin cezalarıyla ilgili kararlar gerekçeli olmak zorundadır.

18 Üyelik sicili iyi olanların lehine ceza uygulaması, bu ilkenin istisnasıdır. Bu konuda ayrıca bkz. Aşağıda dip not 32.

19 DÖNMEZER/ERMAN, cilt 1, No:482.

20 BÜTLER Thomas, Der Persönlichkeitsschutz des Vereinsmitgliedes (Basel 1986), sh. 89/90; HEİNİ Anton, Das schweizerische Vereinsrecht (Basel 1988), sh.60/61; RİEMER Hans M. Berner Kommentar zum schweiz. ZGB, Das Personenrecht, 3.Abteilung: Die juristische Personen, Art. 70 Nr. 210.

Ceza Hukuku'ndaki sertlikte uygulanmaz. Zira Ceza Hukuku'nda suç sayılan fiiller kanun tarafından tek tek tanımlanmıştır. Eğer bir fiil kanunda yazılı bu modellerden (tiplerden) hiçbirisine uymuyorsa Ceza Hukuku bakımından suç olarak kabul edilemez ve cezalandırılmaz. Suç tanımlarında bulunması gereken açıklık ve belirlilik özelliğinin bir sonucu olarak Ceza Hukuku'nda "kıyas yasağı" söz konusudur. Kıyas yasağı, ceza kanunundaki suç tiplerinden hiçbirisine uymayan bir fiilin başka bir suç tipine benzetilerek cezalandırılamaması sonucunu doğurur.

Oysa, Dernekler Hukuku'nda disiplin cezasını gerektiren fiiller için Ceza Hukuku'ndaki sıkı açıklık/belirlilik yerine, çoğu kez "*dernek düzenine uymayan tutum ve davranışlarda bulunmak*"; "*dernek onuru ile bağdaşmayacak davranışlarda bulunmak*" ; "*üyeler arasındaki birlik ve dayanışma ile bağdaşmayan hareketlerde bulunmak*" gibi genel ibarelere yer verilebilmektedir. Dolaysıyla, dernek cezalarındaki tipikliğin, ceza hukukundaki ölçülerde olmadığını söylemek mümkündür.

2) Dernek cezasını gerektirecek bir "disiplin suçunun" söz konusu olabilmesi için, üye tarafından tüzükteki tanıma giren "aykırı bir fiilin" işlenmiş olması gerekir. Bu, disiplin suçunun "***maddi unsuru***"dur.

"Aykırı fiil", olumlu veya olumsuz olmak üzere iki şekilde işlenebilir. Ceza Hukuku'nda olumlu hareketle işlenen suça "icrai suç"; olumsuz hareketle işlenen suça "ihmali suç" adı verilir[21]. Disiplin suçuna neden olan "aykırı fiil" de olumlu veya olumsuz olabilir. Örneğin, üyenin aidat (ödenti) borcunu yerine getirmemesi "ihmali"[22]; tüzükte yasaklanan davranışlarda bulunması ise "icrai" disiplin suçu oluşturur.

Disiplin suçlarındaki maddi unsur çok defa "hareket, netice ve nedenselik bağından" oluşur ve "netice" zarar veya tehlike biçiminde ortaya çıkar. Disiplin cezasını gerektiren "aykırı fiillerin" büyük bir kısmı "zarar suçu" niteliğindedir. Örneğin, tüzükte belirlenen kılık kıyafet hükümlerine aykırı davranan üye, bu konudaki kurallara aykırı davranmakla dernek düzenine *zarar* vermiş olur.

Bazı disiplin suçları ise "tehlike suçu" niteliğindedir. Örneğin, derneğin amacına aykırı davranışlarda bulunan veya üyeler arasında birlik ve daya-

---

21 DÖNMEZER/ERMAN, cilt 1, No:511

22 Ödenti (Aidat) borcunu yerine getirmeyen üye bakımından tüzükte öngörülebilecek "cezai şart" disiplin cezası olmayıp, bir sözleşme cezasından ibarettir. Buna karşın, ödenti borcunun yerine getirilmemiş olması, üyelik haklarının kullanılmasını engellediği takdirde, örneğin tüzükteki "aidat borcunu ödemeyen üye genel kurul toplantılarına katılamaz ve oy kullanamaz" şeklindeki hüküm, bir disiplin hükmüdür.

nışma ile bağdaşmayan hareketlerde bulunan üyenin cezalandırılabilmesi için amacın tehlikeye girmesi veya birlik ve dayanışmanın zedelenmiş olması (zarar) gerekmez; böyle bir *tehlikenin* yaratılmış olması yeterlidir.

Disiplin suçları ve dernek cezaları dernek düzeninin korunmasını amaçlar. Tüzükteki tanıma uygun "aykırı fiil" yapıldığı anda, dernek düzeni ihlal edilmiş ve netice gerçekleşmiş olur. Dernek tüzüklerindeki disiplin suçlarında, söz konusu ihlali belirten aykırı fiilin yapılmasından başka bir "neticenin" gerçekleşmesi gerekmez. Bu nedenle, dernek tüzüklerinde yer alan disiplin suçları "neticesi harekete bitişik" yapıdadır. Örneğin, derneğin onuruna veya seçilmiş organlarına karşı sözlü, yazılı veya eylemli saldırıda bulunan üye, bu "aykırı fiili" ile tüzükteki yasağı ihlal etmiş ve netice gerçekleşmiş olur.

Yukarıda belirtilen özellik, dernek cezaları bakımından " suça teşebbüs" kurumunun söz konusu olmaması sonucunu doğurur. Ceza kanunlarında, netice gerçekleşmediği taktirde, suçun tam cezası değil de, daha hafif bir cezanın verilmesi öngörülür. Bunlara teşebbüs derecesinde kalmış suçlar denilir. Oysa, neticesi harekete bitişik yapıdaki suçlarda tam teşebbüsün söz konusu olmayacağı kabul edilmektedir[23].

3) Bazı durumlarda işlenen fiildeki hukuka aykırılık unsuru ortadan kalkar. Hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldıran sebeplere "***hukuka uygunluk sebepleri***" denir. İşlenen fiilin "hukuka aykırılığını" ortadan kaldıran hukuka uygunluk nedenleri dernek disiplin cezaları bakımından da söz konusu olur. Örneğin tüzükte "basın-yayın yoluyla veya söz, yazı, bildiri veya beyanat suretiyle derneği kamuoyunda küçük düşürmek" disiplin cezasını gerektiren bir fiil olarak öngörülmüş ise, üyenin bu davranışının hakkındaki bir dava veya ceza kovuşturmasındaki savunma hakkını kullanırken gerçekleşmiş olması bir "hukuka uygunluk nedeni" oluşturur[24]. Keza, disiplin soruşturmasındaki savunma sırasında kullanılan disiplin suçu oluşturabilecek söz ve yazılardan dolayı da "savunma dokunulmazlığı" uyarınca disiplin cezası verilmemesi gerekir[25].

---

23 DÖNMEZER/ERMAN, cilt 1, No:518.

24 DÖNMEZER/ERMAN, cilt 2, No: 702.

25 Nitekim Danıştay 3.Dairesi de bir olayda memurun savunma sırasında söylediği bazı sözlerin savunma dokunulmazlığı nedeniyle cezalandırılamayacağını şöyle ifade etmiştir: *"Memur olan davacı hakkında yapılan bir disiplin tahkikatı dolayısıyla yaptığı savunmada...deyimini kullanmak suretiyle Fakülte yönetimini suçlayıcı beyanda bulunduğu gerekçesiyle kısa süreli durdurma cezası ile cezalandırılmışsa da,...esasen savunma sırasında ileri sürülen hususların TCK muvacehesinde suç olmamak şartı ile 'savunma dokunulmazlığı' çerçevesinde mütalaa edilmesi gerekeceğinden...işlemde sebep yönünden hukuka uygunluk görülmemiştir".* Aynı doğrultuda bkz. DÖNMEZER/ERMAN, cilt 1, No: 482 dip not 53'te anılan Danıştay 5. Dairesi kararı.

4) ***Aynı Fiile Birden Fazla Ceza Verilememesi İlkesi*** (*"Ne bis in idem"),* aynı eylem ve konudan dolayı mükerrer yargılama ve cezaya çarptırmaya izin verilmemesi anlamına gelen bir Ceza Hukuku ilkesidir. Söz konusu ilke dernek cezaları için de geçerlidir. Bu nedenle, aynı eylem ya da davranış için birden fazla dernek cezası aynı anda uygulanamaz.

Ne var ki, disiplin cezasına temel oluşturan hukuka aykırı fiil, aynı zamanda Ceza Hukuku bakımından da suç sayılabilir. Bu durumda, üyeye disiplin cezası yanında ayrıca bir de ceza yaptırımı uygulanabilir. Bu iki yaptırım, hukuksal dayanağı, amaç ve usulû açılarından birbirlerinden farklıdırlar. Öte yandan, üyenin cezai sorumluluğu, hakkında ayrıca disiplin cezasının uygulanmasına engel olmaz. Keza, üye hakkında ceza hukukuna göre takipsizlik veya beraat kararı verilmiş olması da, üyeye disiplin cezası verilmesine engel değildir.

Özetle, Ceza Hukuku'ndan disiplin cezalarına uyarlanan "ne bis in idem" ilkesi, üyenin tüzüğe aykırı bir eylemine dayanarak tüzükte öngörülen dernek cezalarının kendi aralarında birden fazla (mükerrer) uygulanmasına engel ise de; aynı eylem aynı zamanda suç oluşturduğu için üye hakkında bir ceza yaptırımının uygulanmış olması, üye hakkında derneğin de aynı fiile dayanarak bir ceza uygulamasına engel oluşturmaz. Buna "*disiplin soruşturmasının bağımsızlığı ilkesi*" de denilmektedir[26].

5) "***Geçmişe yürümezlik ilkesi"****,* ceza kanunlarının sadece yürürlüğe girmelerinden sonra işlenen fiillere uygulanabilmelerini ifade eder. Bu ilkeyi tamamlayan bir ilke de, yürürlükten kalktıktan sonra uygulanmazlık ilkesidir. Bu son ilke, kanunun yürürlükten kalktıktan sonra işlenen fiillere uygulanamaması sonucunu doğurur.

Ceza Hukuku'nda fiili suç olmaktan çıkaran veya failin lehine olan kanun geçmişe yönelik olarak uygulanır. Daha önce işlenen suç hakkında kovuşturma yapılarak hüküm verilmiş ve kesinleşmiş olsa bile, failin lehine olan değişikliğin kesin hüküm üzerinde etkili olacağı kabul edilir[27].

Ceza hukukunun bu önemli ilkesinin dernek suç ve cezalan açısından da geçerli olduğu kabul edilmelidir[28].

---

26 654 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 131. maddesinde de "Aynı olaydan dolayı memur hakkında ceza mahkemesinde kovuşturmaya başlanmış olması, disiplin kovuşturmasına engel olmaz. Memurun ceza kanununa göre mahkum olması veya olmaması halleri, ayrıca disiplin cezasının uygulanmasına engel olmaz" denilmek suretiyle "disiplin kovuşturmasının bağımsızlığı ilkesine" yer verilmiştir.

27 DÖNMEZER/ERMAN, cilt 1, No: 358, 359.

28 Nitekim Danıştay da, bir fiilin meydana geldiği tarihte usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş bir disiplin yönetmeliği yokken sonradan çıkarılan bir yönet-

6) "***Ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi",*** herkesin ancak kendi fiilinden sorumlu olmasını ifade eder. Anayasa'nın 38.maddesinde; *"…Ceza sorumluluğu şahsidir…",* kuralı getirilmiştir. Bu husus TCK'nın "Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği" başlıklı 20. maddesinde de; *"Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz."* şeklinde ifadesini bulmuştur.

Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku'nun temel ilkelerinden olan "ceza sorumluluğunun şahsiliği" ilkesinin dernek cezaları bakımından da geçerli olduğu kabul edilmelidir[29].

Bu bağlamda, dernek tüzüklerinde "üye misafirleri" ile ilgili olarak yer verilen "*Misafirin tutum ve davranışlarından davet eden üye, o fiili işlemiş gibi sorumludur"* şeklindeki düzenlemeleri de "sorumluluğun şahsiliği" ilkesi açısından değerlendirmek gerekir. Misafirin işlediği fiilden dolayı onu davet eden üyeye disiplin cezası uygulanması "sorumluluğun şahsiliği" ilkesine aykırı olduğu gibi; "üye" sıfatı bulunmayan "misafir" hakkında tüzükteki dernek cezalarının uygulanması da düşünülemez. Bu nedenle, bu alanda Dernekler Hukuku'na ilişkin disiplin cezası niteliğindeki "dernek cezaları" değil; olsa olsa dernek tesis ve faaliyetlerinden "misafirlerin" de yararlanmasına olanak sağlayan hukuki ilişki çerçevesinde öngörülebilecek "sözleşme cezası" uygulanabilir[30].

---

melik kapsamında cezalandırılmasına ilişkin bir olayda; "meydana geldiği tarihte hukukun öngördüğü koşullara uygun olarak yürürlüğe konulmuş bir disiplin yönetmeliği bulunmaması nedeniyle disiplin cezası uygulanmasına olanak bulunmayan eylemleri, sonradan yürürlüğe konulan bir disiplin yönetmeliği kapsamına alarak disiplin cezasına tabi tutmak hukukun genel ilkeleriyle bağdaşmaz" gerekçesiyle işlemi iptal etmiştir (Danıştay 10. Dairesi Karar Tarihi:12.06.1984,Karar no:84/1262).

29 Nitekim, Danıştay 12. Dairesi'nin 29.3.2007 tarihli ve E.N:2004/1869 ve K.N:2007/1517 sayılı kararında da adı belirtilmese de yine "ceza sorumluluğunun şahsiliği" ilkesi uygulanmıştır; "…Uyuşmazlığın bir günlük aylık kesimi cezasına ilişkin kısmına gelince, olayda, davacının eşinin lojmanda bulunan komşusuyla sık sık kavga ettiği ve tartışmalar yaşandığı soruşturma raporundan anlaşılmakla, davacının bu duruma tepkisiz kaldığı ve eşinin hareketlerini kontrol altında tutamadığı gerekçesiyle dava konusu bir günlük aylık kesimi cezasının verildiği görülmektedir. Bu durumda, dosya içeriği ve soruşturma raporunda davacının kavga ve tartışma olaylarına müdahil olduğu ve bizzat katıldığı yönünde herhangi bir tesbite yer verilmemiş olması karşısında eşine isnat edilen fiiller nedeniyle ve eşinin hareketlerini kontrol edemediği gerekçesiyle tesis edilen işlemde ve davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır. Ayrıca, davacının eşine isnat edilen fiillerin sübutu halinde ancak lojmanlarda uygulanacak esaslara ilişkin mevzuat hükümleri çerçevesinde işlem yapılabileceği de açıktır…", denilerek, memurun eşine isnat edilen fiillerden dolayı sorumlu tutulamayacağına karar verilmiştir.

30 "Üye misafiri" dernek tesislerinden belli bir "ücret" karşılığı yararlanıyorsa (bu

V. Dernek disiplin kovuşturmasının koşulları:

Dernek tüzüğü disiplin kovuşturmasını kısmen usuli nitelikte birtakım koşulların gerçekleşmesine bağlı kılabilir. Disiplin kovuşturması, üyenin aykırı fiilinden etkilenen diğer bir üyenin veya dernek personeli vb. bir üçüncü kişinin şikayette bulunmasını gerektiriyorsa, Ceza Hukuku'ndaki "kovuşturulması şikayete bağlı suçlar" benzeri bir durum söz konusu olur. Ne var ki, dernek cezaları Ceza Hukuku'ndaki anlamında bir "ceza"; derneğin disiplin cezasına ilişkin tasarrufu da "yargısal" bir tasarruf niteliğinde olmadığı için, disiplin suçlarında *şikâyet* ceza kovuşturmasına başlama talebi olarak değil, "*ihbar*" olarak kabul edilir. Bunun doğal sonucu olarak da şikayetin geri alınması Ceza Hukuku'ndaki sonuçları doğurmaz. Dolayısıyla "*şikâyetten vazgeçme"* müessesesi disiplin soruşturmalarında uygulanmaz[31].

Dernek tüzüğünde, bazı *ü y e l e r* bakımından disiplin soruşturmasının başlaması için bu konuda yönetim kurulunun veya başka bir organın "izin vermesi" şartı aranmış olabilir. Dernekler Hukuku'ndaki "eşitlik ilkesi" uyarınca, böyle bir ayrıcalık ancak Medeni Kanun'un 68/I. maddesine uygun olduğu ve haklı ve objektif esaslara dayandığı takdirde mümkündür[32]. Bu ihtimalde üye hakkında disiplin kovuşturmasına başlayabilmesi için, söz konusu kararın alınması beklenir. Bu durum Ceza Hukuku'ndaki kovuşturması "izin" veya "karar" alınmasına bağlı suçlara benzer[33]. Böyle bir düzenlemenin doğal sonucu olarak, disiplin kovuşturması için izni verecek organ ile disiplin kovuşturmasını yapacak organın birbirinden farklı olması gerekir.

Tüzükte disiplin kovuşturması bakımından "disiplin kurulu" veya benzeri bir seçimlik organa yer verilmemişse[34], üye hakkında disiplin kovuşturma-

---

ücret sembolik de olabilir), "misafir" ile dernek arasındaki hukuki ilişki kira sözleşmesi; bedelsiz yararlanma söz konusu ise yerine göre "ariyet sözleşmesi" (Kullanım ödüncü) hükümlerine tabi olur. Bu hukuki ilişki çerçevesinde misafir için belli yaptırımlar (sözleşme cezası) öngörülebilir.

31 Karş. DÖNMEZER/ERMAN, cilt 1, No: 466.

32 Eşitlik ilkesi üyeler arasında farklılık tanımayan mutlak bir eşitlik olarak yorumlanmamalıdır. Buradaki eşitlik, üyeler arasında objektif farklılıkları göz önünde bulunduran göreceli (nisbi) bir eşitliktir. Eşitlik ilkesi, eşit durumdaki üyeler arasında keyfi ayırımlar yapılarak, eşitsizlik yaratacak işlemlerde bulunulmasını yasaklar. Dolayısıyla, üyeler arasında haklı ve objektif esaslara dayanan farklılıklar yaratılabilir. AKÜNAL, sh. 78.

33 DÖNMEZER/ERMAN, cilt 1, No: 463.

34 Medeni Kanun derneklerde zorunlu organları genel kurul, yönetim kurulu ve denetim kurulu olarak belirlemiştir (MK. md. 72). Disiplin kurulu dernekler bakımından zorunlu organ değildir. Oysa, dernekler gibi bir kişi topluluğu olan sendikalar bakımından disiplin kurulu zorunlu bir organdır (2821 sayılı Sendikalar

sının hangi organ tarafından gerçekleştirileceği konusunda Medeni Kanun ve Dernekler Kanunu'nda açık bir düzenleme yer almamaktadır. Tüzükte de bir açıklık yoksa, bu konuda dernek yönetim kurulunun yetkili olduğu kabul edilmelidir. Üyeliğe kabul ve üyelikten çıkarma hakkında son karar merciinin Genel Kurul olması (MK. md. 80), üyelikten çıkarma (ihraç) da dahil olmak üzere üye hakkında verilecek disiplin cezalarında yönetim kurulunun yetkili sayılmasına engel değildir. Nitekim, MK.'nin 80. maddesinde *"Genel kurul, üyeliğe kabul ve üyelikten çıkarma hakkında son kararı verir"* denilmiş olmasına rağmen, 64. maddede "*üyelik başvurusu dernek yönetim kurulunca (...) karara bağlanır*" demek suretiyle, üye alma konusundaki kararın yönetim kuruluna ait olduğunu ifade edilmiştir.

Genel Kurul'a tanınan üyelikten "çıkarma hakkında son kararı verme" yetkisi, genel kurulun derneğin en üst yönetim ve denetim organı olarak, diğer tüm dernek organlarının alacağı kararlar bakımından son denetim ve karar organı olmasının gereğidir (MK. md. 80/II)[35].

VI. Dernek disiplin soruşturması ve Ceza Muhakemesi Hukuku ilkeleri

1) ***Savunma hakkı***: Dernekler Hukuku'na ilişkin yasal düzenlemelerde bu konuda bir hüküm bulunmamasına rağmen, hakkında dernek cezası uygulanacak üyeye savunma hakkının verilmesi gereği doktrin ve uygulamada oybirliği ile kabul edilmektedir[36]. Hukuk Genel Kurulu daha 1958 yılında verdiği bir kararda, bu konudaki İsviçre Federal Mahkemesi kararlarını da örnek göstererek, savunma hakkının üye bakımından temel hak olduğunu vurgulamıştır[37].

İsviçre doktrin ve uygulamasında savunma hakkı, özellikle üyenin dernekten ihracı (üyelikten çıkarılma) kapsamında tartışmalı bir süreç geçirmiştir. Başlangıçta savunma hakkını temel bir hak (*droit primordial*) olarak nitelendiren İsviçre Federal Mahkemesi[38], daha sonra bu görüşünü bir ölçüde sınırlamak suretiyle, üyelikten çıkarılma şartlarının kesin olarak (tartışmasız) saptanabildiği durumlarda, üyenin dinlenmiş olmasına gerek bulunmadığına karar vermiştir[39].

Kanunu md. 9). Zorunlu bir organ olmamasına karşın, uygulamada dernek tüzüklerinde disiplin kuruluna yaygın olarak yer verilmektedir.

35 Karş. ENGİN, sh. 133.

36 HGK. 10.3.1958, 3919/ 1264 (TİK. 1958, sh.7).

37 BGE 40 II 379.

38 BGE 44 II 82. Federal Mahkeme'nin bu görüşü İsviçre doktrininde de benimsenmiştir. EGGER, Kommentar für Schweiz. ZGB, Art. 72, Nr. 7.

39 KELLER Andreas, Die Ausschliessung aus dem Verein, Zürich 1979, sh. 206-207.

Savunma hakkı sadece üyelikten çıkarılma koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin tartışmalı olduğu durumlar için kabul edilir ve üyenin savunmasının alınması tartışmalı bir durumun varlığına bağlanırsa, savunma hakkının koruyucu etkisi ortadan kalkar. Bu nedenle, üye kendini savunma olanağı tanınmadan üyelikten çıkarılmışsa, durumun tartışmasız olmadığını tespit eden mahkeme, çıkarma kararını şekil yönünden iptal edebilir[40]. Ne var ki, üyenin disiplin soruşturması sırasında ceza soruşturmasında olduğu gibi "resmi merci" önünde bizzat hazır bulunarak dinlenmiş olması gerekmez. Üyenin, hakkındaki disiplin soruşturmasına yönelik itiraz ve savunmalarını, hakkındaki çıkarma kararından önce herhangi bir şekilde ortaya koyabilmiş olması savunma hakkı bakımından yeterli sayılmalıdır[41]. Üye savunma hakkını kullanmaktan feragat dahi edebilir. Savunma hakkından açık bir şekilde feragat edilebileceği gibi, üye kendisine tanınan savunma hakkını kullanmamak suretiyle de bu hakkından zımni olarak da feragat edebilir[42].

2) Yargı kararlarının herkesi inandıracak ve üst mahkemelerin denetimine olanak verecek biçimde ***gerekçeli*** olması gerekir. Anayasamızın 141. ve CMK'nın 34. ve 230. maddeleri uyarınca hâkim ve mahkeme kararları gerekçeli olmak zorundadır.

Yargı yetkisinin kullanılmasında, muhtemel hatalarının bireylere zarar vermesini önlemek maksadıyla kabul edilen bu ilke, dernek cezaları bakımından da geçerlidir. Dernek disiplin kararları da ***"gerekçe"***li (expression des motifs) olmalıdır. Gerekçe zorunluluğu, disiplin cezası ile ilgili kararının metninde bu disiplin cezasının verilmesine yol açan hukuki ve fiili sebeplerin açıklanmasını gerektirir.

3) Cezalandırma işlemiyle sağlanması beklenen *yarar* ile, bu işlemin olumsuz sonuçları arasında *makul bir oranın* bulunmasını, oransızlık durumunda işlemin *yapılmamasını* ifade eden ilkeye ***"ölçülülük ilkesi"*** *adı verilir.*

Dernek cezaları bakımından ölçülülük ilkesi, "*suç*" ile *"ceza"* arasında adil bir dengenin bulunması anlamına gelir[43].

---

40 BGE 85 II 543.

41 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 130. maddesinde "Devlet memuru hakkında savunması alınmadan disiplin cezası verilemez. Soruşturmayı yapanın veya yetkili disiplin kurulunun 7 günden az olmamak üzere verdiği süre içinde veya belirtilen bir tarihte savunmasını yapmayan memur, savunma hakkından vazgeçmiş sayılır" denilmektedir.

42 Disiplin cezalarına ilişkin Danıştay kararlarında da"adil denge", "gerekli denge", "adil bir oran", "fiil ile ceza arasında uyum" gibi kriterlere yer verilmek suretiyle "ölçülülük ilkesine" sıklıkla değinilmektedir.

43 ENGİN, sh. 149.

4) ***Yargı Yolu Güvencesi:***

Dernek üyeliğinden çıkarılma (kesin ihraç) dışındaki dernek cezalarına karşı dernek içi veya dernek dışı itiraz ve denetim olanaklarına Medeni Kanun'da yer verilmemiştir.

Oysa, Anayasamızın (değişik) 129/3.maddesi "*Disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz*" kuralına yer vererek, memurların disiplin işlemleri bakımından yargı yolu güvencesini tanımıştır. Anayasa'nın bu düzenlemesi uyarınca, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 135/1.maddesinde "*Disiplin amirleri tarafından verilen uyarma, kınama ve aylıktan kesme cezalarına karşı disiplin kuruluna, kademe ilerlemesinin durdurulması cezasına karşı yüksek disiplin kuruluna itiraz edilebilir*" denilmek suretiyle itiraz hakkı düzenlenmiş, 135/5. maddesinde de "*Disiplin cezalarına karşı idari yargı yoluna başvurulabilir*" denilmek suretiyle yargı güvencesi sağlanmıştır.

Dernek cezaları bakımından da, üyeye gerek dernek içi koruma yolları, gerekse yargısal koruma olanağı tanınmalıdır. Tüzük, dernek içi itiraz makamı olarak belli bir organı yetkili kılmış olabilir. Bu takdirde, üyenin hakkında verilen disiplin cezasına karşı bu organa başvurarak, itiraz hakkını kullanması gerekir. Dernek içi itiraz makamı öngören tüzük hükmü bu itirazın usulü hakkında bir takım hükümler ve sınırlamalar da öngörmüş olabilir. Ancak, tüzükte aksine bir hüküm olmadıkça dernek içi itiraz makamının kontrol yetkisinin sınırsız olduğu kabul edilmelidir[44].

Tüzükte böyle bir itiraz makamı öngörülmemiş olsa dahi, derneğin en yüksek karar ve denetim organı olan genel kurula başvurmak mümkündür. Zira, genel kurul diğer organların yetkisine giren konularda da derneğin en üst karar ve denetim organıdır (MK md. 80/II)[45].

Dernekler uygulamasında üye hakkında verilecek "uyarma" ve "kınama" cezaları ile, "üyelikten geçici çıkarılma" (geçici ihraç) kararlarının kesin oldu-

---

44 REİCHERT/DANNECKER/KÜHR, sh. 104/105; ÖZSUNAY Ergun, Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, (5.Bası), sh. 172, AKÜNAL, sh. 86.

45 Doktrinde dernek tüzüğünde disiplin kurulu kararının kesin olduğuna ilişkin bir düzenlemeye yer verildiği için disiplin kurulu kararına karşı genel kurula itiraz yolu kapanmış, böylece dernek içi denetim olanağı ortadan kaldırılmış ise, disiplin kurulunun bu şekildeki kesin (nihai) kararlarına karşı da iptal davası açılabilmesi gerektiği ileri sürülmektedir (ERGİN,Dernek Disiplin Kurulu Tarafından Verilen Geçici İhraç Kararına Karşı İptal Davası Açılamayacağına Dair Yargıtay Hukuk Genel Kurul Kararı'nın Düşündürdükleri, İHFM, cilt 61 (2003), sayı 1-2, sh. 277 (298). Beyoğlu 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin (Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 2.4.2001 tarihli 2001/372-4965 sayılı ilamı ile BOZULAN) 7.12.2000 tarih ve 2000/147-703 sayılı kararının da bu görüşü yansıttığı anlaşılmaktadır. (Bkz. HGK 8.5.2002 tarih ve E.2002/2-300, K.2002/385 (YKD 2002/12, sh. 1792).

ğu; buna karşın dernek içi itiraz yolları da dahil olmak üzere, yargısal denetim olanağının sadece "dernekten çıkarılma" (kesin ihraç) kararları için öngörüldüğü gözlenmektedir[46].

Medeni Kanun'un 83/II. maddesi *"Diğer organların kararlarına karşı, dernek içi denetim yolları tüketilmedikçe iptal davası açılamaz"* demek suretiyle, ancak genel kurul kararlarına karşı yargı yoluna gidilebilmesine olanak tanımıştır. Bu düzenlemenin temelinde, dernek içindeki uyuşmazlıkların mümkün olduğunca dernek içinde çözümlenmesi ilkesi vardır[47].

"Üyenin", hakkında alınan çıkarma kararına (kesin ihraç) karşı genel kurula itiraz edebilmesi ve genel kurulun çıkarma konusunda "son kararı" verecek olması (MK. md. 80), yönetim kurulu veya disiplin kurulu tarafından verilen "kesin ihraç" kararına rağmen, üyeliğinin devam ettiğini gösterir. Zira, üyeliği sona eren kişinin genel kurula itiraz hakkı da olamaz! Medeni Kanunun 80/I. maddesindeki "Genel kurul, ... üyelikten çıkarma konusunda s o n kararı verir" ibaresi de bu görüşü desteklemektedir.(44) Medeni Kanun'un " Genel kurul, üyeliğe kabul ve üyelikten çıkarma hakkında son kararı verir" (md.80) hükmü karşısında, genel kurulun bu konudaki "son kararından" önce üyelik sona ermiş sayılmayacağı için, ortada bir dava konusu da bulunmayacaktır[48].

Tek taraflı bir hukuki işlem olan çıkarma beyanı (genel kurulun üyenin itirazını reddeden kararı), üyeye varmakla hüküm doğurur ve bu andan itibaren üyelik ilişkisi sona erer[49]. Söz konusu karar aleyhine iptal davası açılmış olmasının çıkarma kararının geçerliliği üzerinde bir etkisi yoktur. Çıkarma kararı, ancak mahkemenin vereceği iptal hükmü ile geriye etkili olarak ortadan kalkar. O ana kadar geçerliliğini korur[50].

---

46 ENGİN, a.g.e. sh. 156.

47 Esasen, zorunlu organların görev, yetki ve sorumluluklarının oluşturulacak ihtiyari organlara devredilmesini yasaklayan MK.'nın 72/II. maddesi karşısında genel kurula ait bulunan "çıkarma konusunda son kararı verme" yetkisinin disiplin kuruluna devredilebilmesi yasal olarak mümkün olamaz.

48 "Verilen ceza dernek hiyerarşisinde son merci olan genel kurulda görüşülüp değerlendirilmedikçe kesinleşmiş kabul edilemez" (HGK. 8.5.2002 E. 2002-2-300, K.2002/385 (YKD 2002/12, sh. 1792 (1794).

49 Dernek tüzüğüne konulacak bir hükümle disiplin kurulu veya yönetim kurulu tarafından verilecek üyelikten çıkarma (kesin ihraç) kararlarının kesin olduğu ve karar tarihinden itibaren hüküm doğuracağı kararlaştırılmış olsa dahi, üyelik ilişkisi genel kurula yapılacak itirazın karara bağlanmasına kadar devam eder ve ancak genel kurulun itirazın reddine ilişkin kararı ile sona erer. Bu durumun ortaya çıkarabileceği olumsuzlukları önlemek üzere, tüzükte disiplin soruşturmasının "tedbirli olarak" yürütülmesine ilişkin bir düzenlemeye yer verilebilir.

50 ENGİN, a.g.e. sh. 158.

SONUÇ

Bir kişi topluluğu ("*universitates personarum*") olan derneğin üyesi hakkında disiplin cezası verme yetkisi, dernek ile üye arasındaki üyelik ilişkisinden kaynaklanan ve temellerini "dernek özgürlüğü" ilkesinde bulan ayrıcalıklı bir yetkidir. Bu yetki "dernek" ile "üye" arasındaki hiyerarşik ilişkinin bir uzantısıdır. Üye, derneğe üye olmakla tüzüğe uymayı, derneğin tüzükte öngörülen amaçlarını gerçekleştirebilmesi için verimli, etkin ve yararlı bir biçimde çalışmasını sağlamayı, derneğin onur ve saygınlığını korumayı kabul ve taahhüt etmiş; derneğin bu konularda tüzükte öngörülen yaptırım yetkisini tanımış olmaktadır.

Üye hakkında "disiplin cezası" niteliğindeki dernek cezaları, Ceza Hukuku anlamında bir "ceza"; derneğin üyesi hakkındaki disiplin cezasına ilişkin tasarrufu da "yargısal" bir tasarruf niteliğinde olmamasına rağmen, bu yetkinin kullanılmasında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku ilkelerine uygun davranılması gerekir. Memur Hukuku'ndaki "disiplin cezaları" ile ilgili yargısal içtihatların giderek Ceza ve Ceza Muhakemesi ilkeleri ışığında geliştiği gözlenmektedir. Söz konusu içtihatlardaki bu olumlu gelişmenin, dernek disiplin cezaları bakımından da yön gösterici bir işlevi olduğu kabul edilmelidir.

Kuvvet Kullanma Tehdidi Yasağına İlişkin Analiz...

*Füsun ARSAVA**

ÖZET

BM anlaşması kuvvet kullanma yanısıra kuvvet kullanma tehdidini de yasaklamıştır. Bununla beraber uygulamada kuvvet kullanma tehdidi yasağı gözardı edilerek, kuvvet kullanma yasağı üzerinde durulmaktadır. Hazırlanan makale hangi kriterlerin tamamlayıcı olarak biraraya gelmesi halinde BM anlaşmasının öngördüğü kuvvet kullanma tehdidi yasağının kabul edilebileceğine ilişkin bir perspektif sunmaktadır.

Anahtar kelimeler: Kuvvet kullanma tehdidi kriterleri, tarihi nedenler, tanım denemeleri

ABSTRACT

The Charter of UN prohibits the use of force together with threat of use of force. Nevertheless in practice use of force is emphasized while threading of use of force is ignored. This article presents a perspective concerning which criteria that convenes complementarily makes admissible the prohibition of threat of use of force provided by The Charter of UN.

Key words: Criteria of threat in using of force, historical reasons, definition attempts.

27 Ekim 2005'te İran devlet başkanı Ahmedi Nejat'ın Tahran'da üniversite öğrencilerine hitaben yaptığı bir konuşmada, İsrail'in haritadan silinmesi gerektiği şeklinde, yaptığı değerlendirme uluslararası camida büyük yankı uyandırmıştır (bknz. Süddeutsche Zeitung, 15/16 Mart 2008). Fransa derhal İran büyükelçisini Dışişleri Bakanlığına davet etmiştir. İngiltere dışişleri bakanı ve Alman dışişleri bakanı, aynı paralelde bu beyanın kabul edilemez olduğunu ifade etmişlerdir.

Ancak batılı, demokratik anlayışa sahip kimi başka politikacıların da Ahmedin Nejat'a benzer üsluplar kullandığı görülmektedir. Örneğin Amerikan başkanı uzun zamandır İran'a "……*that military action is still*

---

* Prof. Dr., Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Öğretim Üyesi
Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

on the table if it fails to respond to tightening diplomatic pressure to abandon its nuclear weapons program" şeklinde (Colin Brown, Bush threatens Iran with military action. The Independent, 17 Haziran 2008), yine Çin hükümetinin diplomatik olmayan bir uslupla ABD'yi (Petrick Tyler, China warns US to keep a way from Taiwan Strait, New-York Times, 18 Mart 1996) uyarıları, Rusya'nın ve Gürcistan'ın Ağustos 2008 savaşı öncesi karşılıklı beyanları kuvvet kullanma tehdidi içeriklidir. Devlet yetkililerinin ve danışmanlarının çoğu, beyanatlarının hukuki etkisinin bilincinde gözükmemektedir. Bu beyanatlar, münferit durumun koşullarına bağlı olarak BM Şartı'nın hükümlerini, özellikle kuvvet kullanma yanısıra kuvvet kullanma tehdidinde bulunmayı da yasaklayan madde 2(4) ihlâl etmektedir.

Akademik dünya yoğun bir şekilde kuvvet kullanma yasağı ile uğraşırken, kuvvet kullanma tehdidi yasağı konusu ihmâl edilmektedir Kuvvet kullanma tehdidi yasağından BM anlaşmasının 2.madde, 4. fıkrasına göre ne zaman söz edilebileceği tam açık değildir. Kuvvet kullanımı tehdidinin bulunduğu nasıl anlaşılacaktır? Bu çerçevede iki açıklama anlamlı gözükmektedir. Kuvvet kullanma tehdidi herzaman açık değildir. Başkan Ahmedin Nejat'ın açık ifadesi bu duruma istisnadır. Kuvvet kullanma durumundan farklı olarak, tehdidin kural olarak sübjektif alanda kalması kuvvet kullanma tehdidinin kabulünü zorlaştırmaktadır. Kuvvet kullanma yasağı konusu akademik çalışmaların odağını oluştururken, kuvvet kullanma tehdidi konusunun ihmal edilmesi "in many cases the threat merges with the subsequent use of force leaving any legal evaluation to be based on that use force rather than the preceding threat" şeklinde açıklanmaktadır. Kuvvet kullanma tehdidi kavramının somut tanımı sadece akademik bakış açısından değil, BM Şartı'nın etkin ve pürüzsüz fonksiyonu için de gereklidir. Sadece açık olarak tanımlanan unsurlar BM'in ana amacı olan dünya barışı ve uluslararası güvenliğin korunması için gerekli normatif çerçeveyi sağlayabilir.

Kuvvet kullanımı yasağının tarihi nedenleri

20 yy. başlarına kadar kuvvet kullanımı ve kuvvet kullanma tehdidi uluslararası politikada olağan bir araç olarak geçerli olmuştur. Kuvvet kullanmayı belli koşullara bağlayan gayretler, 20 yy. başından itibaren başlamıştır. Özellikle I.Dünya Savaşı'nın ızdırap veren tecrübeleri, savaş fenomeninin temelden değerlendirilmesine yol açmıştır. Bu devrim, bu alandaki yeni hukuki gelişmeleri sağlamıştır. Bu nedenle I. Dünya savaşı ertesi Milletler Cemiyeti kurulmuştur. Bununla beraber Milletler Cemiyeti Misakı, kuvvet kullanma konusunda oldukça zayıf düzenlemeler yapabilmiştir (Michael Herdegen, Völkerrecht, 2004, s.226). Milletler Cemiyeti Misakı, genel bir kuvvet kullanma yasağı öngörmemiştir. Savaşın hukuken önlenebilmesi için ilk adım 1928 tarihli Briand-Kellog Pakt ile atılmıştır. Bu pakt

prensip olarak Fransa'nın yeni bir Alman saldırısından korunması amacıyla yapılmış olsa da; Pakt'ın 1.maddesinde Pakt tarafları, savaşı uluslararası uyuşmazlıkların çözüm aracı olarak reddetmiş ve savaşın karşılıklı ilişkilerinde ulusal politika aracı olarak kullanılmasından vazgeçmişlerdir. Milletler Cemiyeti Misakı'nın ve Briand-Kellog Paktı'nın etkin bir yaptırım sistemi oluşturmaması nedeniyle etkisinin de sınırlı kalması söz konusu olmuştur. Bu boşluğu 1945 tarihli BM Şartı doldurmuştur. Bu Şart, üyelerine kapsamlı bir şekilde kuvvet kullanma ve kuvvet kullanma tehdidinde bulunma yasağı getirmiştir.

Kuvvet kullanma tehdidi yasağının tanım denemesi

BM anlaşmasının 2.madde 4.fıkrası; devletlerin toprak bütünlüğüne, siyasi bağımsızlığına yönelik yahut BM amaçlarıyla bağdaşmayan kuvvet kullanılmasını ve kuvvet kullanma tehdidini yasaklamıştır. Kuvvet kullanma tehdidi BM Şartı'nda yakından tanımlanmamıştır (1945 tarihli San Fransico hazırlık çalışmaları da bu konuya ışık tutmamaktadır). Bu nedenle kuvvet kullanma tehdidi yasağının içeriğinin yorum yoluyla ortaya konulması gerekmektedir.

Etimolojik olarak tehdit kavramı (Leipzig Üniversitesi Lexikon'unda, bir kişiye karşı bu kişinin gelecekteki davranışını etkilemek amacıyla rahatsızlık verici önlemlerin alınacağının inandırıcı olarak bildirilmesidir; bknz.: Wortschatzlexikon der Universität Leipzig, http://www.wortschatz-uni-leibzig.de/Abfrage/.) İngilizce "threat", Latince "trudere" fiiline dayanmaktadır (bknz.: http://www.auxilium-online.net/wb/formenanalyse.php#wokabel 1). Merriam Webster English Dictionary bknz.: http:// www.merriam-webster.com\\dictionary/threat, Cambridge Advanced Learners Dictionary, bknz.: http:// dictionary,cambridge.org/ define.asp?key=82732&dict= CALD). Ian Brownlie, 1963 tarihli "International Law and the use of Force by States" adlı eserinde kuvvet kullanma tehdidini "an express or implied promise by a government of a resort to force conditional on non-acceptance of certain demands of that government" olarak tanımlanmıştır (Ian Brownlie, International Law and the use of Force by States, 1963, s.364). Söz konusu metinlerde kuvvet kullanımı tehdidini oluşturan ortak unsurlara işaret edildiği görülmektedir. Bu unsurlar aşağıda ele alınacaktır.

Açık yahut zımni olarak ilerde kuvvet kullanılacağının bildirilmesi

Kuvvet kullanma tehdidinden söz edebilmek için ilk sırada açık yahut zımni olarak kuvvet kullanılacağının bildirilmesi gerekmektedir. Bu bildirimin ne şekilde yapıldığı önemli değildir. Uluslararası Hukuk Komisyonunun

görüşüne göre bu tehdit "declarations, that is to say expressions made public in writing or orally; communications, that is to say messages sent by the authorities of one government to the authorities of another government, by no matter what means of transmission; and finally, demonstrations of force such a concentrations of troops near the frontier" (International Law Commission Yearbook, 1989, Vol.II, Part II, s.68) şeklinde ortaya çıkabilir.

Açık ve özel olarak bildirme

Açık ve özel olarak bildirme durumlarında tereddüt ortadan kalkmaktadır. Bu çerçevede geleneksel örnek ültimatom verilmesidir. Ültimatom "a written communication by one state to another which ends amicable negotiations respecting a difference, and formulates, for the last time and categorically, the demands to be fulfilled if other measures are to be averted" (Lassa Oppenheim, International Law: A Treatise; Vol.II, 1952, s.295). Tipik bir ültimatom örneğini Fransa ve İngiltere'nin 30 Ekim 1956 tarihli, Süveyş Kanalı krizi sırasında Mısır'a gönderdikleri ültimatom vermektedir. Bu ültimatomda Mısır'dan 24 saat içerisinde kanal bölgesinden geri çekilmesi ve İngiliz ile Fransız birliklerine kanal boyunca yerleşmelerine izin vermesi talep edilmiştir. Aktüel bir başka örneği NATO'nun 13 Ekim 1998 tarihli operasyon emri teşkil etmektedir. Bu operasyon emrinde Sırbistan'ın 1199 sayılı BM Güvenlik Konseyi kararını 96 saat içinde yerine getirmemesi halinde hava saldırısı yapılacağı bildirilmiştir. Her iki ültimatomda da görüldüğü üzere tereddütsüz, Uluslararası Hukuk Komisyonu tasarısında yer aldığı şekilde, bir tehdit söz konusudur (ILC Yearbook 1989, Vol.II, Part II, s.68'de communication "messages sent by the authorities of one government to the authorities of another government indicating that force will be used if certain demands are not complied with" şeklinde tanım yapılmıştır).

Açık bir şekilde genel olarak bildirme

Birçok örnekte de bildirimin açık-genel nitelikte olduğu görülmektedir. Bu tür formülasyonlar, tipik bir şekilde Kuzey Atlantik anlaşmasında olduğu gibi, savunma paktlarında karşımıza çıkmaktadır (Romana Sadurska, Threats of Force, American Journal of International Law 82, 1988, s.243). Kuzey Atlantik anlaşması 5.maddesinde bir anlaşma tarafına karşı silahlı bir saldırı yapılması durumunda diğer anlaşma taraflarının, kuvvet kullanılması da dahil olmak üzere, Kuzey Atlantik bölgesinde güvenliği yeniden tesis ve muhafaza için gerekli gördükleri önlemleri alabileceği kabul edilmektedir.

Şüphesiz bu tür formülasyonlar uluslararası anlaşmalarla sınırlı değildir. Bu formülasyonların 2002 tarihli Amerikan "Service Members Protection Act"te olduğu gibi ulusal yasama tasarruflarında da kullanıldığı görülmektedir [kanunun section 2008'unun "The US will use all means necessary and

appropriate to bring about the release of any US citizen being detained or imprisoned by, on behalf of, or at the request of the International Criminal Court" şeklindeki diplomatik olmayan bu formülasyonu, kanunun "The Hague Invasion Act" olarak anılmasına yol açmaktadır. Sec. 2008 American Servismembers Protection Act, 2003 için bknz.: http://www.state.gov/t/pm/rls/othr/misc/23425.htm]. Benzer bir mesaj Tayvan'ın ayrılmasına ilişkin 2005 tarihli Çin kanununun 8.maddesinden istihraç edilmektedir ("In the event that the Taiwanese Independence' secessionist forces should act under any name or by any means to cause the fact of Taiwan's secession from China, or that major incidents entailing Taiwan's secession from China should occur, or that possibilities for a peaceful reunification should be completely exhausted, the state shall employ non-peaceful means and other necessary measures to protect China's sovereignty and territorial integrity" hükmünü öngören kanun için bknz.: http://news.xinhuanet.com/english/2005-03/14/content.2694317. htm.).

Zımni bildirim

Tehdidin mutlaka açık olması gerekmemektedir. Açık olarak ifade edilmeksizin de, örneğin askeri manevraların yapılması, birliklerin potansiyel muhataba yakın yerde yerleştirilmesi, roketlerin hedef devlete yakın konuşlandırılması ile de tehdit yapılabilir (Romana Sadurska, Threats of Force, American Journal of International Law 82, 1988, s.243). Bu tür zımni tehditler açık tehditlere nazaran daha etkindir. Bir devletin diğer bir devleti açık tehdidi, muhatap devleti tehdide uyma yönünde baskı altına alır. Bu tehdidi kural olarak bir diğeri takip eder. Bu tehdit ve baskıların artarak devam ettiği süreçte uyuşmazlığın barışçı yollarla çözümü olanaksızdır. Zımni tehditler, açık tehditlerden farklı olarak, tehditlerin artarak devam ettiği dinamik süreci önlemektedir. Rusya'nın İskender roketlerini Kaliningrad yakınında (Polonya sınırına yakın) konuşlandırması bunun güzel bir örneğidir. Bu konuşlandırmadan çıkan mesaj, Amerikan roketlerinin Doğu Avrupa'ya yerleştirilmesi durumunda Rusya'nın kaçınmaksızın kuvvet kullanacağıdır. ILC'a göre bu tür davranışlar özellikle "demonstrations of force such as concentrations of troops near the frontier"in BM anlaşması 2.madde 4.fıkrası anlamında prensip olarak kuvvet kullanma tehdidi oluşturmakla beraber; manevranın cereyan ettiği koşullar, manevranın daha önceden bildirilmesi, manevranın sıklığı, ilgili devletler arasındaki genel siyasi hava, yapılan davranışların somut olayda tehdit olarak algılanmasında dikkate alınacak diğer hususları oluşturmaktadır.

Bir devletin genel olarak silahlanması, Uluslararası Adalet Divanı'nın Nikaragua davasında belirttiği gibi (1986) zımni kuvvet kullanma tehdidi oluşturmamaktadır (Case Concerning the Military and Paramilitary

Activities in and against Nicaragua (Nicar.v.US), Merits, 1986 ICJ Reports 14, § 269). Bir devlet, prensip olarak askeri donanımının tür ve kapsamı konusunda serbest olarak karar verme yetkisine sahiptir. Bu yetki uluslararası hukukta kabul edilen egemenlik prensibinin bir sonucudur (Torsten Stein/Christian v.Buttler, Völkerrecht 2005, s.187). Şüphesiz uygulamada genel silahlanma ile "specific military build-ups" arasında ayrım yapmak oldukça zordur. Normal ve periyodik bu manevra çerçevesinde birliklerin, hasmane ilişkilerde bulunan devletin sınırına yakın bir yerde konuşlandırılması nasıl değerlendirilecektir; yapılan manevra meşru genel bir askeri manevra sayılacak mıdır? Yoksa zımni bir tehdit midir? UAD, Nikaragua davasında ABD ve Honduras tarafından ortak olarak yürütülen manevraları kuvvet kullanma tehdidi olarak değerlendirmemiştir. Mahkeme, askeri bir manevranın kuvvet kullanma tehdidi olarak kabul edilmesi için hangi kriterlerin yerine getirilmesi gerektiği hususunu ele almamıştır. Mahkeme, ABD'nin kuvvet kullanma yasağını ihlâl ettiğini kabul etmemesi nedeniyle bu incelemeyi yapmayı gerekli görmemiştir. UAD, "Nuclear Weapons Case (1996)'da sadece atom silahlarına sahip olunmasını zımni bir kuvvet kullanma tehdidi olarak kabul etmiştir (Legality of the Threat or use of Nuclear Weapons, 1996 ICJ Reports 226, § 48). Mahkeme, burada kuvvet kullanma tehdidinin kabulünde sadece atom silahlarına sahip olmayı mı, yoksa konvansiyonel kitle imha silahlarına sahip olmayı mı kuvvet kullanma tehdidi olarak kabul ettiğini açıkça ortaya koymamıştır. Zımni tehdidin kabulü, doğasına uygun olarak, zor gerçekleşmektedir. Bu durum UAD'nin bu çerçevede somut bir yorum yapmak istememesi ile de teyit olmaktadır (UAD, Nikaragua davasında Amerika'nın davranışının kuvvet kullanma tehdidi oluşturmadığını özel olarak açıklamadığı gibi, hangi koşulların genel olarak kuvvet kullanma tehdidinin kabulünde gerekli olduğunu da belirtmemiştir). Mahkemenin bu konudaki kararları arasında bir tutarlılık da bulunmamaktadır. UAD, Nikaragua davasında ülkenin genel olarak silahlanmasını kuvvet kullanma tehdidi olarak görmezken; nükleer silahlar davasında atom silahlarına sadece sahip olmayı zımni kuvvet kullanma tehdidi olarak kabul etmiştir. Bir davranışın zımni olarak kuvvet kullanma tehdidi oluşturup oluşturmadığı, eylemin yapıldığı yer, zaman, askeri manevraların sıklığı dikkate alınarak değerlendirilecektir. Özellikle ilgili devletler arasında geçerli genel siyasi ilişkiler bu değerlendirmede önemli rol oynayacaktır.

İnandırıcılık

BM anlaşmasının 2.madde 4.fıkrası anlamında kuvvet kullanma tehdidinden söz edebilmek için, kuvvet kullanma tehdidinin inandırıcı gözükmesi gerekmektedir. Bu kriter inter alia ILC Draft code of Offences against Peace and Security of Mankind'ın 13.maddesinden istihraç edilmektedir. Bu madde, "that the measures in question, including the declarations, communications,

and demonstrations of force, must be such as would give good reason to the government of a state to believe that aggression is being seriously considered against it" (ILC Draft Code of Offences against Peace and Security of Mankind, International Law Commission Yearbook 1989, Vol.II, Part II, s.68) hükmünü öngörmektedir. Bu unsura UAD, nükleer silahların kullanılmasına ilişkin istişari mütalâasında (1996) yer vermiştir (bknz.: Advisory Opinion on the Legality of the Threat or use of Nuclear Weapons, 1996 ICJ Reports 226, §47). Tehdidin inandırıcı olarak kabul edilmesi, tehdidi yapan devletin tehdidi gerçekleştirme kapasitesi ve bu konuda sahip olduğu irade esas alınarak değerlendirilecektir.

Kapasite kriteri

Tehdit yapan devlet teknik ve jeopolitik olarak tehdidini gerçekleştirme konusunda karar verme olanağına sahipse bu kriterin yerine geldiği kabul edilir. Diğer bir ifade ile tehdit eden devletin olayların akışını belirleme kapasitesine sahip olması gerekmektedir. Örneğin, mikro bir devletin süper bir devleti nükleer silahlarla yok edeceği tehdidini yapması bu devletin nükleer silah üretmemesi ve bunları kullanma olanağı olmaması nedeniyle inandırıcı gözükmemektedir. Bu kriterin önemli bir fonksiyonu bulunmaktadır. Bu kriter, BM anlaşması 2.madde 4.fıkrasında düzenlenen kuvvet kullanma tehdidi ile hukuki açıdan bir önemi bulunmayan uyarı arasında ayrım yapılmasını temin etmektedir. Tehdit durumunda, bildirilen sonuçların ortaya çıkması sadece tehdit edenin iradesine bağlıdır. Uyarı durumunda ise sonuçların ortaya çıkması uyarıyı yapanın iradesine bağlı değildir (BGH, Neue Juristische Wochenschrift 1957, s.588).

Ciddiyet – kararlılık

İlgili devletin ciddi bir şekilde bildirilen kuvvet kullanımını gerçekleştirme konusunda kararlı olması gerekmektedir. Bu kriter ILC Draft Code'a istinat etmektedir. "…… *threats of aggression consisting of declarations, communications, demonstrations of force or any other measures which would give good reason to the government of a state to believe that aggression is being seriously contemplated against that state"* (Art.13 of the ILC Draft Code of Offences against Peace and Security of Mankind, International Law commission Yearbook 1989, Vol.II, Part II, s.68). Gerekli ciddiyetin bulunup bulunmadığını değerlendirmek doğal olarak kolay değildir. İlgili devletin daha önce yaptığı beyanatlar ve davranışlar önemli esaslar olarak bu çerçevede değerlendirilmektedir. Örneğin Irak'ın geçmişteki saldırgan tutumu, 1994'te Kuveyt'te kuvvet kullanma konusunda kararlı olduğu izlenimini yaratmıştır. Bu çerçevede ciddi kararlığın bulunup bulunmadığını değerlendirirken dikkate alınması gereken bir husus da alınacak önlemler hakkında kamu oyunun desteğinin olup olmamasıdır.

Talep

BM anlaşması 2.madde 4.fıkrasına göre bir kuvvet kullanma tehdidinden söz edebilmek için bu tehdidin bir taleple bağlantılı olarak gündeme gelmesi gerekmektedir. Bu çerçevede yapılan talepleri iki kategoride ele almak mümkündür. Bunlar zorlayıcı talepler ve belli bir davranışta bulunmaktan caydıran taleplerdir. Zorlayıcı taleplerde amaç öncelikli olarak muhatap devleti belli bir tasarrufa yöneltmektir. Örneğin, bir kişinin iadesini sağlamak talebin konusunu oluşturabilir (Nikolas Stürchler, The Threat of force in international law, 2007, s.58). Caydırıcı taleplerde ise muhatabın belli bir davranışı yapamaması istenir (örneğin bir anlaşmayı imzalamaması). Her iki durumda da kuvvet kullanma tehdidinin kuvvet kullanımına dönüşmemesi için talebin yerine getirilmesi gerekmektedir.

Bu kriter diğerleri yanısıra UAD'nın Nikaragua (1986) kararına istinat etmektedir. Nikaragua davasında mahkeme, "a threat of force derives its wrongful and unlawful character from the element of coercion which must be established" vurgusu yapmıştır (Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicar. v. US) (Merits) 1986 ICJ Reports 14,108). Fransız hükümeti, Nuclear Weapons Case'de (1996) vermiş olduğu yazılı görüşünde kuvvet kullanma tehdidinin bir talep içermesi üzerinde durmuştur. İran elçisi de paralel bir görüş ortaya koymuştur (Nuclear Weapon Case, Verbation Record, CR 95/29, s.27, http://www.icj-cij.org/docket/files/95/5939.pdf.). Nihayet, ILC Draft Code of Offences against Peace and Security of Mankind'ın 13.maddesine ilişkin yorumunda tehdidi "act's undertaken with a view to making a state believe that force will be used against it if certain demands are not met by that state" olarak açıklamıştır (Internationa Law Commission Yearbook 1989, Vol.II, Part II, s.68).

Kuvvet kullanma tehdidinin bir talep içermesi gerektiğine ilişkin görüşün kabul edilmesi, talep içermeyen tehditlerin BM anlaşmasının 2.madde 4.fıkrasının uygulanma alanı dışına çıkarılmasına yol açabilir. Ancak, bu durumun BM'nin kuvvet kullanma ve kuvvet kullanma tehdidinde bulunma yasağı iradesine uygun olduğunu söylemek imkansızdır. BM anlaşmasının 2.madde 4.fıkrasının lâfzında talebin kuvvet kullanma tehdidinin bir unsuru olarak öngörüldüğüne ilişkin ipucu bulunmamaktadır. Madde hükmü sadece BM üyesi devletlerin uluslararası ilişkilerinde diğer devletlerin toprak bütünlüğüne yahut siyasi bağımsızlığına ve BM amaçlarıyla bağdaşmayacak şekilde kuvvet kullanmasını ve kuvvet kullanma tehdidinde bulunmasını yasaklamaktadır. Kuvvet kullanma tehdidinin talep içermesi gerektiğini destekleyen hukukçular, ulusal ceza hukukunun etkisinde [özellikle Alman ceza kanunun icbar etme (Albrecht Randelshofer, bknz.: Bruno Simma (Hrsg.), The Charter of the United Nations – A Commentary 2002, s.124) yahut Amerikan

hukukunun "coercion" düzenlemesinin] kalmaktadır. Talep, bu suçların ayrılmaz unsurudur. Ulusal ceza hukuku icbar etme yahut "coercion"u (zorlama, şantaj, tehdit) mağdura irade özgürlüğü bırakmadığı için cezalandırır. Ulusal ceza kanunlarında öngörülen düzenlemelere esas olan amaçtan farklı olarak BM anlaşması 2.madde 4.fıkrasına esas olan amaç, uluslararası barışın ve güvenliğin korunmasıdır. Uluslararası barış ve güvenliğin korunması için 2.madde 4.fıkranın geniş yorumlanması gerekmektedir. Ulusal ceza hukukunun ve DH'nun farklı amaçlar takip etmesi nedeniyle ulusal hukuka kıyasen BM anlaşmasının 2.madde, 4.fıkrası yorumlanamaz. Sonuç olarak kuvvet kullanma tehdidinin kabulünde, tehdidin talep içermesi gerekliliği bulunmamaktadır.

Tehdidin doğrudan olması

Tehdidin konusu olan kuvvet kullanımının yakın bir gelecekte gerçekleşmesi beklentisi yine bir kriter olarak gündeme gelmektedir. Bu görüş ILC'in Draft code of Offences against Peace and security of Mankind'ın 13.maddesine ilişkin yorumuna istinat etmektedir. Bu çerçevede önemli olan pasaj "it was said in the Commission that the measures referred to in the article were such as would give any responsible government of a state reason to believe that aggression was imminent" görüşüne yer vermektedir (International Law Commission Yearbook 1989, Vol.II, Part II, s.68).

Bu kriter örneğinin Küba krizinde uygulandığı takdirde, roketlerin Küba'ya yerleştirilmesinin kuvvet kullanma tehdidi oluşturmadığı söylenebilir. 1962 Ekim'de Rus roketleri henüz operasyona hazır bir konumda değildi. Bu nedenle de ABD için yakın bir doğrudan tehdit söz konusu değildi. Buna karşılık Fransa ve İngiltere'nin 30 Ekim 1956'da Mısır'a verdikleri 24 saat içinde kanaldan çekilme ve İngiliz ve Fransız birliklerine kanalda yerleşmesine izni verme ültimatomu kuvvet kullanma tehdidi olarak kabul edilmektedir (Belatchew Asrat, Prohibition of Force under the UN Character: a study of Art.2(4), Uppsala: 1991, s.140). BM anlaşmasının 2.madde 4.fıkrası "doğrudanlıkla" ilgili bir unsur içermemektedir. Madde hükmü, sadece BM üyesi devletlerin diğer devletlerin toprak bütünlüğüne ve siyasi bağımsızlığına karşı kuvvet kullanmama ve kuvvet kullanma tehdidinde bulunmama yasağını içermektedir.

Tehdidin doğrudan yakın bir zamanda kuvvet kullanılma beklentisi yaratma gereği rasyonel olmayan sonuçlar doğurabilir. Uzak bir tarihte kullanılacak kuvvet için yapılacak bir tehdidin böyle bir durumda hukuka uygun kabul edilmesi gerekir. 2.madde 4.fıkranın bu şekilde dar yorumu, BM anlaşmasının anlam ve amacıyla bağdaşmaz. BM anlaşmasının 1.maddesi BM'in farklı amaçlarının listesini yapmıştır. BM'in en temel amacı uluslara-

rası barış ve güvenliğin korunmasıdır. Bu amaca erişmek için 2.madde 4. fıkranın geniş yorumlanması gerekmektedir. Kuvvet kullanma tehdidini sadece doğrudan yakın bir kuvvet kullanma ile bağlantılı olarak kabul eden dar yorum kabul edilemez.

Doğrudan yakın bir kuvvet kullanma beklentisinin kriter olarak kabul edilmesi bir çok yeni sorunu gündeme getirme potansiyeline sahiptir. Örneğin BM anlaşması 2.madde 4.fıkrasına ilişkin doğrudan pek yakın bir kuvvet kullanma beklentisinin BM anlaşmasının 51.maddesine ilişkin "doğrudanlık"la (silahlı saldırıya uğrama) aynı anlam taşıyıp taşımadığı açık değildir. Bu olasılığın kabul edilmesi durumunda da tam bir hukuki açıklığın olduğu kabul edilemez. Bush-doktrininin ilânından itibaren 51.maddedeki "doğrudanlığın" sınırları belirsizleşmeye başlamıştır (ABD'nin Eylül 2002 ulusal güvenlik stratejisi için bknz.: http:// www.white-house-gov/nsc)nss-pdf). Menşei itibariyle Caroline olayında sadece "instant, overhelming threats" (1837 tarihli Caroline formülünde kuvvet kullanma tehdidinin "instant, overhelming, leaving no choise of means, and no moment for delibration" olması gerektiği kabul edilmiştir;. bknz.: Letter from Daniel Webster, U.S.Secretary of State to Henry Fox, British Minister in Washington (27.4.1841), British&Foreign Staates Papers 1840-1841, 1129,1138) söz konusu iken Bush-doktrini uzak tehditleri de "doğrudanlık" çerçevesinde mütâlaa etmektedir (bknz.: ABD Ulusal Güvenlik Strateji belgesi, s.15). Sonuç olarak "doğrudanlık" kriterinin kuvvet kullanma tehdidinin kabulü için BM anlaşması 2.madde 4.fıkrası muvacehesinde gerekli bir koşul olduğu kabul edilemez.

Kuvvet kullanma tehdidi insanlığın kendisi kadar eski tarihlerden beri görülmektedir. Antik dönemden çağdaş döneme kadar kuvvet kullanma tehdidi olağan bir politik araç olarak kullanılmıştır. Bu durum 1945'te BM Şartı'nın yürürlüğe girmesi ile değişikliğe uğramıştır. BM anlaşmasının 2.madde 4.fıkrasına göre kuvvet kullanma tehdidi uluslararası ilişkilerdeki gerilimleri tırmandırmaması gerekçesi ile yasaklanmıştır. Açık yahut zımni şekilde kuvvet kullanma beklentisi yaratılması ve bu beklentinin inandırıcılığı kuvvet kullanma tehdidinin kabulü için gerekli koşullardır. Bu beklentinin inandırıcılığının kabulü için bu tehdidi yapan devletin kapasitesinin ve tehdidi gerçekleştirmeye matuf ciddi iradesinin olması gerekmektedir.

Buna karşılık, yapılan tehdidin bir talep içermesi ve yine yapılan kuvvet kullanma tehdidinin pek yakın bir tarihte gerçekleşme ihtimalinin bulunması gerekmemektedir. 2.madde, 4.fıkranın dar yorumu: BM'in uluslararası barış ve güvenliği koruma amacı ile bağdaşmamaktadır. Bu amaca ulaşmak için 2.madde 4.fıkranın geniş yorumlanması gerekmektedir. Ancak bu şekilde kuvvet kullanma tehdidinin kuvvet kullanmaya dönüşmesi önlenebilir.

Kısaltmalar

AJIL	American Journal of International Law
AVR	Archiv des Völkerrechts
ILC	International Law Commission
ICJ	International Court of Justice
UAD	Uluslararası Adalet Divanı

Bibliyografya

Albrecht Randelshofer	bknz.: Bruno Simma (Hrsg.), The Charter of the United Nations – A Commentary 2002
Belatchew Asrat,	Prohibition of Force under the UN Character: a study of Art.2(4), Uppsala: 1991
Colin Brown,	Bush threatens Iran with military action. The Independent, 17 Haziran 2008
Hannes Hofmeister	Ceterum censeo Carthaginem esse delendam' – Eine Analyse des völkerrechtlichen Gewaltandrohungsverbots AVR Juni 2010 Bd.48, Heft 2
Ian Brownlie	International Law and the use of Force by States, 1963,
Lassa Oppenheim	International Law: A Threatise; Vol.II, 1952,
Michael Herdegen	Völkerrecht, 2004 3.Auflage, C.H.Beck München
Nikolas Stürchler	The Threat of force in international law, 207 Cambridge University Press, ISBN: 9780521873888
Petrick Tyler	China warns US to keep a way from Taiwan Strait, New-York Times, 18 Mart 1996
Romana Sadurska	Threats of Force, AJIL 82 (1988)
Torsten Stein/Christian v.Buttlar	Völkerrecht 2005, Carl Heymanns, 11. Auflage 2005

Tapu Kütüğüne İşlenmiş Şerhin Terkini Davası ve Tahkim Şartı

*Aydın AYBAY**

İnceleme Konusu: Arsa maliki ile **yüklenici** arasında akdedilen **inşaat sözleşmesinde**, taraflar, bu sözleşmeden doğacak bütün uyuşmazlıkların **tahkim şartına** göre çözüleceğini kararlaştırmışlardır. Bu meyanda sözleşme uyarınca oluşacak yapıda inşaatı kendi malzemesi ile gerçekleştirecek yükleniciye karşı edim olarak belli sayıda bağımsız bölümün temliki vaat edilmiştir. Bu vaat uyarınca yüklenici lehine oluşan alacak hakkı, tapu kütüğüne şerh edilmek suretiyle "güçlendirilmiştir".

Bu şerhin tapuya geçirilmesinden belli süre sonra, sözleşmenin uygulanması ile ilgili konularda taraflar arasında uyuşmazlık çıkmış, taşınmazın maliki, yükleniciye, sözleşmeyi feshettiğini bildirmiştir. Bunun ardından da, karşı edimin "güçlendirilmesi" için yapılan tapu kütüğünde kayıtlı şerhin terkinini talep etmiş; yüklenicinin bu istemi reddetmesi üzerine de, mahkemede **"terkin"** davası açmıştır. **Davalı** yüklenici, davaya karşı bu davanın **tahkim şartı** uyarınca hakemde görülmesi gerektiğini ileri sürmüştür.

II. İnceleme:

1. Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı gibi inceleme konusu olan olayda **uyuşmazlık**, Taraflar arasında akdedilmiş sözleşmede yer alan tahkim şartının **geçerliği** ve **kapsamına** ilişkindir. Sözleşmenin tümü bakımından geçerli olduğu kabul edilse bile, **bu şart**, tapu kütüğünde kayıtlı bir **şerhin terkini** ile ilgili uyuşmazlığın hakem ya da hakemler tarafından çözülmesini zorunlu kılar mı?

Davacı taraf, tapu kütüğü işlemleri olan **tesciller** ile tescillerin **terkini** ve **tadili** işlemleri gibi, tapuya kaydedilmiş **şerhlerin terkini** talebi ile

---

* Prof. Dr., Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

ortaya çıkan uyuşmazlıkların da **kamu düzeni** sebebiyle, ancak mahkemelerde çözülebileceği görüşündedir. Davalı taraf ise sözleşmenin bütününü kapsayan tahkim şartının, sözleşme hükmü uyarınca tapuya şerh edilmiş bütün kayıtlardan doğan ihtilafları da kapsadığı ve bunların da tahkim yoluyla halledileceği görüşündedir.

2. Burada önce, tahkimin **caiz olmadığı** ilişkilerle ilgili düzenlemeyi anımsamak gerekir: **HUMK.m.518**'e göre "Yalnız iki tarafın arzularına tâbi olmayan mesailde tahkim cereyan etmez". Yeni **HMK**'nın **"tahkime elverişlilik"** yan başlığı ile getirilen **408**. maddesinde ise "Taşınmaz mallar üzerindeki **ayni haklardan** veya iki tarafın **iradelerine tâbi olmayan** işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir" hükmü vardır.

Üzerinde durduğumuz sorunu, 1.10.2011 tarihinde yürürlüğe girecek **HMK m.408** ile, o tarihe kadar yürürlükte kalan **HUMK.m.518** hükümlerini birlikte değerlendirmek gerekir. Sorulacak soru şudur: 1926 yılından beri uygulanmış olan **HUMK**.nun bu konuda oluşmuş içtihadı ile yeni HMK'nın getirdiği hükmün farkı var mıdır; varsa bunun sorunun çözümü açısından etkisi nedir?

(a) Önce **HUMK**'nın tahkime elverişlilik yönünden getirdiği sınırlamanın uygulama ve öğretide farklı değerlendirildiğine işaret edelim. "İki tarafın arzularına tâbi olmayan meseleler", **Yargıtay** kararlarının çoğunda **tahkim**, taşınmazlar açısından, mülkiyet ve sınırlı ayni hakların kazanılma işlemlerinde **"elverişli bir yargı yolu"** değildir. Buna karşılık **öğretide baskın görüş**, tarafların ortak iradeleri ile taşınmazlarda da devir ve temlik işlemleri yapılabildiğine göre, bu konuda bir yasak getirilmiş sayılamaz.

Bu konu ile ilgili olarak anılan bir **Yargıtay** kararında (14.HD. 5.6.1985), sınırlamanın (tahkime elverişsizliğin) "**kamu** düzeni" ilkesinden kaynaklandığı kabul edilmiştir. Bu kararda üstünde durulan sorun, taşınmazlara ilişkin **bütün** ihtilafları değil, ayni hakların (ağırlıklı olarak mülkiyetin) **tescili** ile ilgili taleplerden doğan uyuşmazlıkları çözmeye yöneliktir.

Yeni kanunda "ayni haklardan kaynaklanan işler" açıklaması için de sorulacak soru şudur: Taşınmazlarla ilgili "**ayni haklarla ilgili ihtilaflar"** bu hakların kazanılmasını sağlayacak **tescil** talep ve davalarından ibaret değildir; tescilin **terkini** veya **tadili** işlemleri de aynî haklardan kaynaklanan **işlerden** sayılacak mıdır ? İlk nazarda gereksiz gibi gözüken bu sorunun sorulmasının nedeni şudur: **MK.m.716**'ya dayanarak taşınmaz üzerinde **mülkiyetin** (ya da bu maddeye gönderme yapan MK. Hükümlerine göre sınırlı ayni hakkın) kendisine hâkim kararı ile geçirilmesini talep eden davacının bu istemi yerinde bulunursa hâkimin vereceği **"yenilik doğuran karar"** uyarınca, mülkiyet kararın kesinleştiği anda tescilden önce, davacıya

intikal eder. Diğer hallerde (terkin,tadil) ayni hakkın yapısına ilişkin taleplerde **öngörülmemiş** bu mekanizma'nın kabul edilme nedeni taşınmaz mülkiyeti İktisabı'nın **resmi yargıyı** temsil eden ve kararı ile (tescilden önce) davacıya mülkiyeti sağlayan hakimin münhasır yetkisine bırakılmış olmasıdır.

(b) Bu yaklaşıma göre, evvelki içtihadında **Yargıtay** sorunu, o tarihte yürürlükte olan HUMK.m. 518'e göre, **sadece tescil talebi** açısından görmüş ve çözmüştür. **Resmi Yargının** değil, **özel yargının** (**tahkim** yolunun) kararı ile tapu kütüğü dışında kurucu mahiyetle bir **mülkiyet değişikliği** sonucunun doğmasının **"kamu düzenine aykırı"** bir çözüm olacağını kabul etmiştir. Buna karşılık bu çözümün **tescil talebi** dışında kalan **terkin veya tadil** istem ve davalarını kapsamadığı söylenebilir. Çünkü **Yargıtay** kararında açıklama olanağı varken, bu tür talep ve davaların tahkime elverişli olup olmadığı hususunda bir **işaret** yoktur. Ayrıca örneğin; tapu kütüğündeki mülkiyet hakkına ilişkin tescilin **terkinini** tahkim yoluyla talep ve dava eden davacının, bu talebi üzerine verilecek hakem kararının, mülkiyet hakkı **kurucu tescil kararı** gibi, **kamu düzeni** ile bağlantısı olduğu söylenemez. Bu konuda, yeni kanunla (HMK. m.408) "tahkime elverişlilik" başlığı ile getirilen **"ayni hak"** ölçütünün terkin ve tadil taleplerini kapsayıp kapsamadığı kanaatimizce tartışılabilir.

3. Tapu kütüğüne işlenmiş **şerhin** terkini talebinden kaynaklanan uyuşmazlığın **"tahkim şartı"** kapsamında sayılmayacağı yolundaki çözüme gelince: Yukarıdaki açıklamalara göre ayni hakkın **"terkini ve tadili"** konusundaki ihtilafların bile kamu düzeni açısından **tahkim dışı** sayılmasını kabul etmek doğru bir yaklaşım olarak telakki edilmezken, şerhin terkini konusundaki **ihtilafı** "tahkime elverişsiz" saymak büsbütün isabetsiz olur. Üstelik yeni kanunda (HMK. m.408) öngörülen **aynî hak** ölçütü, maddenin bütünü bakımından **yön verici** sayılır: **Şerh kaydı** bir **aynî hakkı** değil, **şahsi** (nisbi) bir **hakkı** korumaya yarar; bunu bir ayni hak gibi almak ve algılamak yanlıştır. Bununla ilgili talepten doğan ihtilafın "tahkim" yoluyla çözülmesi doğru bir yaklaşım sayılmalıdır.

Uluslararası Mahkemeler ve Bireylerin Ceza Sorumluluğu

*Rona AYBAY**

I- Giriş

Özellikle, İkinci Dünya Savaşı sonrası, İnsan Haklarının korunması alanında ortaya çıkan hızlı gelişmelerin sonucu olarak; bireyler, uluslararası yargı organları ve yargı benzeri yetkileri olan komisyon, komite gibi adlar verilmiş organlar önünde hak arayabilme olanağına kavuşmuşlardır. Dünya çapında yaygın bir uygulama haline geldiği söylenemezse de, Avrupa Kıtası'nda, AİHS'ne taraf devletler açısından bireylerce, AİHM önünde devletlerin insan hakkı ihlali niteliğindeki eylemleriyle ilgili olarak dava açmasının olağan hale geldiği söylenebilir. Rusya Federasyonunun Avrupa Konseyi'ne üye olmasıyla, AİHM'nin yetki alanı Atlantik kıyılarından Pasifik kıyılarına kadar uzanmıştır[1]. Bu alan içindeki herkes, AİHS ve Ek Protokoller kapsamındaki haklarının ve özgürlüklerinin ihlali iddiasıyla Avrupa Konseyi üyesi devletler aleyhine (elbette belli usul koşullarına uyarak) dava açabilmektedir.

Avrupa'daki kadar güçlü ve etkili olmasa da, dünyanın başka bölgelerinde de benzeri uygulamalar vardır[2].

---

* Prof. Dr., Yakın Doğu Üniversitesi Öğretim Üyesi.

1 Bkz. AYBAY, Rona; Avrupa Nerede Başlar, Nerede Biter? Ya da Afganistan Avrupa'nın Batısında mı?; Bilgi ve Bellek, İstanbul Bilgi Üniv. Yay. sayı 2, Yaz 2004, s.18- vd.

2 Amerika Kıtasında, AİHS'nin bir benzeri olan, 1969 Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (American Convention on Human Rights; OAS Treaty ser.no.36) Amerikan Devletleri Örgütü (OAS) yapısı içinde hazırlanmış ve 1978 yılında yürürlüğe girmiştir *"Pact of San Hose"* diye de anılan bu Sözleşme uyarınca Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi kurulmuştur. Ancak, kıtanın en güçlü devleti olan ABD'nin taraf olmaması yüzünden; bu Sözleşme uyarınca kurulan Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi, birkaç önemli karar vermiş olmakla birlikte, AİHM ile karşılaştırılmayacak kadar zayıf kalmıştır.

Afrika Birliği Örgütü *(Organization of African Unity)* üyesi devletlerce 27 Haziran 1981'de kabul ve ilan olunan ve 21 Ekim 1986'da yürürlüğe giren Afrika İnsan

Bireylerin, uluslararası yargı organları ve benzerleri önünde hak arama olanağının kapsamına sadece gerçek kişiler değil, tüzel kişiler de girmektedir[3]. Buna karşılık, uluslararası ceza sorumluluğu sadece gerçek kişiler (insanlar) için söz konusudur.[4] Uluslararası Hukuka karşı işlendiği kabul edilen suçlarla ilgili olarak, faillerin bağlı bulundukları örgüt, grup vb. oluşumların üyelerinin topluca sorumlu tutulmaları da sözkonusu değildir.

Savaş suçu ve benzeri suçları işledikleri ileri sürülen Nazi örgütü üyelerini yargılamak üzere kurulan, Nürnberg Uluslararası Mahkemesi'nin[5] kararında; Uluslararası Hukukun kişilerinin sadece devletler olduğu; gerçek kişilerin suçlandıkları eylemlerin "üstlerince verilmiş buyrukların" yerine getirilmesi sonucu olduğu; bunları "devlet görevi" olarak yerine getirdikleri, dolayısıyla da kendilerinin değil, devletin sorumlu tutulması gerektiği türünden savunmalarına karşılık olarak şöyle bir saptama yapılmıştır:

> *Uluslararası Hukuka karşı suçlar soyut varlıklarca değil insanlarca işlenir;*
>
> *Uluslararası Hukukun ilgili kurallarının uygulanabilmesinin tek yolu da, bu suçları işlemiş olan bireylerin (insanların) cezalandırılmasıdır.*

Böylece, Uluslararası Hukuka aykırı eylemlerinden dolayı, gerçek kişilerinin sorumlu tutulup, cezalandırılabilecekleri ilkesi somut bir biçimde uygulanmış ve bu alanda daha sonraki gelişmelerin yolunu açmıştır.

Hakları ve Halkların Hakları Sözleşmesi'nin (Şartı) ve üye devletlerce onaylanmış başka ilgili insan hakları belgelerinin ihlalleriyle işlgili iddiaları değerlendirmek üzere 2 Haziran 2006'da göreve başlayan Afrika İnsan Hakları ve Halkların Hakları Mahkemesi *(African Court on Human and Peoples's Rights)* de, çok etkili olmamakla birlikte belirtilmesi gereken bir örnektir.

3 Örneğin, dernekler, şirketler ve vakıflar gibi tüzel kişilerim, AİHS'ne ek l. Protokolun l. maddesine dayanarak AİHM'ne başvurabilmelerine olanak vardır.

4 Bazı ulusal hukuk sistemlerinde, (şirketler gibi) tüzel kişiler için de ceza yaptırımları uygulaması yapılabilmekte ise de; bu konudaki genel ilke, ceza sorumluluğunun sadece gerçek kişiler için uygulanmasıdır. Gerçek kişiler, suç örgütlerine bağlı olarak işlenmiş suçlar için kişisel olarak cezalandırılırlar. Bu konuda TCK'nın düzenlemesi şöyledir: "Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır." Madde 20/2.

B.M. Güvenlik Konseyi'nce alınan kararlar uyarınca uygulanan, "banka hesaplarının dondurulması" gibi önlem kararları da hem gerçek kişileri hem tüzel kişileri kapsayabilmektedir.

5 Bkz. Aşağıda III/2 "Nürnberg Askeri Ceza Mahkemesi"

Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemesi, oluşturulma yöntemi ve yargı yetkisi gibi açılardan haklı eleştirilere hedef olmakla birlikte; eylemlerin "devlet görevi" olarak yapıldığı, dolayısıyla bireysel sorumluluğun sözkonusu olmadığı türünden savunmaların geçersizliği konusunda kesin bir emsal oluşturmuştur.

Nitekim, birkaç yıl sonra imzalanan Soykırım Sözleşmesi[6] de, soykırım suçu bakımından, bu suçu işleyenlerin "anayasal yöneticiler, kamu görevlileri yada[7] özel kişiler" olmasının önemli olmadığını belirtmektedir (madde 4).

Böylece, devlet yetkilisi yada kamu görevlileri de içinde olmak üzere herkesin soykırım suçu işlemekten kaçınması gerektiği belirtilmiştir. Bu suçun işlenmesi halinde de, faillerin hangi görevde olurlarsa olsunlar Uluslararası Hukuk karşısında gerçek kişi olarak sorumluluktan kurtulamayacakları, bir temel ilke olarak ortaya konulmuş olmaktadır.

Gerçek kişilerin uluslararası hukukça suç sayılmış eylemlerde bulunmaları halinde cezalandırılabilecekleri ilkesi günümüzde, duraksamaya yer bırakmayan bir biçimde kabul edilmiştir.

Bu konunun açıklanması tarihsel gelişim çizgisi içinde ve iki ana başlık altında yapılmalıdır.

(i) Maddi Hukuk

(ii) Yargılama (Usul) Hukuku

Bilindiği gibi, Ceza Hukuku alanında "maddi hukuk"tan; hangi eylemin hangi suçu oluşturduğu ve kanıtlanmış bir suça hangi cezanın verileceğini saptayan kurallar anlaşılır.

Bu alanda evrensel olarak kabul edilmiş iki temel ilke vardır:

Hangi eylemin suç oluşturduğunun yasayla belirlenmiş olması: "yasasız suç olmaz" *(nullum crimen sine lege)* ilkesi ve "yasasız ceza olmaz" *(nulla poena sine lege)*[8] (İHEB m.11/2; AİHS m.7/1) ilkesi.

---

6 Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması konusunda Sözleşme, 9 Aralık 1948 Paris.

7 Bu makalede ***"yada"*** sözcüğü, ***"veya"*** bağlacının karşılığı olarak kullanılmıştır. "Veya", Arapça *"ve"* ile Farsça *"yahud"*un birleştirilmesiyle oluşturulmuş (kimi zaman "veyahutta" biçiminde de kullanılan) *"veyahut"*un kısaltılmış biçimidir.

8 "Uluslararası suçlar" açısından sözkonusu olan "sapmalar" *(derogations)* için bkz. aşağıda III/1,5 "Nürnberg ve Tokyo yargılamalarının etkisiyle daha sonra yapılan uluslararası belgelere konulan özel hükümler ve AİHM" III/1,5 "Nürnberg ve Tokyo yargılamalarının etkisiyle daha sonra yapılan uluslararası belgelere konulan özel hükümler ve AİHM"

Kişisel[9] ve Siyasal Haklar konusunda Uluslararası Sözleşme *(International Covenant on Civil and Political Rights)* de aynı ilkeyi benimsemiştir (madde 15).

AİHS, "yasasız suç ve ceza olmaz" ilkesini madde 7/1 hükmüyle kabul etmiş[10]; ayrıca savaş halinde ve ulusun yaşamını tehdit eden öteki olağanüstü hallerde bile bu ilkeden sapılamayacağını (*derogasyon* yapılamayacağını) belirterek (AİHS m.15/1) Sözleşmeyi hazırlayanların bu ilkeye verdikleri önemi açıkça ortaya koymuştur.

Suçların "yasallığı" denilen birinci ilke, hangi eylemin suç oluşturduğunun bireylerce önceden bilindiği varsayımına dayanır. *"Yasayı bilmemek özür sayılmaz" (ignorantia juris non excusat)* ilkesi[11] de bununla bağlantılıdır.

Çağdaş hukuk sistemlerinde bu ilkelerin kuramsal bakımdan güçlü bir temele dayanabilmesi için; bireylerin, yasaların yapılmasına doğrudan yada temsilcileri aracılığıyla katılmalarının sağlanmış olması gerekir. Bu ilke İHEB'nde şöyle açıklanmıştır: *"Herkesin, doğrudan yada özgürce seçilmiş temsilcileri aracılığıyla ülkesinin yönetimine katılma hakkı vardır"* (İHEB, m.21/1).

AİHS'de de aynı ilke benimsenmiştir. Ek Protokol 1, m.3'e göre, yasama organının, halkın görüşlerini serbestçe açıklayabileceği bir ortamda; gizli oy ilkesine uygun özgür seçimler yoluyla oluşturulması gerekir.

---

9 Bu metnin adının Türkçeye çevrilmesinde sorun vardır. Başlıkta geçen *"civil"* sözcüğü, Batı dillerindeki *"cite" "cité", "city"*nin Arapça karşılığı olan *"medine"* kökenine dayanır. Medeni Kanun'un adında "medeni" sözcüğüne yer verilmesinin nedeni de budur. Ancak, Günümüz Türkçesinden "medeni" sözcüğünün, öncelikle "uygar" anlamında kullanıldığı da bir gerçektir.

Merhum Hocamız İsmet Sungurbey, Medeni Kanuna, -sanırım Almanca'nın etkisiyle- "Yurttaşlar Yasası" derdi. Merhum Hocamız Münci Kapani de *International Covenant on Civil and Political Rights*"i Türkçeye "Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme" biçiminde çevirmiştir. KAPANİ, Münci; İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları, 3.basım, Bilgi Yayınevi, 1996, s.31. Oktay Uygun da, aynı adı kullanmaktadır. Bkz Kamu Hukuku İncelemeleri; İnsan Hakları, Demokrasi, Hukuk Devleti, Egemenlik, XII Levha yay.2011, örneğin s.42,129,140,150 vb.

10 AİHS m.7 de kabul edilmiş bu ilkenin ayrıksılık (istisna) halleri için bkz. aşağıda III/1,5 "Nürnberg ve Tokyo yargılamalarının etkisiyle daha sonra yapılan uluslararası belgelere konulan özel hükümler ve AİHM".

11 "Ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz" (TCK m.4); "kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak" TBMM'nin yetkisindedir (Anayasa m. 87). Anayasada, kişi hakları konusuyla ve ilgili güvencelerle ilgili olarak yer almış hükümlerin alanına giren hususlar, kanun hükmünde kararname ile düzenlenemez (AY m. 91).

Böylece herkesin, içinde yaşadığı toplumda geçerli kurallara göre suç oluşturan eylemleri önceden bildiği varsayımına kuramsal bir temel sağlanmasına çalışılmıştır.

Yasaların önceye etkili olmaması *(non-retroactivity)* ilkesi de, bu ilkelerin bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır[12].

Yargılama yoluyla çözüme bağlanacak olaylarda ve sorunlarda, çözüme ulaşmak için uygulanan yöntemlere ilişkin kuralların bütünü Yargılama Hukukunu (Usul) oluşturur. Ancak, daha geniş anlamıyla Usul Hukukunun kapsamına yargı yerlerinin Örgütlenmesi (mahkemelerin kurulması, yargıçların, savcıların ve öteki görevlilerin atanması) gibi konular da girer. Mahkemelerin yargı yetkisinin kaynağının belirlenmesi de bu açıdan önem taşır. Yargı yetkisi monarşilerde "Monark" (Kral, Kraliçe vb.) adına, Cumhuriyetlerde ise ulus ya da halk adına kullanılır.

1) Gerçek kişilerin ceza sorumluluğunun "maddi hukuk" yönü

Gerçek kişilerin tek başlarına ya da örgütlü olarak işledikleri kimi eylemlerin uluslararası toplumun esenliğine zarar veren nitelikte olduğu, dolayısıyla bu nedenle cezalandırılması gerektiği oldukça eski tarihlerden beri kabul edilmiştir. Örneğin "deniz haydutluğu"nun *(piracy)* bu türden bir eylem olduğu eski tarihlerden beri kabul edilmiş ve özellikle 19. yüzyıldan bu yana, uluslararası ticari çıkarları zedelenen devletlerin girişimiyle, deniz haydutluğunun[13], sadece bu eylemler sonucunda uyrukları ya da bayrağını taşıyan gemiler zarar görmüş devletler bakımından değil, bütün devletler açısından suç oluşturduğu kabul edilmiştir. Dolayısıyla, hiçbir devletin egemenliğinde olmayan açık denizlerde deniz haydutluğuna uğramış geminin, uyrukluğunda olduğu devletin yanısıra, bütün devletler, bu saldırıyla ilgili zabıta ve yargılama yetkisini kullanabilirler. Çağımızda "gemi haydutluğu"nun yanında uçak kaçırma olayları da aynı kapsamda sayılmaktadır.

Köle ticaretinin uluslararası anlaşmalar ve konferanslar yoluyla yasaklanması girişimleri de bu bağlamda belirtilmesi gereken bir olgudur. Batı

---

12 Yeni yasanın, sanığın lehine bir sonuç doğurması gibi hallere Ceza Hukuku alanında bu ilkeye ayrıksılık oluşturan durumlar sözkonusu olabilir.

13 "Deniz Haydutluğu" ile "korsanlık" günümüzde çoğu zaman aynı anlamda kullanılırsa da; Uluslararası Hukukun teknik bir deyimi olarak kullanıldığında korsanlık *(privateering)* devletten aldığı yetkiyle, denizlerde soygun yapanlar için kullanılan bir deyimdir. Açık denizde saldırıya uğrayıp soyulan bir gemiye, geminin bayrak devleti yetkililerince verilen bir belge *(letters of marque)* uyarınca silahlanıp, başka gemilere aynı biçimde davranarak kayıplarını giderme olanağı tanınması da tanımıyordu. Bu uygulama 1856 yılında önde gelen Avrupa Devletleri'nce yayınlanan Paris Deklarasyonu ile hukuk dışı sayılmıştır.

Avrupa ülkelerinin sömürgeciliğine koşut olarak gelişen uluslararası ticaret; sadece malların taşınmasını değil "köle" statüsündeki insanların taşınmasını da kapsıyordu. Tarihin bu döneminde, emperyalist ekonomilerin işleyişini, bir tarihçi şöyle özetlemiştir:

Bu, "*Liverpul'dan kalkan "köle gemileri"nin, Lankeşayr'de (Lancashire) imal edilen pamuklu malları Afrika'ya götürüp, bunların karşılığında zenci köleler yüklediği; ve Amerika'ya taşıdığı bu kölelere karşılık olarak aldığı ham pamuk, tütün ve şekerle geri döndüğü*" dönemdir[14]

17. yüzyıla başlayan ve 19. yüzyıla uzanan gelişmelerin sonunda, köle ticaretinin Uluslararası Hukuka aykırı bir eylem olduğu kabul edilmiş; ticaretin yasaklanması için uluslararası sözleşmeler yapılmıştır. Ancak, yasaklanan şey; kölelik kurumunun kendisi değil, sadece köleliğin ticaretidir. Kölelik bir hukuk kurumu olarak içhukukta varlığını sürdürmüştür[15].

İkinci Dünya Savaşı sonrası dönemde ortaya çıkan gelişmeler sonucunda "savaş hukukuna aykırı eylemler" ve "soykırım" gibi eylemler de Uluslararası Ceza Hukuku kapsamına girmiştir.

2) Gerçek kişilerin ceza sorumluluğunun Yargılama (Usul) Hukuku yönü

Yukarıda belirttiğimiz gibi, "deniz haydutluğu", " köle ticareti" ve "savaş hukukuna aykırı davranışlar" gibi eylemlerin, uluslararası nitelikte suç sayılması kabul edilmekle birlikte; bu suçlarla ilgili soruşturma, kovuşturma ve yargılama işlemlerinin yürütülmesi için uluslararası yargı organları oluşturulmuş değildi. Bu işlemler için ilgili devletler arasında işbirliği olanakları geliştirilmiş ise de ; yargılama, sonuç olarak bir ulusal yargı yerince yapılabiliyordu**.** Dolayısıyla, bazı eylemlerin Uluslararası Hukuka aykırı olduğunun ve suç oluşturduğunun kabul edilmesi, bu suçların faillerinin uluslararası düzeyde yargılanması ve cezalandırılması için yeterli olmuyordu.

Bu suçların faillerini yargılayacak ve cezaya hükmedecek uluslararası yargı düzenekleri kurulmadıkça; bu alandaki yaptırımlar sadece ulusal düzeydeki organlarca kararlaştırılıp uygulanabilecekti. Uluslararası Hukuka

---

14 Tarihçi George Macaulay Travelyan. Bkz. Aybay, Rona; Robert Owen, yaşamı, eylemi ve öğretisi, 2. bası, Yapı Kredi yay. 2005, s.30.

Tahminlere göre, 1680 ile 1786 yılları arasında, sadece İngiliz tacirlerin Amerika'ya götürdüğü kölelerin sayısı 2 milyondan fazladır. Afrika'dan Amerika'ya götürülen köle sayısı toplam olarak 15 milyondan fazladır (AKEHURTS'S Modern Introduction to International Law, (P. MALANCZUK) seventh revised ed. Routledge, s.21.

15 Örneğin, 1787 yılında kaleme alınan ABD Anayasası'nda kabul edilmiş olan kölelik kurumu, 1865 yılında yapılan değişiklikle kaldırılmıştır (XIII. Ek madde).

aykırılık oluşturan eylemlerle ilgili kuralların, tam anlamıyla "uluslararası suç" yaratmış sayılması, ancak "uluslararası" nitelikteki ceza mahkemelerinin kurulmasıyla gerçekleşebilmiştir. Bu alanda ilk adım niteliğindeki gelişmeler, İkinci Dünya Savaşı sonrasında görülmüştür.

II – Uluslararası mahkemeler konusunda bazı temel saptamalar

"Uluslararası mahkeme" olarak nitelendirilebilecek kurumların sayısında son zamanlarda oldukça hızlı bir artış görülmüştür. Bugün, çeşitli ticaretten spora kadar çok çeşitli alanda etkinlikler gösteren ve çeşitli adlarla anılan bu mahkemelerin sayısı 30 kadardır.

Bunlar arasında "Ceza Yargılaması" yapanlar, Uluslararası Mahkemeler arasında sayıca azınlık oluşturmaktadır. Bunlar, yeni kurumlar olduğundan, mahkemelerin adları ve yetkileri konusunda birtakım yanlışlıklar yapılabiliyor. Örneğin, bir uluslararası ceza mahkemesi ile insan hakları mahkemesinin karıştırıldığı görülebiliyor; insan hakları mahkemesinin ceza vermesi beklentisi yaratılabiliyor.[16] Bu yanlışlardan sakınılmasına yardımcı olmak için, önce bazı temel bilgilerin anımsanması yararlı olacaktır, sanırım.

Öncelikle "mahkeme" kavramı üzerinde durmak, uygun olacaktır. Mahkemeler, hukuktaki teknik anlamıyla *"dava"* adı verilen çekişmeleri kesin sonuca bağlamaya yetkili olan organlardır.

Ülkeden ülkeye değişiklikler gösterse de, "dava" kavramının temel özellikleri şöyle özetlenebilir: Bir çekişmenin taraflarından biri, o çekişmeyle ilgili olarak, usulüne uygun biçimde mahkemeye başvurup, hukuksal durumun saptanmasını ve haklarının korunmasın isteyince "dava" açılmış olur. "Suç" niteliğinde savlar içeren davalarda ise girişim, kural olarak, "savcı" denilen görevlilerce başlatılır.

Davayı usulüne uygun biçimde inceleyip, karara bağlayan mahkemenin kararı "kesin hüküm" *(res judicata)* niteliğini kazanınca, uygulanması zorunlu hale gelmiş olur. "İcra" yada "infaz" adı verilen bu uygulama da, konunun özelliğine göre belli usullere uyularak, yetkili organlarca sağlanır.

"Mahkeme" kavramı konusundaki bu genel ve temel anımsatmalardan sonra, "ulusal" ve "uluslararası" mahkemeler arasındaki farklara ilişkin bazı temel özellikleri belirtelim.

---

16 Basın-yayın organlarında, zaman zaman yer aldığı görülen, Türkiye'nin AİHM'nce "suçlu" bulunduğu; "para cezasına mahkum olduğu" gibi özensiz anlatımlar da, yanlış anlamalara yol açıyor.

1) Yargılama yetkisinin kaynağı

Meşru vasıtalardan ve yollardan yararlanarak mahkemeye başvurma hakkı gerek uluslararası insan hakları belgelerinde gerek ulusal anayasalarda güvence altına alınmış bir haktır (İHEB m.8, AİHS m.13; TC Anayasası m.36/I).

Bilindiği gibi, çağdaş bir devlette devletin üç temel erki vardır: yasama, yürütme ve yargı. Bu erklerin her biri, farklı organlarca ve anayasa ile saptanmış belli kurallara uyularak kullanılır. Mahkemelerin görevi, bu üç ana erkten yargı yetkisini kullanmak; yargıyı düzgün biçimde işletmektir.

Bir "Ulusal" mahkemenin yargılama yetkisi, kendi devletinin anayasasına ve ilgili yasalarına dayanır. Yargı yetkisi, Monarşilerde "Kral adına" (Monark adına) kullanılır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına göre "yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır" (madde 9). Mahkeme kararlarında "TÜRK MİLLETİ ADINA" ibaresine yer verilmesi, yargı yetkisinin kaynağının Anayasa olduğunu gösterir.

Yargıyı, yasamanın ve yürütmenin buyruğunda sıradan bir devlet dairesi gibi görme arzusunun gerçekleşmesi, sadece toplumun geleceği için değil bu arzuyu besleyenler için de, çok büyük tehlikeler içerir. Mahkemelerin de, yasama organı gibi, anayasadan kaynaklanan bir yetkiyi kullanan organlar olduğu unutulmamalıdır. Belli bir mahkemenin, belli bir olayla ilgili olarak vermiş olduğu karar; başta hukukçular olmak üzere herkesçe eleştirilebilir ve eleştirilmelidir. Yargı sistemindeki sorunların çözüme kavuşturulması için iyiniyetle çalışmalar, elbette, yapılmalıdır. Ama, çağdaş bir devlette, mahkemelerin bağımsız ve tarafsız organlar olarak çalışmasının, toplumun esenliği için vazgeçilmez bir koşul olduğu unutulmamalıdır.

Ancak, başta yargıçlar olmak üzere, yargı işlevinin yerine getirilmesinde görev alan herkesin; gerek hukuk bilgisi ve genel kültür açısından, gerek erdem açısından üst düzeyde kişiler olması da, toplumun sağlıklı bir yapıya kavuşması açısından gereklidir.

Özetle, çağdaş bir devlette mahkemeler, anayasalarına dayanarak devlet egemenliğinin bir parçasını oluşturan yargılama yetkisini kullanırlar. Yani, yargının kaynağı, devletin anayasasıdır.

Yargı yetkisinin kaynağı konusunda, uluslararası mahkemelerin durumu, ulusal mahkemelerden çok farklıdır. Uluslararası mahkemeler, genel bir ilke olarak, yargılama yetkisini bir uluslararası antlaşmadan alırlar. Örneğin, bizi en yakından ilgilendiren AİHM, AİHS'nden aldığı yetkiye dayanarak yargılama yapar ve yargı yetkisinin kapsamı da Sözleşmeye taraf olan devletlerin sorumluluk alanıyla sınırlıdır.

Ayrıksı (istisnai) durumlarda BM Güvenlik Konseyi kararıyla da uluslararası Mahkeme kurulduğu görülmektedir[17]. Öte yandan, İkinci Dünya Savaşı sonunda kurulmuş Nürnberg ve Tokyo Savaş Suçları Mahkemeleri ise savaşta yengi kazanmış (galip gelmiş) devletlerce oluşturulmuştur. Kısacası, uluslararası mahkemelerin yargı yetkisi, ulusal mahkemelerde çok farklı köklerden kaynaklanır.

2) Yargıçların seçilmesi (atanması)

Ulusal mahkemelerde yargıçlar, ilgili devletin anayasasıyla ve yasalarıyla belirlenmiş kurallar uyarınca atanır ya da seçilir.

Uluslararası mahkemelerde görev yapan yargıçların sayısı ve atanma usulleri ise genellikle, mahkemenin kuruluşunu sağlayan uluslararası sözleşmeyle belirlenir. Mahkeme bir uluslararası örgüte bağlı olarak kurulmuşsa, yargıçların seçiminde, o örgüt içindeki bir organ da söz sahibi olabilir. Örneğin AİHM'nin yargıçlarının, AİHS'ne taraf devletlerin sayısına eşittir (Günümüzde 47). Yargıçlar, her devletin göstereceği üç aday arasından, Parlamenterler Meclisi'nce seçilir. BM'ye bağlı olan Uluslararası Adalet Divanı'nın yargıç sayısı ise 15 olarak belirlenmiştir. Seçim, BM Genel Kurulu'nda ve Güvenlik Konseyi'nde, birbirinden bağımsız olarak yapılan oylamalar yoluyla gerçekleştirilir; her iki kurulda oyların salt çoğunluğunu alanlar seçilmiş olur.

Yargıçların kişisel nitelikleri konusundaki düzenlemeler yapılırken, genellikle Uluslararası Adalet Divanı Statüsünün 2. maddesindeki tanım örnek alınır ve "yüksek ahlak değerlerine sahip olmak" kendi ülkelerindeki en yüksek yargı organlarına atanmak (seçilmek) için gerekli nitelikler ve "uluslararası hukuk alanında yetkinliği ile tanınmış olmak" gibi özellikler aranır.

3) Kararların infazı

Ulusal mahkemelerce verilmiş kararlar, mahkemenin bağlı olduğu devletin organlarınca ve o devletin yasaları uyarınca icra ve infaz edilir. Oysa, bir uluslararası nitelikteki bir mahkeme belli bir devlete bağlı olmadığı için, verdiği kararları icra ve infaz edecek "ulusal" bir sistem yoktur. Bu nedenle, uluslararası mahkemelerin kararlarının icrası ve infazı ya mahkemenin kuruluş belgesinde belirtilen organca ve usuller uyarınca (örneğin AİHM'nin kararlarının uygulanması Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesince sağlanır) yada Uluslararası Hukukun genel kuralları uygulanarak sağlanır. Ulus-

---

17 Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Ruanda (Rwanda) Uluslararası Ceza Mahkemesi için bkz aşağıda IV/2 ve 3.

lararası Adalet Divanı'nın kararlarına uyulması, kararın verildiği davanın tarafları için zorunlu olmakla birlikte; Divan, verdiği kararların uygulanmasını kendi görev alanı dışında saymaktadır .[18]Uluslararası Adalet Divanı kararlarının uygulanmasını sağlamak, tavsiye kararı yoluyla yada bağlayıcı karar yoluyla BM Güvenlik Konseyi'nin yetkisinde ise de (BM Anayasası m.94) bu yetki bugüne kadar kullanılmış değildir[19], sorunların "siyasal ve diplomatik" yöntemlerle sonuca bağlanması yeğlenmektedir.

III – İkinci Dünya Savaşı sonrasında yapılan yargılamalar

1) Giriş

Nazi Almanya'sı ve Japonya'ya karşı savaşan başlıca güçleri oluşturan 3 devlet olan ABD, Büyük Britanya Krallık (İngiltere) ve Sovyetler Birliği'nin yetkilileri, savaş sürerken 1943 yılında Moskova'da yaptıkları toplantı sonunda Nazi Almanya'sının sistematik ve en acımasız biçimde çok ağır suçlar işlemiş görevlilerinin, suç işledikleri ülkelere gönderilerek, o devletlerin yasalarına göre yargılanıp, cezalandırılmalarına karar vermişlerdi. Suçları, "belli bir coğrafi bölge ile sınırlı olamayan "önde gelen suçlular"ın ise, Müttefiklerin ortaklaşa bir kararla oluşturacakları mahkemede yargılanmasına karar verildiği açıklanmıştı.

Savaşın, Nazi güçlerinin kesin yenilgisiyle sonuçlanması üzerine; biri Almanya'nın Nürnberg kentinde öteki de Japonya'nın başkenti Tokyo'da olmak üzere iki Askeri Ceza Mahkemesi kurulmuştur. Bu mahkemelerde, Mihver devletleri denilen grubun en önde gelen iki devleti olan Nazi Almanya'sının ve Japon İmparatorluğu'nun üst düzey askeri ve sivil yöneticilerinden, müttefik kuvvetlerince yakalanabilmiş olanlar yargılanmış ve ölüm cezası da içinde olmak üzere çeşitli cezalara çarptırılmıştır.

2) Nürnberg Askeri Ceza Mahkemesi

8 Ağustos 1945 tarihinde ABD, Büyük Britanya, Fransa ve Sovyetler Birliği temsilcilerince imzalanan bir anlaşma ile; suçları belli bir coğrafi bölge ile sınırlı olmayan savaş suçlularının yargılanması için bir "Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi" kurulması öngörülmüştü. Bu anlaşma, Uluslararası Hukukta daha önce benzeri görülmemiş bir örnek oluşturuyordu.

Anlaşmaya ek olarak hazırlanan bir kuruluş belgesi *(Charter)* de, bu mahkemenin oluşumu, yetki alanı, yargı yetkisinin kapsamına giren suçlar ve verilecek cezalar gibi konuları düzenlemişti.

---

18 The *Nuclear Tests* case, ICJ Reports, 1974, s.477

19 AKEHURTS'S Modern Introduction to Law, (P.MALANCZUK) seventh revised ed. Routledge, s.288 vd. SHAW, Malcom N.; Interational Law, sixth ed. s.1104.

Kuruluş belgesi, sanıkların yargılanacakları suçları üç kategori olarak saptamıştı:

(i) Barışa karşı suçlar, (ii) Savaş suçları ve (iii) İnsanlığa karşı suçlar.

Mahkemenin kuruluş amacı ve yargılanacak kişilerin kimler olduğu, ilgili belgede şöyle belirtilmişti:

Kişi olarak yada örgüt yada grup üyesi olarak yada her iki sıfatla birden; işledikleri suçlar coğrafi açıdan belirli bir yerle sınırlı olmayan savaş suçluların yargılanması.

Mahkemenin kuruluş belgesinin içerdiği hükümlerin önemli bir özelliği de şuydu: sanıkların devlet başkanlığı yada bakanlık gibi resmi görevlerde bulunmuş olmaları, onları sorumluluktan kurtaramayacak ve hafifletici sebep olarak da kabul edilemeyecekti (madde 7).

Kuruluş belgesine göre; Mahkeme, suçlu bulduğu bireylere bireysel olarak verilecek cezaları belirlemenin yanı sıra, bireylerin mensubu oldukları örgütleri de "suç örgütü" olarak ilan edebilecekti.

Mahkemenin yargıçlar kurulu, savaşın galibi devletlerce (ABD,Büyük Britanya-İngiltere-,Fransa ve Sovyetler Birliği'nce) atanan birer yargıçtan oluşuyordu. Her yargıç için bir de yedek yargıç atanmıştı.

Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi'nin Nürnberg kentinde kurulması simgesel bir anlam taşıyordu; çünkü, Nazi lideri Hitler'in önderliğindeki siyasal hareketi iktidara getiren gelişmeler bakımından Nürnberg, bu kentte yapılmış olan toplantılar ve eylemler yüzünden özel bir önem kazanmıştı.

Nürnberg'de Nazi yönetiminin önde gelen 22 savaş suçlusu için iddianame düzenlenmişti. İddianamede ayrıca; Nazi Devlet Kabinesi, Alman Silahlı Kuvvetleri Genel Kurmayı ve Yüksek Komuta Kurulu ve Nazi yönetiminin gizli polisi (Gestapo) gibi 7 örgüt için de ;bunların "suç örgütü" olduklarının saptanması istemlenmişti (talep edilmişti).

Nazi Almanya'sının *"1 numaralı"* yöneticisi durumunda olan **Hitler'**in, savaşta Almanya'nın yenilginin kesinleşmesi üzerine intihar ettiği konusunda inandırıcı bilgiler elde edilmişti.Dolayısıyla Hitler'le ilgili olarak yargılama yapılamamıştı.

Mahkeme önüne getirilen ve haklarında iddianame düzenlenmiş olan sanıklardan ikisi de, tutuklu iken intihar ettiklerinden[20] yargılanmaları yapılamamıştır.

---

[20] İntihar edenler, Hitlerin en yakınlarından biri olan soykırım suçlarının önde gelen ismi Heinrich Himmler ve Nazi Propaganda Bakanı Joseph Goebbels'di.

Haklarında hüküm verilen 22 sanıktan 12'si ölüm cezasına çarptırılmış; 3'ü hakkında ömür boyu hapis, 2'si 20 yıl, biri 15 ve biri de 10 yıl hapis cezaları verilmiştir. Üç sanık da aklanmıştır.

3) Tokyo Mahkemesi (Uluslararası Uzakdoğu Askeri Mahkemesi)

Nürnberg Mahkemesi'nin, savaşın galipleri olan devletlerin, aralarında oluşturdukları bir uluslararası antlaşma ile kurulmasına karşılık Tokyo Mahkemesi, Uzakdoğu Bölgesi Müttefik Kuvvetler Yüksek Komutanı sıfatıyla Japonya'yı işgal eden ABD birliklerinin başında olan ABD'li general **Douglas MacArthur**'un[21] yayınlandığı bir emirname ile kurulmuştur. 11 yargıçtan oluşan Mahkemenin bütün yargıçları da General MacArthur'ca atanmıştır. Mahkeme, o zaman İngiliz yönetimi altında olan Hindistan ve bir devlet statüsünde olduğu kuşkulu Filipinler de içinde olmak üzere Japonya'nın saldırısına uğramış ve Japonya'ya karşı savaşmış 11 ülkeden gelen yargıçlardan oluşmuştur[22].

3 Mayıs 1946'da başlayan yargılamalar, iki buçuk yıl kadar sürmüş ve 12 Kasım 1948'de sona ermiştir[23].Nürnberg Mahkemesindeki uygulama gibi, burada da sanıkların üst düzey devlet görevlerinde bulunmuş olmaları; ya da üstlerinden aldıkları buyrukları yerine getirdikleri gibi savunmalar onları sorumluluktan kurtaramayacak ve hafifletici sebep olarak da kabul edilemeyecekti. Yukarıda belirttiğimiz gibi, Hitler'in intihar ettiği inandırıcı kanıtlarla ortaya çıktığı için Nürnberg'de yargılanması sözkonusu olmamıştı. Buna karşılık, Japon İmparatoru **Hirohito**'nun, Japonya'yı işgal etmiş olan ABD silahlı kuvvetlerince Mahkemenin önüne getirilmesine engel yoktu. Ancak, bu ABD kuvvetlerinin komutanı General MacArthur'un, bütünüyle

---

21 1950 yılında başlayan Kore Savaşı'nın ilk aylarında "Birleşmiş Milletler Kuvvetleri"nin komutanlığı görevine getirilen General MacArthur, bu sıfatla Kore'ye gönderilen Türk Birliklerinin de komutanı olmuştur. Savaşı Çin'e doğru genişletme konusundaki isteği yüzünden ABD Başkanı Harry S. Truman'la anlaşmazlığa düşmüş ve bu görevden alınmıştır.

Askerlikten ayrıldıktan sonra, Remington Rand adlı büyük ABD şirketinin yönetim kurulu başkanlığına getirilmiştir. "Remington Rand", bugün yaşı 50'nin üzerinde olanlarca öncelikle daktilo makinası markası olarak anımsanırsa da; ABD Silahlı Kuvvetlerinin ihtiyaçları için silah üretimi yapan bir kuruluştur. General MacArthur'un bu kuruluşun başına getirilmesi, ABD'nde askeri-sanayi işbirliği *(military industry complex)* denilen ve yasama organı, silahlı kuvvetler ve sanayi arsındaki çıkar ortaklığını simgeleyen bir durumdur.

22 ABD, Avustralya; Kanada, Çin, Fransa (geçici hükümet),Hindistan, Hollanda, Yeni Zelanda, Filipinler, Birleşik Krallık (İngiltere), Sovyetler Birliği

23 Tokyo'da Japon İmparatorluğu'nun en üst düzey sorumluları yargılanmış; daha alt düzeydeki sanıklar, Japonya'nın saldırına uğramış devletlerin ülkelerde yargılanmışlardır. Bu devletlerden biri olan Çin'de 10 mahkeme kurulmuştur.

siyasal düşüncelerle aldığı bir karar üzerine, İmparator Hirohito Mahkeme önüne sanık ya da başka bir sıfatla getirilmemiştir.

Mahkeme önüne getirilen 25 Japon sanığın hepsi suçlu bulunmuş; bunlardan 7'sine ölüm cezası verilmiştir. Geri kalanların 16'sı ömürboyu, biri 20 yıl biri de 7 yıl hapis[24] cezasına çarptırılmıştır[25].

4) Nürnberg ve Tokyo yargılamalarına yöneltilen eleştiriler

Nürnberg ve Tokyo Mahkemeleri'nce yargılanıp, mahkum edilmiş kişilerin, insanlık vicdanını çok ciddi biçimde rahatsız eden suçları pervasızca işlemiş oldukları hakkında yaygın bir inanç vardı. Verilen cezaların genel olarak yerinde ve haklı bulunduğunu söylemek de yanlış olmaz. Ancak, bu yargılamaların bir takım temel hukuk ilkeleri açısından savunulamaz nitelikte oldukları da gözardı edilemez.

En başta belirtilmesi geren eleştiri, bu mahkemelerin oluşumuyla ilgilidir. Nürnberg Mahkemesi, zafer kazanmış devletlerin kendi aralarında bağıtladıkları bir anlaşma ile oluşturulmuştur. Bunun, böyle bir yargılama için sağlam bir hukuksal temel oluşturduğunu savunmak olanaklı değildir. Bunu *"galiplerin adaleti"* yada *"galiplerin yargısı"* olarak nitelemek yerinde olur.

Tokyo Mahkemesi'nin hukuksal temeli ise daha da zayıftır: Bu mahkemenin yargı yetkisi, galip devletlerin en üst düzeydeki komutanının bir emirnamesine dayandırılmıştır.

İşlendiği ileri sürülen suçların, oluştuğu tarihlerinden sonra kurulmuş olan bu kurumların, "doğal yargıç" ilkesine uygun (ya da olağanüstü olmayan anlamında) "olağan" mahkeme sayılmasına da olanak yoktur.

Nürnberg ve Tokyo mahkemelerinin, "yasasız suç olmaz" ve "yasasız ceza olmaz" özdeyişiyle belirtilen ilkelere de açık bir aykırılık olduğu belirtilmelidir. Sanıkların işlediği ileri sürülen eylemler ne denli insanlık dışı sayılırsa sayılsın; yöneltilen suçlamalar ne denli güçlü kanıtlara dayanırsa dayansın, yapılan "yargılamalar"ın bu ilkelere uygunluğu kabul edilemez.

Ancak, Nürnberg ve Tokyo yargılamalarının, bütün kusurlarına karşın, Uluslararası Ceza Hukuku alanında, sonraki gelişmeler temel ve emsal oluşturduğu da bir gerçektir.

---

24 Bu cezaya çarptırılan Mamoru Shigemitsu, Japon İmparatorluğunun en üst düzey görevlerinde bulunmuş olan bir diplomattı. 1950 yılında koşullu olarak salıverilmiş ve siyasete girerek 1954 yılında Japonya'nın dışişleri bakanı olmuştur.

25 Hindistan'dan, Hollanda'dan ve Fransa'dan gelen üç yargıç karşı-oy yazısı yazmış; Avustralya'dan ve Filipinlerden gelen yargıçlar da ayrışık oyda bulunmuşlardır.

Bu alanda, daha sonra kurulan uluslararası mahkemelerin oluşumunda ve yargılamalarında, Nürnberg ve Tokyo Mahkemelerine yöneltilen eleştiriler dikkate alınarak, daha özenli ve hukuka uygun davranılmıştır.

5) Nürnberg ve Tokyo yargılamalarının etkisiyle daha sonra yapılan uluslararası belgelere konulan özel hükümler ve AİHM

Yukarıda belirttiğimiz gibi, Nürnberg ve Tokyo yargılamalarını, bugünkü hukuk düşüncesi ve çağdaş hukukun bazı temel ilkeleri açısından düzgün yargılamalar olarak kabule olanak yoktur. Bu kusuru örtmek ve Nürnberg ve Tokyo yargılamalarını -deyim yerindeyse- önceye etkili olarak "meşrulaştırmak" için, 1945 yılından sonra düzenlenen insan hakları belgelerine özel hükümler konulmuştur.

1948 yılında BM Genel Kurulunca kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirisi[26], bu konudaki ilk örneği oluşturmuştur. Bildirinin "yasasız suç olmaz" ilkesini belirten hükmünde; "işlendikleri sırada ulusal hukuka göre suç sayılmayan" eylem yada savsamalarından (ihmallerinden) dolayı kimsenin suçlu sayılamayacağına ilişkin düzenlemeye "uluslararası hukuka göre suç sayılmayan" ibaresinin eklenmesi, bu amaca yöneliktir (m.11/2).

1950 yılında kabul edilen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde de, "yasasız ceza olmaz" başlıklı 7. maddenin birinci bendinde İHEB'nin ilgili hükmü yinelendikten sonra; konuyla ilgili daha da net bir hüküm getirilmiştir: Bu maddedeki hüküm *"işlendiği zaman; hukukun, uygar uluslarca benimsenmiş genel ilkelerine*[27] *göre suç sayılan eylemlerinden dolayı"* kişilerin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir (m.7/2).

Böylece, "suçların ve cezaların yasallığı" ilkesine bir ayrıksılık (istisna) getirilmiş ve savaş suçları ve insanlık aleyhine suçlar kategorilerine giren eylemler için, bir tür "önceye etkili" yargılamanın ve cezalandırmanın yolu açılmıştır. AİHS'nin hazırlık çalışmaları; madde 7/2'nin amacının İkinci Dünya Savaşı sonrasının çok ayrıksı (istisnai) koşullarında çıkarılmış olan ve savaş suçlarını, vatan hainliğini ve düşmanla işbirliği suçlarını işleyenleri cezalandırmak için çıkarılmış yasaların, madde 7'nin kapsamı dışında kalmasını sağlamak olduğu belirtilmişti[28].

---

26 Bkz. AYBAY, Rona; Açıklamalı İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, Türkiye Barolar Birliği yay. 2006

27 "Hukukun, uygar uluslarca benimsenmiş genel ilkeleri" *(the general principles of law recognized by civilized nations"* kalıbı, Uluslararası Adalet Divanının önüne gelen davalarda uygulayacağı hukuk kaynaklarını gösteren 38. maddesinden aktarılmıştır.

28 Harris, O'Boyle, Warbrick; Law of the European Convention on Human Rights, second ed. Oxford, s.339

Böylece, İkinci Dünya Savaşı sonrasında "savaş suçları" işledikleri savıyla yargılanmış olanların ve yakınlarının "önceye etkili ceza yasaları"nın uygulandığı gerekçesiyle AİHM'ne başvurmalarının yolu kapatılmış oluyordu.

"Nazi" rejiminin kaynağı olan ve en önde gelen baskı ve terör uygulamalarının yaşanmış olduğu ülke üzerinde kurulan Federal Almanya, AİHS madde 7/2 hükmüne çekince koymuştur. Federal Almanya'nın çekincesi şöyle özetlenebilir: Federal Almanya, AİHS madde 7/2 hükmünü, Federal Alman Temel Yasası'nın (Anayasasının) "bir eylem ancak, eylemin, işlenmesinden önce yürürlükte olan bir yasanın o eylemi suç saymış olması halinde cezalandırılabilir" biçimindeki madde 103/2 hükmü çerçevesinde uygulayacaktır. Federal Almanya, böylece, kendi içhukuku bakımından ortaya çıkabilecek bir anayasaya aykırılık sorundan ve AİHS ile anayasa hükümlerinin çatışması tartışmasından kaçınmış oluyordu.

Ancak, Federal Almanya'nın bu davranışı, AİHS madde 7/2'nin Almanya'da etkisiz kalması sonucunu doğurmakla birlikte, tahmin olunanın tersine, madde 7/2 nin amacının içhukuk çerçevesinde gerçekleşmesini sağlamıştır. Çünkü, Federal Alman mahkemeleri, "Nazi Hukuku"nun, daha yüksek değerdeki bir "yazılı olmayan hukuk" karşısında geçersiz olduğu; dolayısıyla Nazi "hukuku"nun yasalarına göre suç oluşturmayan eylemlerin, "yasal" (meşru) olamayacağı gerekçesiyle, anayasaya aykırılık sorununda çözüm bulmuşlardır.[29]

AİHS madde 7/2 hükmü, -günümüzde varlığı sona ermiş olan- Avrupa İnsan Hakları Komisyonu önüne gelen bazı davalarda da uygulanmıştır. İkinci Dünya savaşı sırasında Nazi Almanyası'nın silahlı kuvvetlerince işgal olunan Belçika ve Danimarka gibi devletlerde, düşmanla işbirliği edenleri cezalandırmak için "önceye etkili" (geriye yürüyen) yasalar kabul edilmişti. Bu yasaların uygulanması sonucunda ceza almış kişilerin durumu, Komisyonca AİHS madde 7/1'de belirtilen "önceye etkili ceza yasası" yasağına aykırı bulunmamıştır[30].

Sovyetler Birliğinin çöküp, dağılmasından sonra ; eski "sosyalist" devletlerin yerine ortaya çıkan ve Avrupa Konseyi'ne üye olan devletlerdeki bazı uygulamalar nedeniyle, AİHS madde 7/2 -deyim yerindeyse- yeni bir zaman dilimde yaşama geçmiştir. Örneğin, 1949 yılında bazı sivil kişilerin Estonya'dan Sovyetler Birliği'ne zorla gönderilmesiyle ilgili olarak, bu zorla göç

---

29 JACOPS, Francis G., WHITE, Robin C.A.; The European Convention on Human Rights, second ed., Clarendon, s.169.

30 Komisyon'un bu yaklaşımının, AİHS madde 7/2 açısından yerinde bulunduğu söylenebilirse de, fiili *(de facto)* bir hükümete yapılmış her türlü hizmetin (hizmetin niteliği iğrenç bulunsa bile) "hukukun, uygar uluslarca benimsenmiş genel ilkeleri'"ne aykırılık oluşturmayabileceği de düşünülmelidir. Bkz. Bir önceki dipnotunda agy. aynı yerde.

olayında sorumlu olan iki görevlinin Estonya'da yargılanıp, "insanlığa karşı suç" gerekçesiyle 2003 yılında mahkum edilmeleri üzerine konu AİHM önüne gelmiştir. Başvurucular, eylemlerin işlendiği ileri sürülen tarihte, yasaların (mevzuatın) böyle bir suça yer vermiş olmadığı; dolayısıyla da mahkumiyetin AİHS madde 7'deki "suçların ve cezaların yasallığı" ilkesine aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir. AİHM, sözkonusu suçlara mevzuatta, açıkça yer verilmiş olmamasına karşın, olayda ceza kurallarının geriye yürümezliği kuralına aykırılık bulmamıştır [31](17 Ocak 2006 tarihli *Kok ve Kislyiy / Estonya* kararı).

AİHM'nin, 2008 yılında verilmiş olan *Korbely /Macaristan* kararı da, AİHS'nin 7. maddesi açısından ilginç bir karardır. Karara konu olan olay, özetle, şöyledir: Başvurucu, 1956 yılında Macaristan'da, o zamanki komünist partisi yönetimine karşı başlatılan ayaklanma sırasında, "muharip olamayan" *(non-combatant)* birini öldürerek, insanlığa karşı suç işlediği gerekçesiyle Macar mahkemelerince mahkum edilmiştir. AİHM Büyük Daire kararında, öldürülen kişinin uluslararası hukuk anlamında "muharip olmayan" kişi sayılamayacağı gerekçesiyle, mahkumiyetin AİHS m.7 açısından meşru sayılamayacağı sonucuna varılmıştır. Büyük daire, olayın İkinci Dünya Savaşıyla bağlantısı olmadığı gerekçesiyle, AİHS m.7/2'nin uygulanmasına yer olmadığına da hükmetmiştir[32]. Bu makalenin kaleme alındığı günlerde verilen bir "dinlenebilirlik" (incelenebilirlik; *admissibility)* kararında AİHM,1940 yılında, Sovyetler Birliği askerlerince Polonyalı savaş tutsaklarının topluca öldürülmesi olayıyla ilgili olarak, 2. maddenin maddi hukuk yönü bakımından "zaman açısından" *(ratione temporis)* yetkisiz olduğunun belirtmiş ; ancak, özellikle ilgili soruşturmanın onay tarihinden sonra yapılmış olması nedeniyle, maddenin "usule ilişkin" yönü ile maddi hukuka ilişkin yönünü ayırmanın zor olduğunu saptamıştır.[33]

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin yürürlüğe girmesinden çeyrek yüzyıl kadar sonra yürürlüğe giren, Türkiye'nin de taraf olduğu Kişisel[34] ve Siyasal Haklar konusunda Uluslararası Sözleşme *(International Covenant on Civil and Political Rights)* da, AİHS madde 7/2 hükmünü, anlamı etkilemeyen çok küçük bir anlatım farkı dışında[35] aynen içermektedir (madde 15/2).

---

31 TEZCAN, D.; ERDEM, M.R; SANCAKDAR, O.; ÖNOK, R.M.; İnsan Hakları El Kitabı, Seçkin yay. 3 bası, 2010, s.236.

32 Harris, O'Boyle, Warbrick; agy,s.339

33 Fifth Section; Decision as to the Admissibility of Applications nos. 55508/07 and 29520/09 by Jerzy-Roman JANOWIEC and Others against Russia.

34 Bu metnin adının Türkçeye çevrilmesiyle ilgili sorun için bkz. yukarıda dipnot 9.

35 AİHS metninde "uygar uluslar" *(civilized nations)* deyimi kullanılmış; buna karşılık Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin ilgili hükmünde "uluslar topluluğu" *(community of nations*" deyimine yer verilmiştir.

IV- Nürnberg ve Tokyo yargılamalarından sonraki dönem

1) Giriş

Bu bölümde, 1990'lı yıllarda başlayan ve uluslararası düzeyde büyük ilgi uyandıran ve kaygı yaratan bir takım gelişmelerin sonucu olarak, Birleşmiş Milletler Örgütü içinde oluşturulan kararlarla kurulmuş uluslararası mahkemeler[36] konusunda kısaca bilgi verilecektir. İlk olarak, bu gelişmelerin -deyim yerindeyse- tetikleyici olan Yugoslavya iç savaşı konusunda bazı anımsatmalar yararlı olacaktır.

İkinci Dünya Savaşı sırasında işgalci Nazi Alman birliklerine karşı direnişin önderi olan Mareşal **Tito**'nun başkanlığında oluşturulan Yugoslavya (Yugoslav Federatif Sosyalist Cumhuriyeti), Sırplar, Hırvatlar ve Müslümanlar (Boşnaklar) başta olmak üzere çeşitli etnik kökenden gelen insanları bir arada tutmayı başarmıştı. Uluslararası planda Sovyet egemenliği reddeden bağımsız tutumu yüzünden "Sosyalist Blok" tarafından dışlanmış ve 1948 yılında Kominform[37]'dan ihraç edilmişti.

Daha sonra, Hindistan ve Mısır'la birlikte "Bağlantısızlar" hareketinin önderlerinden biri olan Yugoslavya, **Tito**'nun 1980 yılında ölmesinden sonra, büyük siyasal çalkantılar yaşamaya başlamış ve 1989 yılında Federasyon içinde "ayrılıkçı" eğilimler açıkça ortaya çıkmıştır.1995 yılına kadar geçen süre içinde, çok kanlı olaylar ve içsavaşlar yaşanmış; özellikle Bosna Hersek ve çevresi çok büyük maddi ve manevşi açılardan son derecede büyük kayıplara uğramıştır.

Bosna Hersek'te bu kanlı savaşın sona ermesi için, 1993-1994 yıllarında çeşitli "ateşkes" girişimleri olduysa da hiç biri başarıya ulaşmamış; sonunda,

---

36 2005 yılında Lübnan Başbakanı Hariri'yi ve 22 kişiyi öldüren büyük patlamanın sorumlularını yargılamak üzere BM 'in desteğiyle kurulmuş olan Lübnan Özel Mahkemesi *(Special Tribunal for Lebanon)* tam anlamıyla "uluslararası" bir nitelik taşımamamaktadır. Lübnan Özel Mahkemesi (LÖM) bugüne kadar BM yapısı içinde yada onun aracılığıyla kurulan yedinci mahkemedir. LÖM, Eski Yugoslavya (ICTY) ve Ruanda (ICTR) için kurulan uluslararası mahkemelerin aksine, Kosova, Doğu Timur, Sierra Leone ve Kamboçya'daki olaylara ilişkin olarak kurulan "uluslararasılaştırılmış" mahkemelerden sayılmaktadır. Ancak, LÖM, bunlardan da farklı olarak başlangıçta bir uluslararası anlaşmayla kurulması öngörülmüş olmasına karşılık doğrudan BM Anayasası (Şartı) VII. Bölüm hükümlerine dayanan BM Güvenlik Konseyi kararıyla kurulmuştur.

37 "Komünist ve İşçi Partileri Enformasyon Bürosu" *(Kominform)* Sovyetler Birliği Komünist Partisinin etkisinin fazlasıyla duyumsandığı bir örgüttü. Tito'nun, Sovyetlere karşı "bağımsızlıkçı" turumu ile bozulan ilişkiler sonucunda, 1948 yılında Sovyet "askeri danışmanları" Yugoslavya'dan çıkarılmış; bunun üzerine Yugoslavya da Kominform'dan çıkarılmıştır.

Dayton Barış Anlaşmaları denilen bir dizi uluslararası belgenin imzalanmasıyla barış sağlanabilmiştir.

Dört yıl süren savaşlardan sonra ABD'nin girişimi ve zorlamasıyla, Ohio Eyaletinin Dayton adlı kentindeki hava üssünde toplanan konferans sonunda 21 Kasım 1995'de Dayton'da "parafe" edilen ve 14 Aralık 1995'de Paris'te imzalanan "Dayton Anlaşmaları"nın[38] tarafları şunlardır: Bosna Hersek Cumhuriyeti, Hırvatistan ve Yugoslavya Federal Cumhuriyeti. Yugoslavya Federal Cumhuriyeti adına paraf ve imza koyan **Slobodan Miloseviç** Lahey'deki Eski Yugoslavya Savaş suçları Mahkemesi'nde sanık olarak yargılanmakta iken ölmüştür.[39]

Dayton-Paris Anlaşmaları (yada kısaca Dayton Anlaşmaları) diye anılan uluslararası belgelerin tarafları şunlardır: Bosna Hersek Cumhuriyeti, Hırvatistan Cumhuriyeti ve Yugoslavya Federal Cumhuriyeti. Daha önce (29 Ağustos 1995'de) varılmış anlaşma uyarınca Yugoslav Federal Cumhuriyetinin, *"Republika Srpska"* adına da görüşme yapıp imzalama yetkisi kabul edilmişti.

Dayton Barış Anlaşmaları; biri, genel Çerçeve Anlaşma ile onbir tane EK'ten oluşan bir bütündür. Genel Çerçeve Anlaşma, kalıcı bir barışın kurulabilmesi için, insan haklarına saygı gösterilmesinin ve mülteciler ile yerlerinden edilmiş *(displaced)* insanların korunmasının yaşamsal önemi belirtilmiş ve taraflar arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde kuvvete yada tehdide başvurulmayıp, barışçı yolların kullanılması kabul edilmiştir.

Dördüncü Ek, bugünkü Bosna Hersek devletinin anayasasını oluşturmaktadır. Altıncı Ek ise, Taraflara kendi yetki alanı içinde bulunan herkese

---

38 Dayton Barış Anlaşmaları, İngilizce olarak yazılıp imzalanmış, yerel dilere resmi çevirisi yapılmamıştır. "*Republika Sırpska"* deyimi İngilizce metinde de, bu Sırpça biçimde kullanılmıştır. Bu deyim, Dayton Anlaşmaları ile kurulacak yeni Bosna Hersek devletini oluşturacak parçalardan biri olan Sırp etnik grubunun egemenliğindeki Cumhuriyet ile "eski" Yugoslavya'nın parçalanması üzerine 1992'de kurulmuş olan "yeni" Yugoslavya'nın iki biriminden biri olan Sırbistan Cumhuriyeti'ni ayırt etmek için kullanılmıştır. "Yeni" Yugoslavya'nın öteki birimi Karadağ idi. 2002'de iki birimin Cumhurbaşkanlarınca varılan bir anlaşmanın sonucunda, ortak devletin adından "Yugoslavya" kaldırılmış ve devletin adı "Sırbistan ve Karadağ" olmuş; iki birim arasındaki bağlantılar da sadece dış ilişkiler ve savunmaya indirgenerek bir tür zayıf federasyon (yada konfederasyon oluşturulmuştur. Sırbistan ve Karadağ 2003 Nisan'ında Avrupa Konseyi'ne üye olarak kabul edilmiştir.

Daha sonra, iki devletin ayrılması üzerine, Sırbistan Cumhuriyeti 3 Haziran 2006 tarihinden bu yana, Avrupa Konseyi üyeliğini tek başına sürdürmektedir. Karadağ ise, Mayıs 2007'de Avrupa Konseyi üyeliğine kabul edilmiştir.

39 Bu makalenin yazıldığı 2011 yılı yaz aylarında Bosna içsavaşı sırasında Sırp liderler olan Radovan Karadiç ve Ratko Mladiç de aynı mahkeme önünde yargılanmakta idiler.

"uluslararası alanda kabul edilmiş insan hakları ve temel özgürlükleri en üst düzeyde sağlamak" yükümlülüğü koymuştur. Bu yükümlülüğün yerine getirilmesi için de bir İnsan Hakları Komisyonu kurulmuştur. Komisyon iki birimden oluşmuştu: İnsan Hakları Ombudsman'ı ile İnsan Hakları Mahkemesi (*Human Rights Chamber)*.

İnsan Hakları Mahkemesi 14 yargıçtan oluşan bir yargı organıydı. Yargıçların sekizi, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nce seçilmiş[40]; Bosna Hersek Devletini oluşturan iki birimden Bosna Hersek Federasyonu ve *Republika Srpska* da ikişer yargıç atamışlardır. Bütün yargıçların, yüksek yargı mevkilerinde görev yapma yeteneği olan ve uzmanlıkları kabul edilmiş hukukçular olması öngörülmüştü[41].

İnsan Hakları Mahkemesi'ne Bosna Hersek devleti yada bu devleti oluşturan iki birimden birince, Mahkemenin uygulayacağı insan hakları belgeleriyle güvence altına alınmış bir hakkının ihlal edildiğini iddia eden herkes başvurabilirdi. Başvuru için herhangi bir harç yatırmak gerekli değildi.

Ancak, yapılacak yargılamalar "ceza yargılaması" niteliğinde değildi; yani yargılananlar, "gerçek kişiler" değil, Bosna Hersek devleti ile bu devleti oluşturan iki birim olan Boşnak-Hırvat Federasyonu ve "Republika Srpska" yönetimleri olacaktı. Bu nedenle de, ***"Srebreniska toplukıyımı***" ile ilgili davada, konu sadece "insan hakları" ihlali ile sınırlı olarak ele alınmış ve *Republika Srpska*'nın insan hakkı ihlali dolayısıyla sorumlu olduğuna karar verilmiştir[42] *"Republika Sırpska"* deyimi İngilizce metinde de, bu Sırpça biçimde kullanılmıştır. Bu deyim, Dayton Anlaşmaları ile kurulacak yeni Bosna Hersek devletini oluşturacak parçalardan biri olan Sırp etnik grubunun egemenliğindeki Cumhuriyet ile "eski" Yugoslavya'nın parçalanması üzerine 1992'de kurulmuş olan "yeni" Yugoslavya'nın iki biriminden biri olan Sırbistan Cumhuriyeti'ni ayırt etmek için kullanılmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi örnek alınarak oluşturulmuş olan Mahkeme, beş yıllık bir süre için kurulmuştu ama, daha sonra, iş yükünün

---

40 Seçilenlerin soyadı sırasıyla adları ve ülkeleri şöyledir: R. Aybay (Türkiye), P. Germer (Danimarka), G. Grasso (İtalya), J. Möller (İzlanda), M. Nowak (Avusturya), M. Picard (Fransa), D. Rauschning (Almanya), A. Zelinski (Polonya), Bakanlar Komitesi'nce ilk Başkan olarak seçilen P. Germer daha sonra istifa etmiş, yerine üyelerden M.Picard seçilmiştir. A. Zelinski de, Polonya'da İnsan Hakları Ombudsman'ı seçilmesi üzerine Mahkemedeki görevinden ayrılmış, yerine Macar Viktor Masenko-Mavi seçilmiştir.

41 Yargıçlarda bulunması beklenen niteliklerle ilgili hükmün yazılışında, AİHS'nin ilgili hükmünden esinlenilmiş olduğu anlaşılmaktadır.

42 Mahkeme önünde yargılanabilecekler arasında Hollanda olmadığı için, Birleşmiş Milletler Barış Gücü'ne *(IFOR)* bağlı Hollandalı askerlerin, olaydaki savsamaları (ihmalleri) da inceleme kapsamı dışında kalmıştır.

fazlalığı nedeniyle üç yıllık bir uzatma kabul edilmiş ve görev 2004 yılı başına kadar devam etmiştir.

Mahkeme bir ceza mahkemesi olmamakla birlikte, konusu suç oluşturan, işkence, toplu kıyımlar, zorla göç ettirmeler gibi olaylarla ilgili kararlar vermiştir. Ancak, bu kararlarda amaç, ilgili bireyleri (suç faillerini) cezalandırmak değil, olayları insan hakları açısından inceleyip, aydınlatmaktı. Mahkemenin verdiği bu türeden kararların en önemlisi, "Srebrenika toplukıyımı" olayıyla ilgili olarak verdiği karardır. İkinci Dünya savaşından bu yana görülen en büyük toplu kıyım olarak tarihe geçen bu olay 10-19 Temmuz 1995 tarihleri arasında B.M. Barış Gücüne bağlı Hollanda birliklerinin denetimindeki bölgede olmuştur. Bu kıyımda, en ihtiyatlı tahminlere göre 7.000 Müslüman erkek öldürülmüştür. ***"Srebreniska toplukıyımı"*** ile ilgili ilk yargı kararı olan bu kararında Bosna-Hersek İnsan Hakları Mahkemesi, olayı insan hakları açısından incelemiş ve çok ciddi insan hakkı ihlaller olduğunu gerekçeli olarak saptamıştır.[43]

2) Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi (EYUCM; *International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia; ICTY)*

Yukarıda belirttiğimiz gibi, Dayton Barış Anlaşmasının 6. Ekiyle kurulan mahkeme, ceza yargılaması yapacak bir mahkeme değildi.

Ceza yargılaması yapmaya yetkili mahkeme "Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi" (EYUCM; *International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia; ICTY*) adıyla, Güvenlik Konseyinin 25 Mayıs 1993 tarihli ve 827 sayılı kararı ile kurulmuştur.

Görev süresinin 2010 sonunda bitmesi öngörülen Mahkemenin görev süresi, Güvenlik Konseyi'nin 22 Aralık 2010 tarihli ve 1966 sayılı kararıyla uzatılmıştır.

Ancak, Mahkemenin yapısı değişecektir. Güvenlik Konseyi kararına göre gerek eski Yugoslavya gerek Ruanda Ceza Mahkemelerinin görevi 31 Aralık 2014 tarihine kadar uzatılmıştır. Temmuz 2013'den başlamak üzere, bu iki Mahkeme çalışmalarını yeni bir oluşum (mekanizma) içinde sürdürecektir: Ceza Mahkemelerinin Artakalan Düzeneği (Mekanizması) *(Residual Mechanism for Criminal Tribunals).* Bu yeni düzenlemeye göre, Arta kalan Düzenek (Oluşum) iki kol (daire; *branch)* halinde çalışacaktır.

---

43 Bkz. Aybay, Rona; Bosna Hersek İnsan hakları Mahkemesi'nin Srebrenitza Toplukıyımı Kararı; "Uluslararası Suçlar ve Bosna Hersek Örneği" (ed. E.Türbedar-S. Elekdağ içinde; ASAM yay. Ankara 2008; Aybay, Rona; Dokuz yılın ardından gelen itiraf; AÇIK SAYFA, Haziran 2004,s.6 vd.

Birinci kol 1 Temmuz 2013 tarihinden başlayarak Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yerine geçecektir. Bu yeni oluşum, eskiye oranla daha küçük ve daha hızlı çalışan bir birim olacak ve görevin 31 Aralık 2014'de sona erecektir.

Yeni oluşumun ikinci kolu da, 1 Temmuz 2012 tarihinde Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yerine geçecektir.

Kuruluş belgesine göre EYUCM 1 Ocak 1991 tarihinden bu yana, eski Yugoslavya'daki içsavaş sırasında, eski Yugoslavya toprakları üstünde işlenmiş uluslararası insancıl hukuka aykırı eylemlerin sorumlularını yargılamaya yetkilidir. İnsanlığa karşı suçları, soykırım suçunu yada Savaş Hukukuna ilişkin 1949 Cenevre Sözleşmeleri kapsamındaki suçları işleyenler Mahkemenin yargı yetkisi içindedir. Bu genel anlatım; kasten insan öldürme, işkence vb. eylemler, toplukıyım, askeri gereklilik sınırlarını aşan ölçüde sivillere maddi ve manevi zarar veren uygulamalar; malların tahribi yada yağmalanması vb. suçları içermektedir. Ayrıca bu suçların işlenmesi için emir verenler de Mahkemece yargılanacaktır.

Mahkeme'ce verilebilecek cezalar, özgürlüğü bağlayıcı cezalarla (hapisle) sınırlıdır. Başka bir deyişle, ölüm cezası verilemeyecektir. Hapis cezalarının nasıl ve hangi devletin ülkesindeki cezaevinde çektirileceği, ilgili devletler arasındaki anlaşmalarla belirlenecektir.

Mahkeme Hollanda ile yapılan bir anlaşma uyarınca Lahey kentinde çalışmaktadır.

Yargılanma sürerken ölen Miloseviç ile Radovan Karadiç ve Ratko Mladiç gibi kişileri yargılayan mahkeme, kısaca "*Eski Yugoslavya Ceza Mahkemesi*" denilen mahkemedir (ICTY). BM Güvenlik Konseyi'nin 25 Mayıs 1993 tarihli (res. 827) ile kurulmuştur. Bu mahkeme, 1 Temmuz 2002 tarihinde yürürlüğe giren Roma Sözleşmesiyle kurulan Uluslararası Ceza Mahkemesi ile karıştırılmamalıdır.

Görevi, Yugoslavya'da ve özellikle Bosna Hersek'teki "etnik temizlik" ve benzeri suçlarla ilgili olarak suçlanan kişileri yargılamak olan bu Mahkemenin daha önce yargıladığı Sırbistan Devlet Başkanı Miloseviç ve benzerleri gibi *Republika Srpska'nın* liderliğinde bulunmuş olan Karadiç'i de yargılaması doğal görünmektedir. Ancak, bazı sorunlu noktalar da yok değildir. Örneğin, bu mahkemeyi kuran BM Güvenlik Konseyi'nin, gerçek kişileri yargılamak üzere mahkeme kurmaya yetkili olduğu tartışmalıdır. Güvenlik Konseyi'nin, bu mahkemeyi kurmakla, uluslararası barışı ve güvenliği korumak üzere BM Anayasası (m.39-42) uyarınca devletler üzerinde etkili kararlar alma yetkisinin sınırlarını aştığı ileri sürülmektedir.

Öte yandan mahkemenin, görev süresi de sorun yaratmaktadır. Yukarıda belirttiğimiz gibi, mahkeme zaman baskısı altında çalışmak zorundadır. Görev süresinin uzatılması için Güvenlik Konseyinde Rusya'nın engellemesinin aşılmasını gerekmektedir. Sırp-Rus yakınlığı ve Ortodoks mezhebi kardeşliği gibi nedenler, bu engelin aşılmasını güçleştirmektedir. Yukarıda açıkladığımız gibi,süre son defa uzatılmıştır.

Gerek Eski Yugoslavya gerek Ruanda Mahkemeleri, oluşturulacak yeni ve küçültülmüş biçimleriyle çalışacaklar ve 2014 yılı sonunda görevleri kesin olarak sona erecektir. sözkonusu olabilir. Bu sürenin de dolmasıyla, konuyla ilgili ulusal mahkemelerin yetkisi geri gelecektir.

3) Ruanda (Rwanda) Uluslararası Ceza Mahkemesi

Ruanda, Afrika kıtasının ortasında, denize çıkışı olmayan da küçük bir ülkedir.Önce Almanların sömürgesi olmuş;1916'da Belçika güçlerince işgal edilmiştir.

Birinci Dünya Savaşı sonrasında Milletler Cemiyeti'nce Belçikanın "mandası" altına konulmuştur. İkinci Dünya Savaşı sonrasında Belçika'nın yönetimi Birleşmiş Milletler "vesayet" rejimi adı altında devam etmiştir.

1959 da, ülkedeki iki kabile (*Hutular* ve *Tutsiler*) arasında yaşanan bir içsavaş sonrasında 1962 yılında 1962'de bağımsız bir Cumhuriyet olarak ilan edilmiştir.

Dünyanın en yoksul ülkelerinden biri olan Ruanda'da, İki kabile arasında çıkan ve Avrupa ülkeleri ile A.B.D tarafından da dolaylı olarak desteklenen yeni bir iç savaş yaşanmış;ülke, 1994 yılında dünya tarihinin en acımasız soykırım olaylarından birine sahne olmuştur. Bu olaylarda, yaklaşık 1 milyon *Tutsi* ve *Hutu* can vermiş; yüzbinlerce insan, canını kurtarabilmek için komşu ülkelere sığınmaya çalışmıştır.

Ruanda (Rwanda) Uluslararası Ceza Mahkemesi, işte bu çok kanlı olayların sorumlularının yargılanması için Güvenlik Konseyinin 8 Kasım 1994 tarihli ve 955 sayılı kararı ile kurulmuştur.

Mahkeme'nin yetkisi içinde soykırım olaylarını planlayan, teşvik eden ve uygulayanları yargılamak vardır. Mahkeme ayrıca, rehin alma, terör eylemleri ve insan onuruna saldırı niteliğindeki eylemler gibi, 1949 Cenevre Sözleşmelerine aykırı davranışta bulunmuş olanları da yargılayacaktır. Eski Yugoslavya Ceza Mahkemesi gibi Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin de verebileceği cezalar arasında ölüm cezası yoktur.

Kuruluş belgesi (Statüsü), Mahkemenin yetkisinin, Ruanda'nın kara ve hava ülkesine ek olarak; Ruanda yurttaşlarınca işlenmiş insancıl hukuka

ciddi aykırılık oluşturan eylemler bakımından komşu ülkeleri de kapsadığını belirtmektedir (madde 7).

Mahkemenin zaman bakımından yetkisi ise 1 Ocak – 31 Aralık 1994 tarihleri arasını kapsamaktadır.

Mahkeme Birleşik Tanzanya Cumhuriyetinin başkenti Aruşa'da çalışmaktadır.

Yukarıda açıkladığımız gibi Eski Yugoslavya Ceza mahkemesi ile birlikte Ruanda Ceza Mahkemelerinin görevi de 31 Aralık 2014 tarihine kadar uzatılmıştır. Temmuz 2013'den başlamak üzere, bu iki Mahkeme çalışmalarını yeni bir oluşum (mekanizma) içinde sürdürecektir : Ceza Mahkemelerinin Artakalan Düzeneği (Mekanizması) *(Residual Mechanism for Criminal Tribunals).*

Bu yeni düzenlemeye göre, Artakalan Düzenek (Oluşum) iki kol (daire; *branch)* halinde çalışacaktır. Görev süresinin 2010 sonunda bitmesi öngörülen Mahkemenin görev süresi, Güvenlik Konseyi'nin 22 Aralık 2010 tarihli ve 1966 sayılı kararıyla 31 Aralık 2014 tarihine kadar uzatılmıştır. Ancak Temmuz 2012'den başlamak üzere Mahkeme yeni bir oluşum (mekanizma) olarak çalışmasını sürdürecektir

4) Uluslararası Ceza Mahkemesi

Uluslararası Ceza Mahkemesinin kuruluşunu sağlayan 17 Temmuz 1998 tarihli Roma Antlaşmasının 60. devletçe onaylanması üzerine Mahkeme 1 Temmuz 2002'de kuruluşunu tamamlamıştır. Başlangıçta böyle bir mahkeme kurulması fikrini destekleyen ABD'nin, Roma Konferansında "deyim yerindeyse- son dakikada desteğini çekmesi, Mahkemenin oluşumunda bazı güçlüklere yol açmıştır. Halen bu Mahkemeyi kuran sözleşmeye taraf devletlerin sayısı 100'ü aşmış durumdadır.

Bu mahkemenin kurulması, uluslararası ceza hukuku alanında çeşitli açılardan çok önemli bir dönüm noktası oluşturmuştur. Örneğin, mahkemenin yetkisi, belli bir bölgeyle sınırlı olmadığı gibi; görev alanına giren suçlar bakımından devlet başkanı bağışıklıkları ve dokunulmazlıklarından yararlanılması da sözkonusu değildir.

Mahkemeyi kuran Roma Sözleşmesinin hazırlıkları BM Örgütü içinde başlamış olmakla birlikte, bu mahkemenin, BM ile ilgisi "Eski Yugoslavya" ve "Ruanda" Ceza Mahkemelerine göre zayıftır. Çünkü bu mahkemeye varlık kazandıran uluslararası sözleşme bağımsız bir belgedir dolayısıyla BM ile Mahkeme ile BM arasında organik bağ yoktur. Bununla birlikte, Mahkemenin etkin biçimde çalışabilmesi için, BM ile işbirliğini gerektiren yönler vardır.

Örneğin, BM Güvenlik Konseyi de, Mahkeme önünde dava getirebilmektedir. Öte yandan, kurucu Sözleşmeye göre Güvenlik Konseyi, "siyasal" ve "diplomatik" açılardan gerekli gördüğü hallerde Mahkemeden belli bir süre için, belli bir olayla ilgili işlemleri durdurmasını isteyebilmektedir.

Güvenlik Konseyi'nin bazı devlet başkanlarıyla ilgili olarak aldığı "hesapları dondurma" türü önlem kararları da UCM ile koşut nitelikte olabilmektedir. BM'in Mahkemeye bilgi sağlama ve lojistik destek vermesi de önemlidir. Mahkemenin BM ile ilişkisinin, Mahkemeyi kuran sözleşmeye taraf devletlerinden oluşan Kurul ile BM arasında yapılacak bir anlaşma ile kurulması öngörülmüştü (m.2). Bu anlaşma 23 Kasım 2006 tarihinde gerçekleştirilmiştir.

18 yargıçtan oluşan Mahkemenin yargıçları, taraf devletlerin temsilcilerinden oluşan Kurulca, katılan devletlerin üçte ikisinin oyuyla seçilecektir. Dolayısıyla, BM'in örgüt olarak, yargıç seçimiyle doğrudan bir ilişkisi yoktur.

5) Türkiye'nin durumu

2005 yılında yürürlüğe giren yeni Türk Ceza Kanununda, "Özel Hükümler" Başlıklı "İkinci Kitap'ın "Birinci Kısım"ının başlığı "Uluslararası Suçlar"dır. Bu "Kısım"ın birinci "Bölüm[44]"ünde, Roma Sözleşmesi hükümleriyle tam olarak örtüşmese de "Soykırım ve İnsanlığa Karşı Suçlar" la ilgili hükümlere yer verilmiştir (TCK m.76-79). Bu suçlardan dolayı, "tüzel kişiler hakkında da güvenlik tedbirlerine hükmolunur. Bu suçlardan dolayı zamanaşımı işlemez."

Bu konuyla ilgili olarak Türkiye'nin durumu, biraz gariptir. Türkiye, Roma Sözleşmesi'nin hazırlık çalışmalarına katılmıştır ancak, "terör suçları"nın kapsam dışı bırakılması gerekçesiyle, Sözleşemeye olumlu oy vermemiştir. Sonuç olarak, Türkiye 100'ü aşkın sayıda devletin taraf olduğu Roma Sözleşmesi'ne taraf değildir; dolayısıyla Uluslararası Ceza Mahkemesi ile doğrudan ve organik bir ilişki içinde değildir.

Ancak, 2004 yılında yapılan bir anayasa değişikliğiyle, AY m. 38'e eklenen fıkrayı okuyan biri, Türkiye'nin bu sözleşmeye taraf olduğu izlenimini edinebilir. Eklenen fıkra şöyledir:

---

44 "Bölüm" sözcüğü, gündelik konuşma dilinde genellikle Osmalıcadaki "kısım"ın karşılığı olarak kullanılmaktadır. Ancak yasama dilimizde "bölüm" ve "kısım" eşanlamlı olarak değil; "kısım"ın, "bölüm"e göre üst kavram olarak kullanıldığı görülüyor. Örneğin 1961 Anayasası: *"Birinci Kısım: Temel Hak ve Hürriyetler; Birinci Bölüm: Genel Hükümler"*. TBMM İçtüzüğü: *İkinci Kısım TBMM'nin Kuruluşu; Birinci Bölüm: Başkanlık Divanı.* TCK'yı kaleme alanların da aynı kullanımı sürdürdükleri anlaşılıyor.

Kanımca, "kısım" yerine "kesim" sözcüğünün kullanılması daha doğru olurdu.

"Uluslararası Ceza Divanı'na taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere, vatandaş suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilemez."

Bir tek tümceden oluşan bu fıkraya birden çok yanlış sığdırılmış görünmektedir: Fıkradaki "*Uluslararası Ceza Divanı'na taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler*" ibaresi, tam bir özensizlik örneğidir. Burada söylenmek istenilen -henüz taraf olunmamış- Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin (Divanının) kurulmasına ilişkin sözleşme olmalıdır. Bu fıkra anayasaya eklendiğinde, Türkiye, Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni (Divanını) kuran sözleşmeye taraf değildi; bugün de değildir. Dolayısıyla, "taraf olmaktan" doğacak herhangi bir yükümlülüğünden söz edilemez. Zaten, yukarıda belirttiğimiz gibi Türkiye, hazırlık çalışmalarına katıldığı Roma Sözleşmesi kapsamına "terör suçları" alınmadığı gerekçesiyle, sözleşme dışı kalacağını açıklamıştı. Vatandaşın, yabancı "ülkeye verilmesi" de doğru bir anlatım değildir. Çünkü hukuk dilinde "ülke", devletin kendisi değil, onu oluşturan ögelerden biridir.

Bu konu, hakkında Uluslararası Ceza Mahkemesi'nce tutuklama kararı alınmış olan Sudan Devlet Başkanı El Beşir'in İslam Konferansı Örgütü'nün bir toplantısı için yurdumuza gelmesinin sözkonusu olması üzerine,2007 yılında güncellik kazanmıştı. Türkiye'ye gelmesi halinde, El-Beşir'in yakalanıp, Uluslararası Ceza Mahkemesinde yargılanmak üzere ilgililere teslim edilmesi gerektiği ileri sürülmüştü. Bu olayda sorun, diplomatik yoldan çözüme bağlanmış ve El-Beşir Türkiye'ye gelmekten vazgeçmiştir.

Anayasasına eklenmiş olan fıkra ile anayasasına Uluslararası Ceza Mahkemesinin (Divanının) adını geçirmiş olan Türkiye, o gün de bugün de bu mahkemeyi kuran sözleşmeye taraf değildir. Dolayısıyla, sözleşmeden doğan herhangi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Uluslararası hukuk öğretisinde, devletlerin taraf olmadıkları sözleşmelerle bağlı olabilecekleri ayrıksı durumlar bulunabileceği durumlar olabilirse de,[45] burada böyle bir durum sözkonusu değildir.

Taraf olmayan bir devlet, ancak belli bir suç dolayısıyla, Mahkemenin Başyazmanına *(Registrar)* vereceği bir bildirimle (UÇM Statüsü, m.12/3), Mahkemenin yetkisini kabul ettiğini bildirirse; Mahkeme, o bildirim çerçevesinde yargı yetkisini kullanabilir. Böyle bir durum sözkonusu olmadıkça yada BM Güvenlik Konseyi'nce bağlayıcı bir karar alınmadıkça, Türkiye'nin sorumlu olacağı bir durum yoktur.

Bir Türkiye Cumhuriyeti yurttaşının, UCM'nin yetki alanına giren bir suç dolayısıyla suçlanması (UCM Statüsü, m.12/2.b) ve yabancı bir ülkede

---

45 Bkz. Aybay, Rona; Kamusal Uluslararası Hukuk, Seçkin yay. Ankara 2011, s.131 vd.

tutulması, gözaltına alınması yada tutuklanması gibi hallerde ise, Türkiye'nin diplomatik ve konsüler korumasından[46] yararlanabilmesi gerekir.

---

46 Bkz. AYBAY, Rona; Tarih ve Hukuk Açısından Konsolosluk, T. İş Bankası Kültür yay. 2009,s.99 vd.

Ticari Meşru Savunma

*Pierre-Henri BOLLE**

*Çeviren: Güçlü AKYÜREK***

Bir başlıktan fazlası olarak meşru savunma, farklı ve dikkat çekici bir ceza hukuku kurumudur. Çok eskidir zira kökeni arkaik çağlara kadar uzanır. Misilleme gibi kendi kendine adalet sağlama kurumlarıyla karıştırılmakla birlikte, intikamla ya da tuzak, elektrikli kapı veya bariyer, otomatik ateş mekanizmaları gibi güvenlik önlemleriyle de karıştırılmaktadır. Hatta görüntüleri benzer olsa da dogmatik esasları tamamen farklı olan zorunluluk halinden yeni yeni ayırt edilmektedir.

Kurumların tarihine bakıldığında, meşru savunmanın evrensel olduğu da görülmektedir: koşulları ve uygulama alanı farklı olsa da hiçbir hukuk sistemi onu yok saymamıştır. Örneğin bir Roma-Cermen karşılaştırmalı hukukçusu açısından Anglo-Sakson hukukunda, cebir gibi öznel nitelik taşıyan ve failin sorumluluğunun olmaması sonucu doğuran mazeret sebepleri (*defences which operate as an excuse*) ile meşru savunma gibi öznel bir nitelik taşıyan ve failin sorumluluğunu kaldıran hukuka uygunluk sebeplerini (*defences which operate as a justification*) bünyesinde barındıran "*general defences*" arasına saklanmış olabilir (bkz. J. Pradel, Droit pénal comparé, 2e éd., 2005, s. 325, n. 220)

İlk başta meşru savunma yalnızca insanın yaşam hakkı ile vücut bütünlüğü hakkına ilişkindi. Bu durum bugün de hala geçerlidir. Tek farkla: düzenleme artık yalnızca ceza kanunu ya da ceza muhakemesi kanununda değil, anayasal düzeyde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesinin 2. paragrafının "bir kimsenin yasadışı şiddete karşı korunmasını" öngören a) fıkrasında yer almaktadır.

---

* Prof. Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

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

Meşru savunma kurumunun gelişimi toplumsal tarihe paralel bir seyir izlemiş ve uygulama alanı kısa zamanda kişinin özgürlük ve onur gibi diğer değerlerini de kapsar hale gelmiştir. Sonuçta önce içtihat sonra da ceza kanunu yoluyla bireysel maddi menfaatlerin korunmasına yönelik bir dönüşüm olmuştur. Burada Fransız hukuku gerçekten dikkat çekicidir: eski Ceza Kanunu'nun 328 ve 329. maddeleri yalnızca kişiye karşı suçlar için geçerliydi. Söz konusu kısıtlama yeni Kanun ile kaldırılmıştır (m. 122-5 2. fıkra).

Maddi hakların korunmasının, meşru savunmanın uygulama alanına katılması, ceza hukukunun güzel ve cömert gelişimini de ortaya koymaktadır. Tarihi olarak ve toplumsal algı açısından meşru savunma, haksız şiddet eylemlerine karşılık vermeye hizmet etse de, günümüzde saldırganın gayrimeşru şekilde hareket etmesi veya hareket edeceği tehdidinde bulunması yeterlidir. Saldırgan kaynaklı bir şiddete artık ihtiyaç yoktur.

Bununla birlikte gayrimeşru saldırı başka bir gerçek kişiden gelebilir ve bu bir birey, çocuk ya da akıl hastası olabilir. Ayrıca dolayısıyla faillik ya da saldırgan bir köpeği yönlendirmek gibi hallerde saldırganın bizzat kendisi de eylemde bulunmuyor olabilir. Ancak kendisine doğru koşan kızgın bir boğayı vuran kişinin durumu meşru savunma değil zorunluluk halidir.

Korunan değerlerin mutlaka bireye ait olması gerektiğini de (kendisine veya bir başkasına) belirtelim. Böylece resmi makamlarca korunan kamusal mallar veya devlet malları açısından meşru savunma söz konusu olamaz. Bir nükleer santrale girişi engelleyen nükleer enerji karşıtları, hastane, klinik hatta ameliyathanelere saldıran kürtaj karşıtı savaşçılar veya sürüş tarzlarını beğenmedikleri araç şoförlerini kovalayan yol adaletçileri, meşru savunmanın korumasından yararlanamazlar. Ancak "Sovyet devletinin değerlerinin" ve "toplumsal değerlerin" korunması için meşru savunmaya izin veren eski Sovyet hukukunu da hatırlatalım (bkz. Rusya Federatif Sovyet Sosyalist Cumhuriyeti'nin 1960 tarihli Ceza Kanunu m. 13; bkz. R. Legeais, Légitime défense et protection des biens. Aperçus de droit comparé, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 1980, p. 325 vd, 329).

Ayrıca meşru savunma, özellikle polis ve ordu gibi resmi makamların arama, yakalama işlemlerine karşı kabul edilmez, hatta işlem bir hataya dayansa veya kusur oluştursa bile sonuç aynıdır. Vatandaşın kamu gücüne karşı bu güçsüz konumu şaşırtıcı gelse de, belirtilen şartlarda gayrimeşru bir saldırıya uğrayan kişinin başvurabileceği kamu hukuku (idari, disipliner, cezai) ya da özel hukuk (hukuk davası, özellikle de maddi ve manevi tazminat davası) kaynaklı başka yollar olduğunu da unutmayalım.

Son olarak meşru savunmanın, gayrimeşru olarak saldırıya uğrayan kişi için sübjektif bir hak mı yoksa olağan hukuki bir yol mu olduğu sorusunu cevaplamak kalmıştır. İsviçre hukukunda, meşru savunma sübjektif bir hak

yani hak sahibinin bizzat kendisini ve maddi menfaatlerini korumak için başvurabileceği başlıca yoldur: kurtulma, kaçma olanağı olanın, aynı şekilde karşı koyma ve kendini savunma hakkı da vardır. Oysa Alman hukuk aksi yönde bir çözümü benimsemektedir: meşru savunma tıpkı zorunluluk hali gibi ikincil bir yoldur ve kaçma, kurtulma veya başka bir kurtuluş yolu olanaksız ise kullanılabilir. Zaten bu alternatifin değeri hem teorik hem de pratiktir. Çünkü meşru savunma ancak "şartlara uygun araçlarla" yapılabilir (İsviçre Ceza Kanunu m. 15). Meşru savunmada bulunan kişi, o halde harekete geçmeden önce, bir anlık da olsa, çıkarları kıyaslamalı ve mevcut değerleri makul biçimde değerlendirmeli, saldırganın araçlarını dikkate almalıdır. Savunma, saldırganın yarattığı şiddet kadar sert olabilir. Diğer şartlar da dikkate alınmalıdır: tehlike somut, ciddi ve yakın olmalıdır, saldırganın kişiliği de önemli bir rol oynamaktadır, örneğin saldırının, yaşından kaynaklanan bir öfke nöbeti içindeki yaşlı bir kimse veya içtiği rakıdan tamamen sarhoş olmuş bir kişi ya da epilepsi krizi geçiren biri veya çok öfkeli bir çocuk tarafından gerçekleştirilmesi önemlidir. Sonuç olarak meşru savunmadaki kişinin bilinci ve öngörüsü, gayrimeşru saldırının yapısı ile ilgilidir ve mutlak gereksinim ile rahatsızlık konusunda ikna olunmalıdır. Eğer kişi yanılmışsa, meşru savunmada hataya düşüldüğü ve suç işlendiği söylenecektir. Kısacası bilinçsiz veya gözü kapalı eylem halinde meşru savunma yoktur. İrade serbestîsi kapsamında meşru savunmaya başvurulması kısa ve ızdıraplı olsa da düşünmeyi, kavrama çabasını ve anlık da olsa kendine sahip olmayı gerektirir. Kendini veya mallarını, korku, endişe ve şaşkınlığın etkisi altında gayrimeşru bir saldırıdan korumak, meşru savunma değildir. Sistemlere veya yargıçların takdirine göre cezanın azaltılmasına ya da kaldırılmasına yol açacak şekilde aşırı korku ve heyecan içerisinde işlenen suçları, maddi unsurun varlığına rağmen hiçbir suçun işlenmemiş olması sonucunu doğuran bir hukuka uygunluk sebebi olan meşru savunmanın uygulanmasından ayırmak gerekmektedir.

Yukarıdaki değerlendirmeler ve genellemeler göstermektedir ki, her zaman ve her yerde meşru savunma, birbirine karşı gelen, birbiriyle çarpışan, bir şekilde mücadele eden gerçek kişileri, hatta şiddete karşı şiddeti, kişilikleri ve/veya maddi menfaatleriyle ilgili olarak karşı karşıya getirmektedir.

Klasik ceza hukukunda, tıpkı Fransız hukukundaki gibi (Ceza Kanunu m. 122-5), konuyu burada bitirebiliriz. Ancak çağdaş hukukun çeşitli sürprizleri bulunmaktadır. Örneğin ticari ceza hukuku, *de lege feranda* ya da *de lege lata* olarak giderek artan biçimde tüzel kişilerin, özellikle de ticari şirketlerle, endüstri ve finans şirketlerinin cezai sorumluluğunu tanımaktadır. Bir şirket, fail olarak bir suç işlemekten dolayı cezai sorumluluğun altına sokulduğuna göre bazıları, bu şirketin (bir çeşit) meşru savunmada, ekonomik

meşru savunmada bulunup bulunmayacağını sorgulamaktadırlar. Kavramın yaratıcısı ve geliştiricisi olan Chr. Stalla-Bourdillon, meslektaşı S. Nunes ile bu konuda bir makale de yazmıştır: La légitime défense économique (LCD) : une alternative à la non-gouvernance mondiale?, Cahiers de la sécurité, n.1, juillet/septembre 2007, s. 100-107.

Fikir ilgi çekicidir, ancak bu mutlaka iyi olduğu anlamına gelmez. Eğer öyle olsa bile ticari ceza hukukuna gerekli, uygulanabilir ve etkileri yasakoyucu ile yargıçların istediği yönde olabilecek yeni bir kurumun getirilmesine yol açabilecek midir? Daha çok, gerçekler karşısında harekete geçilmesi konusunda ikna olmuş ama nasıl yapılacağını bilmeyen ceza siyasetçileri tarafından icat edilmiş, daha iyisi olmayan bir yasal mazeret sebebi değil midir? Bu konu tartışılmalıdır.

Öncelikle şu soruyu soralım: klasik meşru savunmanın uygulama alanını şirketlere ve iş dünyasına doğru genişletmek için toplumsal bir gereksinim var mıdır? Tamamen hukuki ve soyut olanlar dışında, ceza hukuku ve ceza adaleti karşısında bireylerle şirketleri eşit kılmak için bir sebep var mıdır?

Bu haliyle soru nettir. Sorun çıkaran ise cevaptır. Eğer Sayın Stalla-Bourdillon ve Nunes tarafından konulan teşhis doğruysa: özellikle yurtdışında ve uluslararası alanda faaliyet gösteren şirketler son derece hassas durumdadır ve üstlendikleri risk de çok büyüktür. Önerilen çözüm yanlıştır. Meşru savunmanın iş hayatına genişletilmesinin az sayıda olumlu etkisinin yanında, akıl karışıklığına yol açma ve yönetim kurullarında aldatıcı yanılsamalar doğurma gibi olumsuz etkileri de olacaktır. Bunu daha yakından inceleyelim.

Teşhis konusunda, öncelikle, iş dünyasına özellikle de küresel ekonomik stratejilere dair bilgi eksikliği nedeniyle konuyla ilgili olarak iki uzmanımızın çizdiği kara tabloya, yurtdışında ve/veya uluslararası alanda faal olan şirketlerin karşılaştığı artan riskleri gösteren tabloya (op. cit. s.100-106 yukarıda) gönderme yapmakla yetiniyoruz: "akımların hızlanması", çoğu devletin güçsüzleşmesi, küresel şirketlerin güçlenmesi, verisel ve bilişsel teknolojik gelişim, kısacası, küreselleşme; devletler arasındaki uyumun ve uluslararası kurumların etkinliğinin yokluğu, dünyada yönetimsizliğe neden olmuştur. Elbette bu yönetimsizlik anarşiye sebep olmamaktadır, ancak normatif ve kurumsal çerçevede açık ve ciddi bir eksiklik yaratmakta ve dünya rekabetinde dramatik bir bozulmayı tetiklemektedir (op. cit., 1. süt., s. 101) Söz konusu bozulma, şimdiye kadar az çok kontrol edilebilirken, artık «her türlü ulusal çerçevesinin dışına çıkmış» ve «çoğu devletten daha güçlü hale gelmiş», «vatansız», neredeyse «yalnızca finansal optimizasyona» bağlı küresel şirketlerce «çetin, acımasız ve hatta abartılı» hale getirilmiştir. (op. cit., 2. süt., paragraf 2, s. 101). Bu şirketler, çok uluslu ekonomik ve finansal

devlere dönüşmüşler, en güçlü devletlerden bile daha etkin hale gelmişler, onları yutmakta gecikmemişlerdir. Bu durum öyle bir noktaya ulaşmıştır ki, ABD yönetiminin mi, ABD askeri endüstrisinin mi ya da Rus hükümetinin mi Gazprom galaksisinin mi hangisinin yöneten hangisinin yönetilen konumunda olduğunu artık rahatlıkla sorgulayabiliriz.

Söz konusu yönetimsizlik halinin suça neden olduğu da hatırlatılırsa tablo daha da kararmaktadır: çok uluslu şirketler, küresel boyutta (örgütlü) suça bulaşmışlar ve suç üretir hale gelmişlerdir: ulusal ve uluslararası kurumsal ihmaller ve iş dünyasında etik kuralların yokluğu, suç oluşturan eylemleri desteklemektedir.

Devletin korumasından büyük ölçüde mahrum olan, yabancı devletin gayrimeşru ve hoyrat tedbirlerinin insafına kalan, hatta bir millileştirmenin kurbanı olup adeta mayınlı arazide faaliyet göstermek zorunda olan bir şirket, gayrimeşru hatta çoğunlukla yasadışı olup suç oluşturan saldırıların hedefi olmaktadır. Bu saldırılar doğrudan devletten, manipüle edilmiş medya grupları ile basın organlarından, terör ve suç örgütlerinden, sivil toplum örgütlerinden ve tarikatlardan kaynaklanabilmektedir: bir ürüne yönelik daha piyasaya çıkmadan yapılan haksız saldırılar; mallara ve kişilere karşı saldırılar (hırsızlık, soygun, yağma, adam kaçırma …); ticari casusluk; haksız rekabet ve kara para aklama; vergi usulsüzlükleri; veri, eşantiyon ve prototip hırsızlığı; bilişim alanındaki saldırılar; borsadaki bilişim saldırırları; prestije yönelik saldırılar; sahte davalar; sahte borsa ve piyasa işlemleri; bilgi hırsızlığı; sahtecilik; telefonların dinlenmesi; korsanlık; boykot; şantaj ve sindirme; silahlı saldırılar; terör saldırıları vb. (op. cit., s. 105).

Hiçbir (çok uluslu) şirket bu eylemlerden korunamamaktadır. Hepsi, hatta en güçlü olanları da kırılgandır. Elbette bu kırılganlık mutlak değildir. İdari ve ceza hukuku alanında adli uluslararası yardımlaşma her yerde gelişmektedir. Uluslararası kurumlar vardır ve bazen etkindirler (dünya ölçeğinde BM, INTERPOL, IMF, DTÖ ve bölgesel ölçekte AB ve Avrupa Konseyi). Lugano Sözleşmesi'nin ciddi biçimde canlandırdığı uluslararası tahkim ve Uluslararası Şeffaflık Örgütü gibi yolsuzluk alanında ekonomik ve siyasi suçlulukla mücadeleye önemli ölçüde katılan birçok sivil toplum örgütünün durmak bilmez etkinliği de unutulmamalıdır.

Ancak yine de bilanço bugün ciddi biçimde resmi makamların aleyhine, gayrimeşru, yasadışı hatta açıkça suç işleyen şirketlerin lehinedir ve bu şekilde devam etmesi ahlak dışı ve sorumsuzca olacaktır. İşte burada uluslararası toplum, bölgesel uzlaşmalar, devletler ve nihayet özellikle şirketler de dahil olmak üzere, bizzat ekonomik aktörlerce alınacak tedbir-lerden oluşan karmaşık bir yapıya sahip tedaviyi oluşturma isteği ortaya çıkmaktadır. Hepsini burada incelemek çok uzun olacağı gibi sınırlı sayıda olduklarını

öngörmek de çok iddialı olacaktır. O halde yalnızca ekonomik meşru savunmaya dönmeliyiz. Söz konusu olan bu kavramı özenli biçimde tanımlamak ve klasik meşru savunmadan ayırt etmektir. Sonunda da bu kavrama başvurulmasıyla ilgili, en azından mevcut tanımı çerçevesinde bazı karşı gerekçeler dile getireceğiz.

1. Klasik meşru savunmanın gerçek kişilerin, bireylerin katılımını gerektirdiğini gördük: gayrimeşru saldırgan ve meşru savunmada bulunan. Oysa ekonomik meşru savunma çoğunlukla bir tüzel kişi şirket tarafından yine bir şirkete karşı uygulanacaktır. Modern, zaman zaman da çok uluslu şirketlerin (ana şirket, şubeler, şirket grupları vb. oluşan geniş yapılar) karmaşık yapısı dikkate alındığında, vereceği karşılığın hedefinin seçimini meşru savunmada bulunana bırakmak çok zor hatta keyfi olacaktır. Gayrimeşru saldırgan eğer bir şube ise ana şirket hedef alınabilecek midir, veya tersi olabilecek midir? Kapı tüm fantezilere, saptırmalara ve istismarlara açıktır.

2. Meşru savunmanın kamu makamlarına ve onların müdahalelerine karşı geçerli olmadığını biliyoruz. Oysa iş dünyasındaki gayrimeşru saldırılar devletlerden veya kötü niyetli kamu makamlarından kaynaklanabilir ve o zaman meşru savunma hiçbir biçimde kabul edilmez. O halde kamu şirketlerinin, yarı kamusal olan ya da az veya çok devlet kontrolündeki şirketlerin veya gerçekten özel olmakla birlikte büyük finansal sorunlarla karşı karşıya olup devletin denetimine veya yönetimine geçen şirketler veya devletin bir tür taşeronluk, yetkilendirme veya vekalet yoluyla bir kamu hizmetini devrettiği özel şirketlerin durumu ne olacaktır? Mantıklı olan, hem meşru savunmanın yapısına hem de kamu gücü kavramına uymak için ekonomik meşru savunmanın, sayısı hiç de az olmayan bu hallerden istisna tutulmasıdır.

3. Meşru savunmanın koşullarından biri de gayrimeşru saldırının çok yakında veya halihazırda var olmasıdır ki, bunun "ekonomik alana uyarlanması… kolay değildir" (op. cit. 1. süt., paragraf 6). Bir yandan ekonomi, hukuk ve yargılama alanlarındaki zaman kavramları birbirinden tamamen farklıdır. Diğer yandan ekonomik işlemler çok karmaşık olabilir. Dolayısıyla gayrimeşru saldırının, tıpkı meşru savunma gibi başladığı ve tamamlandığı anı zamansal olarak belirlemek çok zor olacaktır. Böylece hiç kimse, özellikle de sıcağı sıcağına ve acilen karar vermek durumdaki, ekonomik meşru savunmada bulunan kişi, meşru savunmanın bu koşulunun yerine gelip gelmediğini kesin olarak bilemeyecektir.

4. Meşru savunmanın diğer bir önemli koşulu olan iki tarafta tehdit edilen veya zarar gören menfaatler arasındaki ölçülülük açısından da durum aynıdır: hak sahipleri bakımından fedakârlık makul müdür? Sadece bu da değil: ölçülülüğün taraflarca kullanılan araçlar ve yöntemlerde de bulunması

zorunludur, ayrıca bütün somut şartlara bağlıdır. Oysa dünyanın hemen her yerinde iş yapan ve faaliyet alanları endüstri, ticaret ve finans gibi son derece farklı olan şirket grupları arasında bir çatışma söz konusu ise bu inceleme ve değerlendirmenin yapılması son derece zor hatta imkânsızdır. Ekonomik meşru savunmayı uygulamadan önce bir kontrole başvurmak veya başvurulmasını sağlamak uygun olacaktır ki o zaman da zarar, hiçbir karşılık verilmeden gerçekleşmiş olacaktır. Doğal olarak meşru savunma, bu şartlarda böyle bir olaya uygun olmayan ve uygulanamaz hukuki bir kurumdur. Zaten gayrimeşru olduğu varsayılan bir saldırıya, ölçülülük konusunda açık ve makul bir değerlendirme yapmaksızın meşru savunma ile karşılık vermek sonuçta "krize kriz eklemeye" yol açacaktır (op. cit., 2. süt., paragraf 2, s. 106).

5. Meşru savunmanın son koşulu saldırının gayrimeşru olmasıdır. Oysa saldırının gayrimeşruluğunun suç oluşturmasına ya da yalnızca yasadışı olmasına indirgenemeyeceğini biliyoruz. Pekâlâ, bir deontoloji kuralına uymadan, mesleki etiğin ihlalinden, hatta genel olarak ahlak kurallarından kaynaklanabilir. Bu kurallar dünyanın değişik yerlerinde birbirinden son derece farklı olabilir. Yalnızca ticari uygulamaları, bankacılık ve finans kurallarını ya da rekabet kurallarını düşünmek yeterlidir: ya da ekonomik bir hareket farklı hukuk sistemlerine göre yasal veya yasadışı olabilir, suç oluşturabilir veya oluşturmayabilir, hatta belli bir kültüre has ahlak kurallarına aykırı veya uygun olabilir. Örneğin: İslami bankacılık sistemi, eski Sovyet hukukundaki veya Çin hukukundaki devlete ait ve toplumsal menfaatlerin korunması, Amerikan hukukundaki *plea bargaining*, vergi cennetlerindeki idari ve yasal farklılıklar veya İsviçre hukukundaki bankacılık sırrı yabancı ekonomi aktörleri açısından pek de tanıdık değildir. Ekonomi alanındaki saldırgan bir hareket fail açısından meşru iken ona muhatap olan açısından gayrimeşru olabilir. Burada savunmada bulunanın, saldırının değerlendirilmesinde yanıldığı meşru savunmada hataya düşülmesi gibi bir hal söz konusu değildir, ancak toplumsal ve hukuki kültürler arasında çatışma vardır. Çatışmanın hangi ölçüte göre çözüleceği ve söz konusu kültürlerden hangisinin hukukuna öncelik verileceği bilinmemektedir. Aslında meşru savunma, doğası gereği, bu koşullarda hiçbir işe yaramamaktadır.

Yukarıdaki tüm bu açıklamalar dikkate alındığında, aşağıdaki sonuçlara ulaşmaktayız.

A. Bir hukuka uygunluk sebebi olarak, meşru savunma ceza hukukunun etkin role sahip önemli bir kurumudur. Bütün çağdaş toplumsal ve hukuki kültürlere derinlemesine işlemiştir. Bu nedenle adaletin vazgeçilmez bir kurumudur. Hatta meşru savunmanın, suç politikasının eğilimini en açık biçimde ortaya koyduğu ve adalet ideali adına, vatandaşlarla resmi makamlar arasında daha iyi bir ortaklığa dayanarak, mağdurun suça karşı menfaatlerini koruyacak hakkı ve araçları ele almasına izin verdiği de iddia

edilebilir. Devlet artık ortağı olan vatandaşa adeta "kendine yardım et, biz de sana yardım edeceğiz" demektedir.

B. Oysa bu rolü oynayabilmek ve uyumlu, mantıklı ve makul bir suç politikasına dâhil olabilmek için meşru savunma çok sıkı kurallara tabi olmak zorundadır. Bu konudan daha önce söz ettik. Kurum çok iyi biçimde düzenlenmeli ve uygulama alanı net olarak belirlenmelidir. Ayrıca başta zorunluluk hali olmak üzere diğer hukuka uygunluk sebeplerinden, hatta kurumun inkârı anlamına gelecek olan kendi adaletini sağlama eylemlerinden açık biçimde ayrılmalıdır.

Meşru savunmayı, ekonomik meşru savunma adındaki bir fazlalıkla iş dünyasına doğru genişletmek yukarıdaki koşulların artık hiçbirine uyulmamasına yol açacaktır.

C. Her ne kadar ekonomik meşru savunmanın yaratıcılarının kaygılarını anlasak ve paylaşsak, özellikle yurtdışında faaliyet gösteren ve buna ihtiyaç duyan şirketlere yardım edilmesi önerilerini desteklesek de, iş hayatındaki suçlulukla mücadeleye ekonomik meşru savunmanın dâhil edilmesi fikrine katılamamaktayız. Elbette şirketler arasında her türlü meşru savunmayı dışlamamaktayız. Böylece X firması tarafından Y firmasıyla ilgili olarak yanlış ekonomik bilgilerin yayılması, mağdur tarafından saldırganla ilgili olarak aynı biçimde yanlış bilgilerin, ilk yalan kampanyasını bir şekilde etkisizleştirmeye yönelik olarak yayınlanmasıyla engellenebilir. Ancak bu kez günümüzde sınırları, maddi menfaatleri de koruyacak şekilde genişleyen klasik meşru savunma kapsamında kalmaktayız.

Daha öteye gitmek tehlikeli olacaktır, çünkü genellikle kötülük çoktan yapılmış olacak ve geç verilen karşılık sadece bir intikam olacaktır.

D. Bir suçun maddi unsurunun gerçekleştirilmesini arayan ve bunun "her türlü yasal karşılığın etkisiz kaldığı saldırılara karşı ileri sürülebilecek istisnai bir tedbir olduğu" (op. cit., 2. süt., s. 106) ekonomik meşru savunmanın uygulama alanının ciddi biçimde daraltılması kaygısını da Sayın Stalla-Bourdillon ve Nunes'e bırakıyoruz. Ancak ekonomik meşru savunmanın söz konusu ikincilliği, dolayısıyla da ender biçimde uygulanabilmesi de olası gayrimeşru saldırganlar üzerindeki önleyici etkiyi azaltacaktır.

E. Ayrıca ekonomik meşru savunmayı kabul etmenin diğer bir yan etkisi de yasa tarafından, çok sıkı koşullar altında olsa da, şirketlerin suç oluşturan eylemeleri işlemelerine izin verilmesidir. İş hayatındaki ahlak ve kurallar çok açıktır: iş iştir. Orada tedirginlikler güneşteki kar gibi erir ve kalpler taştandır. Orman kanunu geçer. O zaman yasakoyucu ekonomi aktörlerine bir silahı teslim ederek kefil olma riskini yani yeterince denetleyemeyeceği ve kullanıcıların anlayışına fazla etki edemeyeceği ekonomik meşru savunma riskini üstlenemez.

F. Nihayet, yöneticilerinin, çoğu zaman yanıltıcı da olsa, ekonomik meşru savunmaya güvendiği şirketler, maddi menfaatlerini korumaya yönelik diğer yöntem, araç ve tedbirleri görmezden gelmeye başlayacakladır: idari ve/veya adli makamlara, tahkime, uzlaşmaya ve kriminologların suçun konumsal önlenmesi olarak adlandırdıkları siyasetin bir parçası olan yollara başvuru. Suç politikasının söz konusu yaklaşımı, belli durumlarda, suç oluşturan ya da yalnızca zarar veren belli eylemlere karşı belli yollara başvurulabilmesini öngörmektedir. Finans ve bankacılık dünyasından konumsal önlemeye örnek, bankacılık verileri ile iletişimi koruyan güvenlik şifrelerinin kısa aralıklarla değiştirilmesidir. Sanat eserlerinin damgalanıp işaretlenmesi de kaçakçıları korkutan ve fakat polisler, yargı mensupları ve hırsızlığa karşı sigorta şirketleri tarafından takdir edilen diğer bir örneklerdir.

G. Tüm bu önlemler ekonomi aktörleriyle suça karşı mücadele eden makamlar arasında bir ortaklık, suç politikasının etkinliğinin gelişmesi için zorunlu bir birliktelik gerektirmektedir. Bu nedenle öncelikle şirketler, iş hayatındaki suçlulukla mücadele için daha iyi korunmalı ve daha iyi donanmalıdırlar.

Aynı şekilde suç mağduru şirketler de soruşturma ve kovuşturma makamları ile daha sıkı işbirliği içinde olmalıdırlar: suçları ihbar etmek, davaya katılmak, her zaman tanıklık etmek vs. Elbette bazen kaçmak veya vergi kaçırmaktan dolayı soruşturmaya uğramak gibi riskler olduğu gibi rakiplerinin, suç örgütlerinin veya ortaklarının karşı saldırılarına uğrama riski de unutulmamalıdır. Bu olasılıklar pasif kalmaya, istifaya hatta şantaja boyun eğmeye yol açabilir. Bazı şirketlerin yayınlardan korkup saygınlıklarını korumak için sessiz mağdur olayı tercih etmelerini ve kazanacağı öngörüsüyle davaya katılıp haksız ifşalara maruz kalanları saymıyoruz bile. Hiçbir iş adamı toplumda saf olarak tanınmak istemeyeceği gibi gayrimeşru bir saldırının mağduru olarak ne gibi ve ne kadar bir zarara uğradığının alenen bilinmesini de istemez.

İş dünyasının resmi makamlara, kurumlara ve yargılama işlemlerine karşı algısını mutlak olarak değiştirmesi gerekmektedir. Bu sadece bir hukuk sorunu değil, kültür sorunudur. O zaman iş hayatındaki suçlulukla mücadele, ceza hukuku mevzuatına ekonomik meşru savunma kurumunun katılmasına göre daha etkin hale gelecektir.

5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi

*Nur CENTEL**

I. Giriş

Telekomünikasyon aracılığıyla iletişim kurulması, insanlar arasındaki haberleşme yollarından biridir. *Haberleşme,* bilgi, düşünce, duygu ve davranışların ortak semboller aracılığıyla bireyler arasında paylaşılması sürecidir. Demokratik bir hukuk devletinde haberleşme özgür olmalı ve haberleşenler aksini istemedikçe gizli kalmalıdır. Nitekim, Anayasa'da haberleşme özgürlüğü güvence altına alınmıştır; haberleşmenin gizliliği esastır (Ay m.22). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde de herkesin haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğu belirtilmektedir (m.8).

Haberleşme özgürlüğüne, belli nedenlerle müdahale edilebilir. Anayasa'ya göre, ancak yasada açıkça gösterilen hallerde, hakim kararıyla; gecikmede sakınca bulunduğunda ise diğer yetkili merciin yazılı emriyle haberleşme engellenebilir veya gizliliğine dokunulabilir (Ay m.22/2)[1]. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de haberleşme hakkına müdahale edilmesine yasayla öngörülmesi koşuluyla ve zorunlu olduğu ölçüde izin vermektedir (İHAS m.8/2)[2].

---

* Prof. Dr., Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Öğretim Üyesi.

1 Anayasa m.22/2: "Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden bir veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hakimin onayına sunulur. Hakim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar".

2 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.8/2: "bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, haberleşme özgürlüğüne bir müdahaledir[3]. Bu nedenle, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Yasası ile diğer yasalarda telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesine ilişkin kurallar gösterilmiştir.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, işlenmiş veya işlenmekte olan bir suça ilişkin delillerin elde edilmesi veya suç işlenmesinin önlenmesi ya da istihbarat elde edilmesi amacıyla yapılabilir. Denetlemeye konu olan, gizli kalması beklentisiyle yapılan iletişimdir.

Suça ilişkin delillerin elde edilmesi amacıyla iletişimin denetlenmesine ilişkin kurallar 5271 sayılı CMK m.135 ve devamında gösterilmektedir. Suçun önlenmesi ve istihbarat elde edilmesi amacıyla iletişimin denetlenmesi ise diğer yasalarda düzenlenmektedir[4]. Suçun önlenmesi amacıyla iletişimin denetlenmesi sonucunda elde edilen kayıtlar ancak suçun önlenmesi amacıyla kullanılabilir; soruşturma veya kovuşturmada kullanılamaz[5].

---

ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir". Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 31.03.2009 günlü Raducu/Romanya kararına göre, iç hukuk kuralları Sözleşme m.8'in koruduğu bireysel hakların kullanılmasına engel teşkil edebilecek keyfi müdahaleye karşı koruma getirmelidir. "Yasayla öngörülme", sadece iç hukuka uyulmasını değil, denetlemenin yasanın meşruluğuna, üstünlüğüne de uygun olmasını anlatmaktadır. Bak.P.Memiş, "Koruma Tedbirlerine ilişkin AİHM'nin Örnek Bir Kararı Romanya'ya Karşı Raducu Davası", Ceza Muhakemesi Önlemleri ve Özellikle Gizli Araştırma Önlemleri (Editör:Y.Ünver), Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 11, Ankara 2011, 19 vd.

3 Haberleşmenin denetlenmesinde göz önünde bulundurulması gereken üç ilkenin orantılılık, vazgeçilemezlik ve hakim kararı olduğu konusunda bak.J.Pradel (çev.S.Dönmezer), Çağdaş Sistemlerde Karşılaştırmalı Ceza Usulü, ISISC Kollokyumlarının Sentez Raporu, İstanbul 2000, 171.

4 Bak.03.07.2005 Gün ve 5397 sayılı "Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" (RG 23.07.2005 No.25884); 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu ek m.7; 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu ek m.5; 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu m.6. Bu üç yasada telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesine ilişkin düzenlemelerin haberleşme özgürlüğünün güvencelenmesi açısından yeteri kadar açık olmadığı değerlendirmesi için bak.T.Gülsoy, "Haberleşme Hürriyetinin Anayasal Çerçevesi", Ceza Hukukunun Güncel Sorunları Kolokyumu (Editör:M.T.Gülsoy), Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi (8 Ekim 2010), 37.

5 İdari ve adli nitelikteki her iki tedbir türü de aynı Yönetmelikte düzenlenmiştir. Bak.Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik, RG 10.11.2005 No.25989. Yönetmeliğin amacı 1.maddesinde şöyle gösterilmiştir: Bu Yönetmelik; a) 04/07/1934 tarihli ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Selâhiyet Kanunu'nun ek 7'nci maddesi, 10/03/1983 tarihli ve 2803 sayılı Jandar-

II. Tarihi Gelişim

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesine ilişkin pozitif hukuk kurallarının gelişim süreci şöyle olmuştur:

1. 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu

1929 Yılında Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'ndan tercüme edilerek yasalaştırılan 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda, kaynak Yasa'da olduğu gibi, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesine ilişkin hüküm yoktu. O dönemdeki teknolojik düzey dolayısıyla böyle bir tedbire gerek bulunmadığı kuşkusuzdur. Alman hukukunda 1968 yılında bu konuda düzenleme yapılmış, ancak, Türk hukukunda bu gelişme izlenmemiştir. Bu nedenle, telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi kapsamında telefon dinleme, öğretide postada elkoymanın bir türü olarak görülmüş ve sanığa gönderilen mektup, telgraf ve diğer gönderilere elkoymayı düzenleyen 1412 sayılı CMUK m.91'e (ve Telefon İşletme Rehberine) göre olanaklı sayılmıştır[6]. Bu maddedeki hallerde elkoyma yetkisi kural olarak hakimin, istisna olarak savcının olmuş; savcının söz konusu kararını üç gün içinde hakime onaylatması gerekmiş ve içeriği inceleme yetkisi tanınmamıştır (1412 sayılı CMUK m.92).

2. 4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu

Türk hukukunda iletişimin denetlenmesi tedbiri ilk olarak 1999'da, sadece "Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu"nda öngörülen suçlar açısından düzenlenmiştir (m.2/1)[7]. Dolayısıyla, bu Yasa'da öngörülmeyen suçlarda, 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası'nın elkoymaya ilişkin hükümlerinin iletişimin denetlenmesinde kıyasen uygulanması olanağı kalmamıştır.

---

ma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu'nun ek 5'inci maddesi, 01.11.1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanun'nun 6'ncı maddesi ile 04.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135'inci maddesi ile belirlenen çerçevede telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınmasına ilişkin usul ve esasların belirlenmesi, b) Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nın kuruluş, görev ve yetkilerinin düzenlenmesi amacıyla hazırlanmıştır.

6 Bak.N.Kunter/F.Yenisey, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2000, No.45.52 (396); Ö.Tosun, Türk Suç Muhakemesi I, İstanbul 1984, 91. Ayrıca bak.Ö.Tosun, Ceza ve Medeni Muhakeme Hukuk Açısından Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilmiş Delillerin İspat Kuvveti, İstanbul 1976, 52 vd.

7 30.7.1999 Gün ve 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu.

4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Yasası'nda belli suçlarda haberleşmenin denetlenmesine olanak tanınmıştır. Yasa'nın "iletişimin dinlenmesi ve tespiti" başlıklı 2.maddesine göre, bu Yasa'da öngörülen suçları işleme veya bunlara iştirak yahut işlendikten sonra faillere her ne suretle olursa olsun yardım veya aracılık veya yataklık etme kuşkusu altında bulunan kimselerin kullandıkları telefon, faks ve bilgisayar gibi kablolu, kablosuz veya diğer elektromanyetik sistemlerle veya tek yönlü sistemlerle alınan veya iletilen sinyalleri, yazıları, resimleri, görüntü veya sesleri ve diğer nitelikteki bilgileri dinleme ve tespit etme mümkündü. Elde edilen bilgiler yetkililer tarafından tutanağa geçirilerek mühürlenecekti[8].

4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Yasası'na göre, iletişimin dinlenmesine veya tespitine ilişkin kararlar, ancak *kuvvetli belirtilerin* varlığı halinde verilebilirdi. Başka bir tedbirle failin belirlenmesi, ele geçirilmesi veya suç delillerinin elde edilmesi mümkün ise, iletişimin dinlenmesine veya tespitine karar verilemeyecekti[9]. Resmi veya özel her türlü iletişim kuruluşlarının tuttukları, iletişimin içeriği dışında kalan kayıtlar hakkında da bu kurallar geçerliydi.

4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Yasası'na göre, dinleme, tespit veya kayıtların incelenmesi konusunda hakim kararı gerekmekte; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı da bu hususlarda yetkili olmaktaydı. Hakim kararı bulunmaksızın yapılan bu gibi işlemlerin yirmi dört saat içinde hakim kararına bağlanması şarttı. Sürenin dolması veya hakim tarafından aksine karar verilmesi halinde, tedbir savcı tarafından derhal kaldırılacaktı.

---

8 Bu suçlar, suç işlemek için örgüt kurma veya örgütü yönetme veya örgüt adına faaliyette bulunma veya bilerek hizmet yüklenme idi. Ancak, örgütün şu amaçlara yönelik olması gerekmekteydi: Doğrudan veya dolaylı biçimde 1) bir kurumun, kuruluşun veya teşebbüsün yönetim ve denetimini ele geçirmek, 2) kamu hizmetlerinde, basın ve yayın kuruluşları üzerinde ihale, imtiyaz ve ruhsat işlemlerinde nüfuz ve denetim elde etmek, 3) ekonomik faaliyetlerde kartel ve tröst yaratmak, madde ve eşyanın azalmasını ve darlığını, fiyatların düşmesini veya artmasını temin etmek, 4) kendilerine veya başkalarına haksız çıkar sağlamak, 5) seçimlerde oy elde etmek veya seçimleri engellemek maksadiyle tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak suretiyle yıldırma veya korkutma veya sindirme gücünü kullanarak suç işlemek. Bu amaçlarla örgüt kuranlar veya örgütü yönetenler veya örgüt adına faaliyette bulunanlar veya bilerek hizmet yüklenenler, sadece bu nedenle cezalandırılırlar.

9 İletişimin denetlenmesi kararı verilebilmesi için 4422 Sayılı Yasa'da "kuvvetli belirtilerin varlığı"nın, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu m.135'de ise "kuvvetli şüphe sebeplerinin" aranmasının özel bir amacının bulunup bulunmadığının anlaşılamadığı konusunda bak.B.Öztürk/D.Tezcan/M.R.Erdem/ Ö.Sırma/ Y.F.Saygılar/E.Alan, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2009, 469.

4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Yasası'na göre, dinleme ve tespit kararları en çok üç ay için verilebilmekte ve süre, en çok iki defa üçer aydan fazla olmamak üzere uzatılabilmekteydi.

İletişimin dinlenmesi ve tespiti sırasında, bu Yasa'da öngörülen suçların işlendiğine ilişkin şüphe ortadan kalktığında, tedbir savcı tarafından kaldırılmakta ve elde edilen veriler, savcı denetimi altında derhal ve nihayet on gün içinde yok edilerek durum bir tutanakla belirlenmekteydi.

4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Yasası'na göre, Cumhuriyet savcısı veya görevlendireceği kolluk mensubu, iletişim kurum ve kuruluşlarında görevli veya böyle bir hizmeti vermeye yetkili olanlardan, dinleme ve kayda alma işlemlerinin yapılmasını ve bu amaçla cihazların kurulmasını istediğinde, bu istem derhal yerine getirilecek ve işlemin başladığı ve bitirildiği tarih ve saat bir tutanakla saptanacaktı.

3. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu 2002 Tasarısı

1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası'nda eksikliği hissedilen ve öğretide elkoyma kapsamında uygulanabileceği kabul edilen "telefon dinleme ve kayda alma", yani telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine önce Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu 2000[10], daha sonra 2002 Tasarısı'nda "telekomünikasyon yoluyla yapılan haberleşmeye girme" başlığı altında yer verilmiştir[11]. Haberleşmenin denetlenmesi kararlarının yerine getirilmesine ilişkin kurallar da Tasarılarda gösterilmişti[12].

---

10 Bu Tasarı ve olması gereken düzenlemeler için bak.N.Centel, "Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu 2000 Tasarısına Eleştirel Yaklaşım", Prof.Dr.Mahmut Tevfik Birsel'e Armağan, İzmir 2001, 507 vd.

11 2003 Tasarısı m.107 (dinleme ve kayda alma kararı): Beş yıl veya daha fazla hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren cürümler dolayısıyla yapılan soruşturmalarda, başka suretle delil, iz, eser ve emare elde edilmesi olanağı bulunmayan hallerde sinyalleri, yazıları, resimleri, görüntü veya sesleri veya diğer nitelikteki bilgileri kablo, radyo veya diğer elektromanyetik sistemlerle veya tek yönlü sistemlerle alan veya ileten araçlara girilerek konuşmaların dinlenmesine, konuşmaların veya diğer bilgilerin kayda alınmasına, kayıtların çözülerek metin haline getirilmesine Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hakimi tarafından gizli olarak karar verilir. Kovuşturma evresinde karar verme yetkisi, mahkeme başkanı veya hakimine aittir./Kararda, içerikleri dinlenecek veya kayda alınacak, çözülerek metin haline getirilecek karşılıklı konuşmalar, haberleşme veya saptamaları belirlemeye olanak verecek telefon numarası, araçların ve hattın sahibi gibi bütün unsurlar ve suçun türü belirtilir./Dinleme ve kayda alma kararları en çok üç ay için verilebilir, bu süre en çok iki defa üçer aydan fazla olmamak üzere uzatılabilir.

12 Tasarı m.108 (kararların yerine getirilmesi): 107 inci maddeye göre verilecek karar gereğince Cumhuriyet savcısı veya görevlendireceği kolluk mensubu, teleko-

2002 Tasarısı'na göre haberleşmenin denetlenmesi koşulları şunlardı (m.103): 1) Soruşturma konusu suçun beş yıl veya daha çok özgürlüğü bağlayıcı cezayı gerektiren bir cürüm olması, 2) haberleşmenin denetlenmesinden başka suretle delil, iz, eser ve emare elde edilmesi olanağı bulunamaması, 3) denetlenecek haberleşme aracının, sinyalleri, yazıları, resimleri, görüntü veya sesleri veya diğer nitelikteki bilgileri kablo, radyo veya diğer elektromanyetik sistemlerle veya tek yönlü sistemlerle alan veya ileten araçlardan olması, 4) bu araçlara girilerek konuşmaların dinlenmesine, konuşmaların veya diğer bilgilerin kayda alınmasına, kayıtların çözülerek metin haline getirilmesine soruşturma aşamasında savcının istemi üzerine sulh ceza hakimi tarafından gizli olarak, kovuşturma evresinde ise mahkeme başkanı veya hakim tarafından karar verilmesi, 5) haberleşmenin denetlenmesine konu olacak telefon numarası, araçlar ve hattın sahibi gibi bütün unsurların, suçun türünün ve 6) müdahale süresinin üç aydan fazla olmamak üzere kararda belirtilmesi.

Böylece Tasarı'da hem iletişimin dinlenmesine ve hem de tespit edilmesine olanak tanınmıştır. Dinleme; telefon konuşmalarının, faks ve bilgisayarlarla yapılan haberleşmelerin canlı dinlenmesi, tespit ise; ses ve görüntü bandı gibi teknik araçlarla kaydedilmesi demektir.

Tasarı'da tanıklıktan çekinme yetkisi olanlar ile sanık arasındaki iletişimin denetlenemeyeceği gösterilmediği gibi, haberleşmesi denetlenecek kişi hakkında suç işlediği konusunda kuvvetli şüphe bulunması da aranmamıştı (m.103 vd.).

4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu m.2'de "iletişimin dinlenmesine veya tesbitine ilişkin kararlar, ancak kuvvetli belirtilerin varlığı halinde verilebilir" denilerek bu husus gösterilmişti.

Tasarı'da, savunmasını üstlendiği şüpheli veya sanığın işlediği suç dolayısıyla avukatın büro, konut ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında haberleşmenin denetlenmesi kararı alınamayacağı gösterilmiş

---

münikasyonlarla görevli veya böyle bir hizmeti vermeye etkili olanlardan dinleme ve kayda alma işlemlerinin yapılmasını ve bu amaçla cihazların yerleştirilmesini istediğinde, bu istem derhal yerine getirilir ve işlemin başladığı ve bitirildiği tarih ve saat bir tutanakla saptanır. /Gerçeğin meydana çıkarılmasına yarayacak telekomünikasyon kayıt ve saptamaları, Cumhuriyet savcılığınca veya görevlendireceği kolluk mensubu tarafından çözülerek metin haline getirilir. Yabancı dildeki kayıtlar, bu amaçla görevlendirilecek tercümanlar aracılığıyla Türkçe'ye çevrilir. / Yukarıdaki fıkralar gereğince gerçekleştirilecek kayıt ve saptamalar yargılamada sanığın ikrarına ilişkin delil olarak değerlendirilemez. /Kayıtlar zarfa konularak mühürlenir. Suç bakımından dava zamanaşımı gerçekleştiğinde kayıtlar ve saptamalar Cumhuriyet savcısının denetim ve gözetimi altında bir tutanağa bağlanarak yok edilir ve keyfiyet ilgiliye bildirilir.

olmakla birlikte (Tasarı m.109), bu hükmün, hakkında haberleşmenin denetlenmesi kararı alınan sanığın avukatıyla haberleşmesinin dinlenmesini veya kayda alınmasını engellemeyeceği kuşkusuzdu.

4. 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu 2002 Tasarısı 07.03.2003 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na sunulmuş ise de yasalaşamamış; daha sonra bu Tasarı temelinde 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu oluşturulmuştur[13].

2005 Yılında yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda "Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi" başlıklı 135 vd. maddelerinde iletişimin denetlenmesi tedbiri düzenlenmiş ve 4422 sayılı kanun yürürlükten kaldırılmıştır[14].

Aşağıda ayrıntılı olarak incelenecek olan bu Kanun'da iletişimin denetlenebileceği suçlar, Tasarı'nın aksine tek tek sayılarak gösterilmiş, kuvvetli şüphe bulunmasına yer verilmiş, şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için mobil telefonun yerinin tespitine olanak tanınmış, raslantı sonucunda elde edilen delillerle ilgili düzenleme yapılmış, şüpheli veya sanık ile tanıklıktan çekinebilecek kişiler arasındaki iletişimin kayda alınamayacağı belirtilmiştir.

Buna karşılık, 2002 Tasarısı'nın aksine, iletişimin denetlenmesi sonucunda elde edilen kayıtların yargılamada sanığın ikrarına ilişkin delil olarak değerlendirilemeyeceği gösterilmemiştir. Ancak, bunun isnadı öğrenme ve susma hakkının bir gereği olduğu kuşkusuzdur.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu m.132 ve devamında ise haberleşme özgürlüğünü ihlal eden eylemler tanımlanarak yaptırım altına alınmıştır.

III. Tedbire başvurma koşulları

Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirine, *işlenmiş veya işlenmekte olan bir suçun delillerine ulaşmak* için başvurulur. Teşebbüs hali suçun özel bir görünüm biçimi olduğundan ve cezalandırıldığından, tamamlanmamış olan suçlarda da bu tedbire başvurulabilir[15].

---

13 04.12.2004 Gün ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu. RG 17.12.2004, No.25673.

14 23.03.2005 Gün ve 5320 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m.18/1-d. RG 31.03.2005 No.25772 Mükerrer.

15 N.Centel/H.Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2010, 404.

Suçun icrasına başlanmış olması, tedbire başvurulması için yeterlidir. Buna karşılık, denetime izin verilen suçların hazırlık hareketlerine başlanmış olması tedbire başvurmayı haklı kılmaz[16]. Çünkü yasada ayrıca gösterilmesi hali dışında, hazırlık hareketleri cezalandırılmaz; bunlar hakkında ancak ceza muhakemesinin dışında kalan önleyici tedbirlere başvurulabilir.

İletişimin denetlenebilmesi için şu koşullar gerçekleşmiş olmalıdır (CMK m.135/1):

1. Kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması

İletişimin denetlenebilmesi için, denetleme yapılabilecek suçların işlendiğini gösteren *kuvvetli şüphe sebeplerinin* (delillerin) bulunması gerekir.

Kuvvetli şüphe, şüpheli/sanığın mahkûm olma ihtimalinin yüksek olması demektir. Kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması, delil elde edildiği anlamına gelir[17] [18]. Bu açıdan düzenleme bir çelişki içermektedir. Hali hazırda delil elde edilmiş ise artık iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulması hukuka aykırı olacaktır. Bu nedenle denetleme kararı verilebilmesi için, *somut verilere dayanan makul şüphe* bulunması yeterli olmalıdır.

Nitekim hükmün kaynağı olan Alman Ceza Muhakemesi Kanunu m.100a'da telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesine karar verilebilmesi için suçun işlendiği konusunda "kuvvetli şüphe" değil, sadece "şüphe" arandığı görülmektedir. Ancak, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenebilmesi için kişinin fail veya şerik olarak denet-

---

16 S.Kaymaz, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Ankara 2009, 149. Alman hukukunda suç teşkil eden hazırlık hareketlerinin tedbir kapsamında olduğu konusunda bak.B.Gercke (Çev.P.Bacaksız), "Ceza Muhakemesi Hukukunda İletişimin Denetlenmesi: Ceza Muhakemesi Kanunu Prg.100a vd.'nın Yeni İçeriğinin Etkisi", Ceza Muhakemesi Önlemleri ve Özellikle Gizli Araştırma Önlemleri (Editör:Y.Ünver), Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 11, Ankara 2011, 170.

17 İletişimin denetlenebilmesi için kuvvetli şüphe aranmaması gerektiği, aranırsa başka suretle delil elde etme olanağının bulunmaması koşulu dolayısıyla bu tedbire başvurulmasının zor olacağı konusunda bak.Kaymaz, 219 vd. Ayrıca bak.Z.Vatan, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak İletişimin Denetlenmesi, İstanbul 2009, 67-72.

18 Belirti kavramı ile şüphe kavramını ayırmak gerektiği, bu tedbire başvurulabilmesi için kuvvetli belirtilere bağlı basit şüphenin yeterli olduğu konusunda bak.N.Kunter/F.Yenisey/A.Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku İkinci Kitap, İstanbul 2010, No.59.4-II; Bu şüphe derecesinin, başlangıç şüphesinden daha yoğun ancak yeterli ya da kuvvetli şüphe derecesine ulaşması zorunluluğu bulunmayan şüphe derecesi olarak anlaşılması gerektiği konusunda bak.V.Ö.Özbek, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006, 424.

leme yapılabilecek bir suçu işlediği şüphesini gösteren *belli olgular* bulunması Yasa'da vurgulanmıştır. Alman hukukunda bu konuda mahkemenin son soruşturmanın açılmasına karar vermesi için aranan yeterli suç şüphesi veya tutuklama için aranan kuvvetli şüphe derecesinde şüphe aranmayacağı, basit şüphenin (delilin) varlığıyla yetinileceği belirtilmektedir[19]. Ancak, tedbir kararı verilmesine bir söylenti, denetlenmemiş dedikodu veya varsayım gibi ufak bir şüphe de yetmeyecek; suç şüphesinin belli ölçüde somutlaşmış olması, yaşam ya da suçlulukla ilgili deneyime dayanan tanık beyanı, gözlem veya diğer maddi deliller bulunması gerekecektir[20].

2. Başka türlü delil elde edilmesi olanağının bulunmaması

İletişimin denetlenmesi tedbiri ultima ratio bir tedbirdir. Bu tedbir, ikincil (tamamlayıcı) niteliktedir; ancak başka suretle delil elde edilmesi olanağı bulunmayan hallerde bu tedbire başvurulabilir. Bunun anlamı olayın araştırılmasının veya sanığın yerinin bulunmasının başka yolla mümkün olmaması veya çok zor olması demektir[21]. Kişi hak ve özgürlüklerini daha az etkileyecek bir tedbirle delil elde edilmesi ihtimali varsa, iletişimin denetlenmesi yerine o tedbir tercih edilmelidir.

Bu tedbire başvurulabilmesi için daha önceden diğer bir tedbir uygulanarak sonuç elde edilememiş olması gerekmez[22].

Bu tedbirin gerektiğinde başka tedbirlerle, örneğin teknik takiple birlikte uygulanması ise mümkündür[23].

3. Tedbirin uygulanabileceği suçların söz konusu olması

Ceza Muhakemesi Yasası'na göre, her suçta telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi mümkün değildir; ancak belli suçlarda bu tedbir uygulanabilir.

---

19 Bak.J.P.Graf, Strafprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen Kommentar, München 2010, §100a k.no.37; U.Murmann, in Handbuch zum Strafverfahren (yay.M.Heghmanns/Scheffler), §III k.no.207; T.Kleinknecht/L. Meyer-Goßner, Strafprozeßordnung, München 2001, §100a k.no.6. Bu konuda basit şüphenin yetmeyeceği, örneğin sadece sanığın yerinin bulunmak istendiği hallerde tutuklama veya gözaltına alma koşullarının gerçekleşmiş olması gerektiği konusunda bak.Nack, in Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG EGGVG und EMRK (yay R.Hannich), München 2008, §100a k.no.35.

20 Bak.Graf, §100a k.no.37; KK-Nack, §100a k.no.34.

21 KK-Nack, §100a k.no.35; Graf, §100a k.no.40.

22 Kaymaz, 223 vd.

23 Bak. F.S.Mahmutoğlu, "Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi", http://cezahukuku.istanbul.edu.tr/ders-gerecleri/ dersplani.htm

İletişimin denetlenmesi konusunda, cezanın ağırlığı esas alınabileceği gibi; sadece belirli suçlarda buna olanak tanınması da mümkündür[24]. Örneğin, Avusturya hukukunda cezanın ağırlığı esas alınmış[25]; Alman[26] ve Polonya hukukunda[27] ise belirli suçlarda iletişimin denetlenmesine olanak tanınmıştır.

5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Yasası'nda kabul edilen sistem, belirli suçlarda iletişimin denetlenebilmesidir. Bu suçlar genellikle örgütlü suçluluk kapsamında, yani işlenmekte olan suçlardır.

Dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ancak şu suçların soruşturulması sırasında başvurulabilecek işlemlerdir (CMK m.135/1,6):

-Türk Ceza Yasası'nda yer alan, 1) göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (TCK m.79-80), 2) kasten öldürme (TCK m.81-83), 3) işkence (TCK m.94-95), 4) cinsel saldırı (birinci fıkrası dışında TCK m.102), 5) çocukların cinsel istismarı (TCK m.103), 6) uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (TCK

---

24 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Yasası'nın aksine Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu 2000 Tasarısı'nda iletişimin denetlenmesi konusunda suçun ağırlığı sistemi esas alınarak, bu konuda soruşturmanın iki yıl (2002 Tasarısında ise beş yıl) veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılması ve başka türlü delil elde edilemeyecek olması şart koşulmuştu. Bak.Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku (2003), 272 vd; N.Centel, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu 2000 Tasarısına Eleştirel Yaklaşım, 505 vd.

25 Avusturya hukukunda, bir yıldan fazla hapis cezası verilmesi ihtimali bulunan ve kasten işlenen suçlarda iletişim denetlenebilir (Avusturya CMK m.149a).

26 Alman hukukunda, CMK m.100a'da sayılan suçlarda iletişim denetlenebilmektedir. Bunlar, en az beş yıl hapis cezasını gerektiren suçlardır. Barışa ihanet, vatana ihanet, demokratik hukuk devletini tehlikeye düşürme, örgüt yasağının ihlali, milletvekiline rüşvet verme, federal orduya, savunma araçlarına, güvenliğe karşı suçlar, suç örgütü, terör örgütü kurma, halkı kin ve düşmanlığa tahrik etme, kalpazanlık, çocuk pornografisi, insan öldürme, yağma, şantaj, organize hırsızlık gibi Ceza Yasası'nda yer alan suçlar ile diğer yasalarda yer alan ve Ceza Muhakemesi Yasası m.100a/2'de sayılan suçlar. Bak.Graf, §100a k.no.34. Denetleme yapılabilecek suç kataloğu 2008 yılında genişletilerek yirmi kadar yeni suç eklenmiş; ekonomik suçlar ve vergi suçları kapsama alınmıştır. Bak.Gercke (Çev.Bacaksız), 169 vd.; J.Puschke/T.Singelstein (Çev.Y.Ünver), "01.01.2008 Tarihli Yeni Düzenlemelere Göre Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki Telekomünikasyonun İzlenmesi, Kullanılan Verilerin Kaydedilmesi ve Diğer Gizli Araştırma Önlemleri", Ceza Muhakemesi Önlemleri ve Özellikle Gizli Araştırma Önlemleri (Editör:Y.Ünver), Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 11, Ankara 2011, 179 vd.

27 Polonya hukukunda 1997 tarihli CMK m.237'de onsekiz başlık altında gösterilen suçlarda iletişim denetlenebilmektedir. Bunlar insan öldürme, genel güvenlik açısından tehlikeye veya felakete sebebiyet verme, insan ticareti, şantaj, yağma, casusluk gibi suçlardır. Bak.Die polnische Strafprozeßordnung (çev.E.Weigend), Freiburg im Breisgau 2004.

m.188), 7) parada sahtecilik (TCK m.197), 8) suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkraları dışında TCK m.220)[28], 9) fuhuş (TCK m.227/3), 10) ihaleye fesat karıştırma (TCK m.235), 11) rüşvet (TCK m.252), 12) suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (TCK m.282), 13) silâhlı örgüt (TCK m.314) veya bu örgütlere silâh sağlama (TCK m.315), 14) Devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk (TCK m.328-331, 333-337) suçları,

-Ateşli Silâhlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Yasa'da tanımlanan silâh kaçakçılığı (m.12) suçları,

-Bankalar Yasası m.22/3,4'de tanımlanan zimmet suçu[29],

-Kaçakçılıkla Mücadele Yasası'nda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar,

-Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yasası m.68 ve 74'de tanımlanan suçlar.

4. Hakim veya savcı kararı bulunması

Tedbire kural olarak hakim kararıyla, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde derhal hakimin onayına sunulmak koşuluyla Cumhuriyet savcısının kararıyla başvurulabilir.

Tedbire karar verilirken ve süre uzatılırken orantılılık ilkesine uygunluk denetlenmelidir. Örneğin, suç tarihi ile tedbir alma arasındaki zaman aralığı uzun ise veya hakkında tedbir uygulanmak istenen kişi şüpheli değilse, orantılılık yoktur. Denetlemeden beklenen sonuç elde edilemediğinde veya artık sanığın kusuruyla orantılı olmadığında tedbire son verilmelidir[30].

a. Hakim kararı

Tedbire soruşturma evresinde, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hakimi karar verebilir (CMK m.162)[31]. Sulh ceza hakimi, zorunlu

---

28 Terörle Mücadele Kanunu m.10/f'ye göre, TCK m.220/2, 7, 8.fıkralardaki hallerde de bu tedbir uygulanabilir. 02.04.1991 Gün ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 10. maddesinde değişiklik yapan 29.06.2006 gün ve 5532 sayılı Yasa m.9. RG 18.07.2006 No.26232.

29 Bak.19.10.2005 Gün ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m.160. RG 01.11.2005 No.25983 Mükerrer.

30 Graf, §100a k.no.41.

31 İletişimin denetlenmesi kararını verecek makam konusundaki sistemler için bak.A.Gökcen, Ceza Muhakemesinde Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma, Ankara 1994, 195 vd.

savcılık yaptığı hallerde ise (CMK m.163), savcının talebi olmaksızın re'sen tedbire karar verebilir.

Yetkili ve görevli hakim, talepte bulunan savcının bulunduğu yer itibariyle yetkili olan sulh ceza hakimidir. Özel yetkili ağır ceza mahkemesi üyesinin soruşturma evresinde hakimlik yapmak üzere görevlendirildiği hallerde, bu hakimin bu mahkemenin kendi yargı çevresiyle ilgili olarak karar vermesi gerekir. Ülke genelinde icra edilmek üzere verilen telekomünikasyon araçlarının denetlenmesi kararı hukuka aykırıdır[32].

Bu tedbire kovuşturma evresinde mahkeme tarafından karar verilip verilemeyeceği konusuna gelince: Yasa'da bu tedbire mahkemenin karar verebileceği açıkça gösterilmemiş, ancak sayılan suçların *kovuşturulması* sürecinde tedbire başvurulabileceğinden ve *sanığın* iletişiminin tespit edilmesinden söz edilmiştir (CMK m.135/1). Sanık, kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar suç şüphesi altında bulunan kişiyi ifade eden bir kavramdır (CMK m.2/1-b). Kovuşturma ise kamu davasının açılmasından hükmün verilmesine kadar devam eden süreçtir. Kamu davasının açılması, suçun işlendiği hususunda yeterli delil bulunmasına bağlıdır (CMK m.170/2). İletişimin denetlenmesine ise suçun işlendiğine dair başka türlü delil elde etme olanağının bulunmadığı hallerde başvurulabilir (CMK m.135/1 cümle 1). Bu düzenlemelere göre, kamu davasının açılmış olması iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanmasına gerek kalmadığını gösterecektir. Ancak, madde metninde *kovuşturmadan* söz edilmesi, bu tedbire kamu davasına bakan mahkeme tarafından başvurulabileceğini ortaya koymaktadır. Dolayısıyla, yargılamayı yapan mahkemenin gerektiğinde telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesine, örneğin sanığın yakalanabilmesi için mobil telefonun yerinin tespitine karar vermesi mümkündür[33].

---

32 "Anılan yasal düzenlemelerin amaç, kapsam ve gerekçesi birlikte nazara alınıp değerlendirildiğinde; amacı ne olursa olsun hiçbir kuruma demokratik bir hukuk devleti olan Türkiye Cumhuriyeti'nde yaşayan insanlar şüpheli görülerek Ülke genelini kapsayacak şekilde yetki verilemeyeceği, anılan kanunların ilgili maddeleri gereğince talepte bulunan kolluk birimlerinin bulundukları yerler itibariyle yetkili olan ve 5271 sayılı CMK'nın 250. maddesinin 1.fıkrasına göre kurulan ağır ceza mahkemesi üyelerinin kendi yargı çevreleri ile ilgili karar vermeleri gerektiği, sınırsız bir yetki verilmesi suretiyle iletişimin tespit edilerek dinlenilmesine karar verilemeyeceği, yasa koyucunun amacının da bu olduğu açıktır", Y9CD, 04.06.2008-874/7160. Bak.A.Parlar/M.Hatipoğlu, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu ve İlgili Mevzuat I, Ankara 2008, 552.

33 Bu düzenlemenin aslında yasakoyucunun *soruşturma ve kovuşturma* kavramlarını 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası dönemindeki anlamlarıyla kullanmış olmasından kaynaklandığı, söz konusu Yasa döneminde, soruşturma ve kovuşturma işlemlerinin yapılabildiği dönemin *soruşturma* olarak adlandırıldığı ve soruşturma evresinde de isnadı ortaya koyan işlemlerin yapılmasıyla birlikte sanıklık statüsünün başlayacağının kabul edildiği konusunda bak.Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku (2010), 409.

Ancak, iletişimin denetlenmesi tedbiri özel ve gizli uygulanan tedbirlerdendir. İlgilinin tedbirden haberdar olması tedbiri etkisiz hale getireceğinden, Yasa'da, bu tedbire ilişkin karar ve işlemlerin tedbir süresince gizli tutulacağı belirtilmiştir (CMK m.135/5). Oysa duruşmada kural olarak aleniyet (açıklık) ilkesi geçerlidir (CMK m.182). Aleniyetin esas olduğu bir evrede, gizli olması gereken denetleme kararının verilmesi bu aşamanın niteliğiyle çelişecek bir durumdur.

Hak sahibinin geçerli rızası yapılan işlemleri hukuka uygun hale getirmekte ise de, gizli nitelikte olan bu tedbire şüpheli veya sanığın rızasıyla başvurulması tedbirin niteliğiyle bağdaşmayacaktır[34] [35].

b. Savcı kararı

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, Cumhuriyet savcısının kararıyla da tedbire başvurulabilir (CMK m.135/1). Bu halde savcının denetleme kararının geçerli olması, hakim tarafından onaylanmasına bağlıdır. Cumhuriyet savcısı bu kararını en geç 24 saat içinde hakimin onayına sunmalı (Ay m.22/2)[36] ve hakim de kararını en geç yirmi dört saat içinde vermelidir. Sürenin dolması veya hakim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır (CMK m.135/1).

---

34 Şüpheli veya sanığın muhatap olduğu kişilerin rızasıyla bu kişilere karşı tedbirin uygulanması halinde de, ilgilinin rızasının bu müdahaleyi meşru hale getirip getirmeyeceği tartışmalıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, bu tedbir, hakkında soruşturma başlatılmış şüpheli için, yasada gösterilen diğer şekil şartlarına uyularak, örneğin hakim kararı alınarak gerçekleştirilebilir. Bu aşamada mağdurun delil elde edilmesini sağlamak üzere kendi telefonlarının dinlenmesine izin vermesi işlemi meşru hale getirmez. Bak.M.M/Hollanda 2003 Kararı, G.Dinç, "Uluslararası Belgeler Bağlamında Özel Yaşamın Korunması", "Uluslararası Belgeler Açısından Özel Yaşam", Özel Yaşamın Gizliliği, Türkiye Barolar Birliği Kaybettiğimiz Türkiye Barolar Birliği Başkanları Anısına Panel (18 Ekim 2008), Ankara 2008, 25-27.

35 Haberleşme özgürlüğü, haberleşen tarafların ortak özgürlüğüdür. Nitekim TCK m.132/3'te kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın alenen ifşa eden kişi de haberleşmenin gizliliğini ihlâl suçunun faili olarak gösterilmiştir. Ancak yasal savunma veya zorda kalma halinin söz konusu olması durumunda bu kişinin verdiği rıza işlemleri hukuka uygun hale getirebilir; diğer hallerde ise müdahale meşru hale gelmez. Bak.H.Zafer, Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması (TCK m.132-134), İstanbul 2010, 104 vd; İ.Özgenç, "Haberleşmenin, Kişiler Arasındaki Aleni Olmayan Konuşmaların ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları", Ceza Hukukunun Güncel Sorunları Kollokyumu (Editör.M.T.Gülsoy), Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi (08.10.2010), 116 vd; M.Koca, "Haberleşmenin, Konuşmanın ve Özel Hayatın izliliğini İhlal Suçları (TCK m.132-134)", Ceza Hukukunun Güncel Sorunları Kollokyumu (Editör.M.T.Gülsoy), Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi (08.10.2010), 63 vd.

36 Alman hukukunda savcının verdiği tedbir kararının *üç iş günü* içerisinde hakim tarafından onaylanması gerekmektedir. Bak.KK-Nack, §100b k.no.1.

c. Kararın içeriği

Denetleme kararının hukuka uygun olması için öncelikle denetleme kararı verilmesini haklı kılan şüphe sebepleri ve deliller gösterilmelidir. Aynı zamanda, kararda denetlemenin suçla ilgili araştırma yapma veya şüphelinin bulunduğu yeri belirleme amaçlarından hangisine yönelik olarak verildiği yazılmalıdır.

Bunun dışında, tedbir kararında yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespite olanak veren kodu, tedbirin türü, kapsamı ve süresi belirtilir (CMK m.135/3)[37]. İletişimi denetlenecek olan şüphelinin başkasına ait telefon, faks veya bilgisayarı kullanması halinde, kararda bu kişinin de ismi ve adresi bulunmalıdır.

Sanığın jetonlu telefon kullandığı konusunda delil varsa, bununla irtibatının da denetlenmesi mümkün olmalıdır. Ancak, bu halde üçüncü kişilerin bu tedbirden daha fazla etkileneceği açıktır[38].

Her şüpheli veya sanık hakkındaki denetleme kararı ayrı olmalı; denetleme kararları suç sayısına ve dinlenecek cihaza göre değil, şüpheli veya sanık sayısına göre alınmalıdır. Bir tek dinleme kararı ile o suçla ilişkili olan veya o telefonla görüşen herkesi dinlemeye devam etmek mümkün değildir[39]. Ancak, Yargıtay; aynı kararla birden fazla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla yaptığı iletişimin denetlenebileceği ve bu dinleme kayıtlarına dayanarak mahkûmiyet kararı verilebileceği görüşündedir[40].

IV. Tedbir Kapsamındaki İşlemler

Telekomünikasyon, her türlü işaret, sembol, ses ve görüntünün ve elektrik sinyallerine dönüştürülen her türlü verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınması demektir[41].

---

37 Kararda iletişimi denetlenecek kişinin kimliği ile telefon numarasının birlikte yazılacak olmasının gerçekçi olmadığı, bu kadar ince ayrıntının bilindiği hallerde iletişimin denetlenmesi tedbirine gereksinim bulunmadığı konusunda bak.Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, İkinci Kitap (2010), No.59.7.

38 KK-Nack, §100a k.no.37.

39 C.Şahin, "Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi Yargıtay Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme", Ceza Hukukunun Güncel Sorunları Kolokyumu (Editör:M.T.Gülsoy), Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi (8 Ekim 2010), 17-18.

40 Y8CD, 10.07.2008-3064/8855, Şahin, 17.

41 **Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgile-**

İletişimin denetlenmesi, kişiler arasında cereyan eden telefon konuşmalarının dinlenmesi veya sinyalleri, yazıları, resimleri, görüntü veya sesleri veya diğer nitelikteki bilgileri kablo, radyo veya diğer elektromanyetik sistemlerle veya tek yönlü sistemlerle alan ve ileten araçlara girilerek bilgi elde edilmesi ve bu bilgilerin değerlendirilmesidir.

Ceza Muhakemesi Yasası m.135'de, iletişimin *"tespiti"*, *"dinlenmesi"*, *"kayda alınması"* ve *"sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi"*, iletişimin denetlenmesi tedbiri kapsamındaki işlemler olarak gösterilmiştir.

İletişimin tespiti, belli bir telefon numarasından kimlerin ne zaman arandığı, konuşmanın ne kadar süreyle yapıldığı, elektronik posta yoluyla kimlerle iletişim kurulduğu hususlarının tespiti demektir. 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[42].

İletişimin dinlenmesi, telli veya telsiz telefonla ya da internet üzerinden yapılan konuşmaların öğrenilmesi demektir.

İletişimin kayda alınması, telli veya telsiz telefonla veya internet üzerinden yapılan konuşmalardaki ses veya görüntülerin ya da elektronik posta yoluyla yapılan iletişimin içeriğinin tespitidir.

Dinlemenin tek başına değeri olmayacağından, dinleme sonucunda elde edilen bilgilerin delil değeri olması için kayda alınması gerekir. Dinleyenin tanık olarak dinlenmesi de mümkündür.

Sinyal bilgisi, bir şebekede haberleşmenin iletilmesi veya faturalama amacıyla işlenen her türlü veridir; telefon görüşmeleri, içerik bilgisi ve faturalandırma bilgisidir. İçerik bilgisi, iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması işleminin konusudur. Faturalandırma bilgisi ise sunulan iletişim hizmeti karşılığında alınacak ücrete esas teşkil etmektedir.

---

rinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik m.3. RG 10.11.2005 No.25989.

42 **Yönetmelik m.3. Elektronik postayla iletişim kurulmasında üç farklı aşama bu**lunmaktadır: 1) Postanın e-posta sunucusuna ulaşıncaya kadar olan aşama, 2) postanın sunucuda bulunduğu aşama, 3) postanın muhatap tarafından çağrılması aşaması. İlk ve üçüncü aşama için telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi kararı aranacağı, ikinci aşama için ise elkoyma kararının yeterli olacağı konusunda bak.L.Meyer-Goßner, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, München 2010, §100a k.no.6b. Kapalı bir kullanıcı grubundaki telekomünikasyona ve internet telefonuyla kurulan iletişime müdahalenin denetleme tedbiri kapsamında olduğu konusunda bak.Meyer-Goßner, §100a k.no.7 ve k.no.7a.

Şüphelilerin isimlerine kayıtlı telefonların hangileri olduğunun veya bir telefonun kimin adına kayıtlı olduğunun tespiti telekomünikasyon yoluyla yapılacak iletişimin denetlenmesi kararına konu olmaz; savcılık, CMK m.160-161'den kaynaklanan araştırma faaliyetinin kapsamında bu tespitleri yapabilir[43].

Ancak, şüphelilerin isimlerine kayıtlı telefon numaraları belirlendikten sonra, belli tarihler arasında yapılan görüşmelerin, arayan-aranan şeklinde ayrı ayrı sayısal olarak tespiti CMK m.135 kapsamındadır[44] .

V. Mobil telefonun yerini tespit

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesinin sadece şüpheli ile sanığa yönelik olabileceği kuralının istisnası mobil telefonların denetlenmesi bakımından getirilmiştir. Şüpheli veya sanığı yakalayabilmek için üçüncü kişilere, örneğin mağdura ait mobil telefon da izlemeye alınabilir (CMK m.135/4)[45].

Ancak, örneğin telefonla tehdit veya hakaret suçlarında şüphelinin kimliğini tespit amacıyla mağdurun mobil telefonunun kendi rızasıyla dinlenmesi için bu hükme başvurmaya gerek yoktur; bu hallerde Cumhuriyet savcısı CMK m.160 ve 161'de yer alan genel soruşturma ve delil toplama yetkisi çerçevesinde hareket etmelidir[46].

---

43 Yargıtay bir konut dokunulmazlığını ihlal suçuyla ilgili olarak şöyle demektedir: "Yakınanın evinde bulduğunu ileri sürdüğü ve eve giren kişiye ait olduğunu iddia ettiği cep telefonu ve sim kartının, abone adı, kimlik bilgileri, telefon numarası ve sim kart bilgilerinin işletmeci kurumlardan istenmesi için CMK 135.maddesinin birinci fıkrasında yazılı bulunan *iletişimin tespiti* kararına gereksinim bulunmamaktadır. Söz konusu bu bilgilerin, Cumhuriyet Savcısı'nın CMK m.160 ve 161'de düzenlenen genel soruşturma yetkisi kapsamında, yargıç kararı olmadan, ilgili kurumdan istenmesi olanaklıdır", Y2CD, 25.06.2009-22575/31143, Y.Ünver/H.Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2011, 446

44 Yargıtay'a göre, "Soruşturma evresinde şüphelinin kullandığı telefonla yapılan bağlantıların kimlerle ve ne zaman yapıldığının belirlenmesi anlamına gelen *tespit* CMK m.135/6 kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu nedenle, hangi suça ilişkin olursa olsun, şüpheliye ait telefondan kimlerle ve ne zaman görüşüldüğüne dair *tespit* CMK m. 135/1 uyarınca hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde C.savcısının kararıyla mümkün olacaktır", Y5CD, 03.10.2005-14969/20489.

45 CMK m.135'in dördüncü fıkrasında *mobil telefonun yeri* kelimelerinden önce gelen "kullanılmakta olan" ve *mobil telefon numarası ve tespit işleminin süresi belirtilir* cümlesinden önce gelen "kullanılan" ifadeleri metinden çıkartılmıştır. Bak.25.05.2005 Gün ve 5353 sayılı Kanun m.17. RG 01.06.2005 No.25832.

46 Y4CD, 29.11.2006-4669/17007. Mobil telefonun yerini tespite ilişkin CMK m.135/4 hükmünün kim olduğu bilinen şüpheli veya sanığın o anda fiilen nerede bulunduğunu tespite olanak tanıdığı gibi; aynı zamanda kimliği henüz bilinmeyen şüpheli veya sanığın yerinin tespitine de yönelik olduğu, aksine yorumun bu hükmün

Mobil telefonun yerinin tespitinde, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ile iletişimin tespiti işlemleri birlikte uygulanacaktır.

Mobil telefonun denetlenmesi, denetleme kararı verilebilecek suçlarla sınırlı olarak uygulanmamalıdır[47].

Şüphelinin veya sanığın yakalanabilmesi için, mobil telefonun yeri, hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararına dayanarak tespit edilebilir. Bu konuda verilen kararda, mobil telefon numarası ve tespit işleminin süresi belirtilir. Tespit işlemi en çok üç ay için yapılabilir. Bu süre, bir kez uzatılabilir (CMK m.135/4).

Şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişiminin kayda alınması yasaklandığından (CMK m.135/2), bu kişilerin mobil telefonlarının şüpheli ve sanığın yerinin tespit edilebilmesi için denetlenmesi mümkün olmamalıdır. Aynı yasak müdafi açısından da geçerlidir (CMK m.136).

Tanıklıktan çekinme hakkı olanlar ile müdafi dışındaki kişilerin mobil telefonlarının şüpheli ve sanığın yerinin tespiti amacıyla denetlenebilmesi için de bu kişilerin şüpheli veya sanıkla haberleştiğini gösteren somut olgular bulunmalıdır.

VI. Tedbirin uygulanacağı kişiler

Telekomünikasyon yoluyla iletişimi denetlenebilecek kişiler şüpheli ile sanıktır (CMK m.135/1). Suç şüphesi altında bulunmayan, yani şüpheli veya sanık sıfatı taşımayan bir kişi hakkında iletişimin tespiti kararı verilmesi olanaklı değildir[48]. Üçüncü kişilerin iletişiminin denetlenmesine karar verilemez. Ancak, şüpheli veya sanıkla iletişim kurdukları ölçüde bu kişilerin iletişimi de dolaylı olarak denetlenmiş olacaktır[49].

şüpheli veya sanığın kimliğinin baştan beri bilindiği hallerde uygulanması, buna karşılık henüz bilinmeyen şüpheli veya sanığa karşı işletilememesi sonucuna götüreceği, bunun kabul edilemeyeceği görüşü için bak. Şahin, 3.

47 Bak. Şahin, 3 vd. Ayrıca bak. F.Ruhmannseder (Çev.Y.Ünver), "Mobil İletişim Anında Bulunulan Yerin Araştırılmasının Ceza Muhakemesi Açısından Caizliği", Ceza Muhakemesi Önlemleri ve Özellikle Gizli Araştırma Önlemleri (Editör:Y. Ünver), Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Ankara 2011, 195 vd.

48 Y4CD, 06.11.2007-8700/8903, Vatan 237 vd.

49 Hakkında telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi kararı verilecek şüphelinin kimlik bilgilerinin henüz tespit edilmemiş olabileceği konusunda bak.Kleinknecht/Meyer-Goßner, §100a k.no.9; KK-Nack, §100a k.no.37. Ayrıca bak.Murmann, in Handbuch zum Strafverfahren, §III k.no.209.

Alman hukukunda suç şüphesi altında bulunan kişiler dışında, denetleme kararı alınabilecek suçlarda, sanığın bağlantı kurması ihtimali bulunan mağdurların, hedef kişiler ile şüpheli olmayan, ancak şüpheli için haber taşıdığı konusunda deliller bulunan kişilerin veya iletişim araçlarını şüphelinin kullandığı anlaşılan kişilerin iletişiminin denetlenmesine de karar verilebilir[50].

İletişim aracının şüpheli veya sanığın adına kayıtlı olması şart değildir. Önemli olan bu aracın fiilen şüpheli veya sanık tarafından kullanılıyor olmasıdır. Bu konuda kuvvetli şüphe sebepleri aranmalıdır. Aksi takdirde, şüpheli veya sanık dışındaki kişilerin iletişiminin denetlenmesi sonucu ortaya çıkacaktır. Telekomünikasyon aracının şüphelinin evinde veya işyerinde olması, tedbirin uygulanması açısından önemli değildir.

Şüpheli veya sanık ile tanıklıktan çekinebilecek kişiler arasındaki iletişim kayda alınamaz. Kayıt yapıldıktan sonra bu durumun anlaşılması halinde, alınan kayıtlar derhal yok edilir (CMK m.135/2).

Tanıklıktan çekinme hakkı bulunanlardan suç şüphesi altında olanların iletişiminin denetlenmesi ancak ayrı bir hakim kararıyla mümkün olabilir. Ancak, bu kez bu kişilerin de tanıklıktan çekinme hakkı olan kişilerle yapacakları iletişim denetlenemez; aksi takdirde hukuka aykırı yolla elde edilen delil sözkonusu olur, hükme esas alınamaz[51].

Şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafiin büro, konut ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında bu tedbir uygulanamaz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, şüpheliye isnat edilen suç nedeniyle müdafiin telefonlarının dinlenmesi İHAS m.8'i ihlal edecektir[52].

---

50 Bak.C.Roxin/B.Schünemann, Strafverfahrensrecht, München 2009, §36 k.no.8; KK-Nack, §100a k.no.37.

51 **"Sanık hakkında mahkumiyet hükmü kurulurken delil olarak kabul edilen te**lefon dinleme kayıtları dosya içindeki nüfus kayıtlarından da anlaşılacağı üzere sanık İlhan ile .. tanıklıktan çekinme hakkı bulunan kardeşleri sanık Mükerrem, tanık Emrah ve babası sanık Karabey arasında yapılan görüşmelere ilişkin kayıtlar olup kanun dışı elde edilmiş delil niteliğindedir. Kanun dışı elde edilmiş delillerle .. mahkûmiyet yönünde hüküm kurulamadığı, dosya içeriğine ve oluşa göre, sanık hakkında elde edilen başka delillerin de maktulü öldürmesi için diğer sanık Mükerrem'i azmettirmediğini ya da fer'an katıldığını kabule ve mahkumiyete yeter nitelik ve derecede bulunmadığı gözetilmeden, sanığın beraati yerine mahkumiyetine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir", Y1CD, 13.10.2009,1721/5855.

52 Kopp/İsviçre Kararı, 25 Mart 1998, 23224/94, S.Cengiz/F.Demirağ/T.Ergül/J. McBride/D.Tezcan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Ankara 2008, 84.

CMK m.136'da müdafiin büro, konut ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla tedbir uygulanamayacağının gösterilmesi tekrar niteliğindedir; çünkü CMK m.135/2'de tanıklıktan çekinebilecek kişiler ile şüpheli ve sanık arasındaki iletişimin kayda alınamayacağı gösterilmiştir.

Öte yandan, denetleme yasağı kapsamına müdafiin mobil telefonları dahil edilmemiştir. Bu durumun doğuracağı sakınca, CMK m.135/2 hükmüyle giderilmiş olacaktır[53].

Şüphelinin kimliğinin tespiti için mağdurun telefonlarının kendi rızasıyla dinlenmesi için ise CMK m.135 uyarınca karar alınmasına gerek bulunmamaktadır. Bu konu,yukarıda da değinildiği gibi, savcıların CMK m.160-161 kapsamındaki genel soruşturma ve delil toplama yetkisine dahildir[54].

VII. Tedbirin süresi ve uzatılması

Tedbir kararı, en çok üç ay için verilebilir. Bu süre, bir kez uzatılabilir. Ancak, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak, gerekli görülürse, hakim, bir aydan fazla olmamak üzere, sürenin tekrar tekrar uzatılmasına karar verebilir (CMK m.135/3). Tedbirin süresiz uzatılmasına bu şekilde olanak tanınması bir hukuk devletinde yerinde bir düzenleme değildir.

Şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için mobil telefonun yerini tespit amacıyla verilen denetleme kararı ise en çok üç ay için verilebilir. Bu sürenin sadece bir kez uzatılması mümkündür (CMK m.135/4).

Hakimin uzatma kararı verebilmesi, ilk denetleme kararı verilirken elde edilmek istenen amaca henüz ulaşılamamış, ancak ulaşma olanağı bulunmasına bağlıdır. Failin bulunduğu yerin tespit edilemeyeceği ortaya çıkmış veya dinlemeyle delil elde edilemeyeceği anlaşılmışsa, denetleme tedbiri artık uza-

---

53 Aynı doğrultuda: Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku (2011), 452; F.S.Mahmutoğlu, "Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi", http://cezahukuku.istanbul.edu.tr/ders-gerecleri/ dersplani.htm

54 "Yakınanın veya suçtan zarar görenin hakaret ve tehdit suçlarının faillerinin belirlenmesi için ev ve cep telefonuyla yaptığı iletişimin tespitini talep etmesi üzerine iletişimin dinlenmesi CMK m.135'e tâbi değildir. Yakınanın veya suçtan zarar görenin iletişiminin tespitini, kimliği, belirtilen yöntem sonucu belirlenebilecek şüpheli veya sanık için aleyhe kanıt oluşturacak sonuca ulaşılsa bile 135. madde kapsamında değil, Cumhuriyet Savcısının 160. ve 161. maddelerde yer alan genel soruşturma ve kanıt toplama yetkisi çerçevesinde değerlendirmek isabetli olacaktır. Bu çerçevede iletişimin tespiti tedbiri, CMK m.135/6'daki sınırlamaya bağlı olmaksızın tüm suçlar açısından uygulanabilir", Y4CD, 29.11.2006-4669/17007. Soruşturmanın kurala bağlı olmaması ve savcının genel araştırma yükümlülüğü konusunda bak. Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku (2010), 97.

tılamamalıdır. Savcının uzatma kararı vermesi ise mümkün değildir; çünkü savcı sadece gecikmede tehlike bulunan hallerde iletişimin denetlenmesi kararı vermeye yetkilidir, üç ay devam eden bir denetlemenin uzatılması açısından gecikmede tehlike bulunması düşünülemez[55].

Tedbirin süresinin hangi tarihten itibaren işlemeye başlayacağı konusunda Yasa'da bir açıklık yoktur. Şüphelinin lehine düşünerek sürenin tedbirin fiilen uygulandığı değil, kararın verildiği andan itibaren işlemeye başlayacağını kabul etmek yerinde olacaktır[56].

Telekomünikasyonu denetlenmekte olan kişinin yakalanması veya tutuklanması halinde tedbire son verilip verilmeyeceği konusunda Yasa'da bir açıklık bulunmamaktadır. Gerçi gözaltına alınan veya tutuklanan kişi iletişim araçlarını kullanamayacaktır; ancak, sanığın telekomünikasyon araçlarını aracı kişilerin kullanması mümkündür. Bu nedenle, belli hallerde iletişimin denetlenmesine devam edilmesi mümkündür[57].

Sürenin dolması veya hakim tarafından aksine karar verilmesi halinde, tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır (CMK m.135/1). Süre dolmadan denetleme tedbirine son verilmesi için hakim kararı bulunması gerekmez; ancak, bu hakime bildirilmelidir[58].

VIII. Tedbir kararının yerine getirilmesi

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. Bu istem derhal yerine getirilir, yerine getirilmemesi halinde zor kullanılabilir. İşlemin başladığı ve bitirildiği tarih ve saat ile işlemi yapanın kimliği bir tutanakla saptanır (CMK m.137/1).

Bu tedbirler, Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde doğrudan doğruya Kurum Başkanı'na bağlı olarak faaliyet gösteren Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından yürütülecektir. 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 yeteri kadar teknik, hukukçu ve idarî

---

55 Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, İkinci Kitap (2010), No.59.5-II.

56 Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku (2010), 411; Özbek, Ceza Muhakemesi Hukuku, 429.

57 KK-Nack, §100a k.no.37; Graf, §100a k.no.41.

58 Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, İkinci Kitap (2010), No.59.9.

personel görevlendirilir. Başkanlıkta, Millî İstihbarat Teşkilatı, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığı'nın ilgili birimlerinden birer temsilci bulundurulur (İletişimin Tespiti Hakkında Yönetmelik m.16)[59].

Tutulan kayıtlar, Cumhuriyet savcılığınca görevlendirilen kişiler tarafından çözülerek metin haline getirilir. Yabancı dildeki kayıtlar, tercüman aracılığıyla Türkçe'ye çevrilir (CMK m.137/2)[60].

CMK m.135 hükmüne uygun olarak iletişimin tespit edilmesi veya kayda alınması, TCK m.243'te gösterilen bilişim sistemine girilmesi ve sistemde kalmaya devam edilmesi suçunu oluşturmayacak, yasa hükmünü ve amirin emrini uygulama hukuka uygunluk nedeni kapsamına girecektir (TCK m.24)[61].

IX. Tedbir kararına karşı başvurulacak kanun yolu

Bu tedbire, soruşturma evresinde sulh ceza hakimliğince karar verilir ve hakimlik kararlarına karşı itiraz kanun yolu açıktır (CMK m.267). Ancak, koruma tedbirlerine ilişkin kararlar, hazır bulunamayan ilgiliye tebliğ olunmaz (CMK m.35/2). Ayrıca, gizliliği dolayısıyla ilgili bu tedbirden haberdar olamayacağından, fiilen itiraz etme olanağı da bulunmaz. O halde, bu tedbire karşı kanunyoluna başvurma olanağı gerçekte yoktur ve tedbir kararının hukuka uygun olarak yerine getirilip getirilmediği de hakim tarafından denetlenemeyecektir.

Tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların yok edilmesi halinde, tedbir ilgiliye bildirilmektedir (CMK m.137/4).

---

59 Başkanlığın görevleri şunlardır: a) 2559 sayılı Kanunun ek 7'nci maddesi, 2803 sayılı Kanunun ek 5'inci maddesi ve 2937 sayılı Kanunun 6 ncı maddesi uyarınca, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınmasına yönelik iş ve işlemleri tek bir merkezden yürütmek, b) 5271 sayılı Kanunun 135'inci maddesi kapsamında yapılacak iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine yönelik iş ve işlemleri tek bir merkezden yürütmek (İletişimin Tespiti Hakkında Yönetmelik m.17).

60 İletişimin dinlenmesi ve dinlenen seslerin yazılı metin haline getirilmesi, dinlemeye ilişkin hakim kararında aidiyet numarası (şifresi) yazılı bulunan ilgili kolluk biriminde görevli kamu görevlileri tarafından hakim ve Cumhuriyet savcısı denetiminde yapılmaktadır. Bak.F.Şimşek, "Ceza Hukukunun Güncel Sorunları", Ceza Hukukunun Güncel Sorunları Kolokyumu (Editör: M.T.Gülsoy), Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi (8 Ekim 2010), 43.

61 Taraflardan birinin onayı bulunduğunda, polis memuru veya diğer kişinin iletişimi dinlemesinde hukuka aykırılığın ortadan kalkacağı konusunda bak.Kleinknecht/Meyer-Goßner, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, München 2001, m.100a k.no.1.

X. İletişim içeriklerinin yok edilmesi ve muhataba bildirme

İletişimin denetlenmesi kararının uygulanması sırasında şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilirse veya Cumhuriyet savcılığınca verilen tedbir kararını hakim onaylamazsa, tedbirin uygulanmasına Cumhuriyet savcısı tarafından derhal son verilir. Bu durumda, yapılan tespit veya dinlemeye ilişkin kayıtlar, Cumhuriyet savcısının denetimi altında en geç on gün içinde yok edilerek, durum bir tutanakla tespit edilir (CMK m.137/3)[62]. Kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi nedeniyle bu belgelerin yok edilmesi, kovuşturmaya yer olmadığı kararının kesinleşmesinden sonra gerçekleştirilmelidir.

Beraat kararı verilmesi halinde iletişim içeriklerinin yok edileceğinin Yasa'da gösterilmemiş olması bir eksikliktir.

Suç oluşturmayan, şüpheli veya sanığın tamamen özel hayatını ilgilendiren konuşma içeriklerinin silinmesi ya da dosyaya konulmaması hakim ve Cumhuriyet savcısının takdirindedir[63].

Tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların yok edilmesi halinde, soruşturma evresinin bitiminden itibaren *en geç onbeş gün* içinde, Cumhuriyet başsavcılığı, tedbirin nedeni, kapsamı, süresi ve sonucu hakkında ilgili kişiye yazılı olarak bilgi verir (CMK m.137/4). Soruşturma evresi, kovuşturmaya yer olmadığı kararının kesinleşme süresinin bitiminde sona ermektedir.

XI. Rastlantı sonucunda elde edilen deliller

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi bulunmayan, ancak, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine konu olan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse, bu delil koruma altına alınır[64]. Durum derhal Cumhuriyet savcılığına bildirilir (CMK m.138/2)[65]. Yasakoyucu, soruşturma kapsamında bulunma-

---

62 Kişisel veri ile haberleşme özgürlüğüne müdahale arasındaki ilişki için bak. E.Küzeci, Kişisel Verilerin Korunması, Ankara 2010, 299 vd.

63 Şimşek, 43.

64 Yargıtay içtihatlarına göre, iletişimin denetlenebileceği suçlar dışında bir suçun delili tesadüfen elde edilmişse bu delilin geçerli olmayacağı konusunda bak.H.Y.Aktan, Özel Yaşamın Gizliliği, Türkiye Barolar Birliği, Kaybettiğimiz Türkiye Barolar Birliği Başkanları Anısına Panel, Ankara/18 Ekim 2008, Soru-Cevap, 113. Aynı doğrultuda Kleinknecht/Meyer-Goßner, §100a k.no.20.

65 Dinleme yapan kamu görevlisinin TCK m.279 dolayısıyla katalog kapsamı dışındaki suçu öğrendiğinde, bu suçu ilgili makamlara bildirme zorunluluğu bulunduğu konusunda bak.Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku (2011), 433.

yan suçlar bakımından kişilere hukuki koruma ve güvence sağlamak amacıyla söz konusu bildirimin "derhal" yapılmasını öngörmüştür[66].

Alman hukukunda da raslantı sonucunda elde edilen delil ancak hakkında denetleme kararı verilebilecek suçlar kapsamındaki bir suça ilişkin ise değerlendirilebilir[67].

Tedbirin uygulanması sırasında CMK m.135/6'da sayılmadığı için telekomünikasyonun denetlenmesi tedbirine konu olamayan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse, bu delilin kullanılıp kullanılamayacağı konusunda Yasa'da bir açıklık bulunmamaktadır. Öğretide bu delilin soruşturma başlatmak için yeterli sayılması, ancak kovuşturma evresinde delil olarak hükme esas alınmaması önerilmektedir[68].

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bir kararında yerinde olarak belirttiği üzere, tesadüfen elde edilen delil üzerine ilk görüşmenin tespitinden sonra değil, yapılan on bir görüşmenin kaydedilmesinden sonra durumun savcılığa bildirilmesi, bu kişi hakkında herhangi bir iletişimin denetlenmesi kararı olmaksızın kayıt yapılması anlamına gelecek ve bu şekilde düzenlenen tutanaklar kanun dışı elde edilmiş delil niteliğinde olacağından, bunların muhakemede kullanılmaması gerekecektir[69].

XII. İletişimin önleme amaçlı denetlenmesi

Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu'nda düzenlenmiştir (ek m.7). Polis, Devlet'in ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasa düzenine ve genel güvenliğe ilişkin önleyici ve koruyucu tedbirleri almak, güvenliği ve düzeni sağlamak üzere, ülke düze-

---

66 A.Nuhoğlu, "İletşimin Denetlenmesi Suretiyle Elde Edilen Delillerin Değeri", Criminal Law in the Global Risk Society Risk Altındaki Global Dünya Toplumu ve Ceza Hukuku (yay.F.Yenisey/U.Sieber), German-Turkish Colloquium in Honour of Prof.Dr.Dr.h.c.mult.H.-H.Jescheck, İstanbul 2011, 573.

67 KK-Nack, §100a k.no.58.

68 Bak.Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku (2010), 412; Özbek, Ceza Muhakemesi Hukuku (2006), 435; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, İkinci Kitap (2010), No.59.10; Kaymaz, 478. Bu delillerle hazırlık soruşturması başlatılabileceği veya bunların arama kararı alınmasında, diğer tedbirlere başvurulmasında kullanılabileceği konusunda bak.KK-Nack, §100a k.no.69-70. Raslantı sonucunda elde edilen delillerin koruma altına alınarak savcılığa bildirilmesine ilişkin hükmün, kolluğa, savcının emri veya sulh ceza hakiminin kararı olmadan doğrudan elkoyma yetkisi verdiği, iletişimin denetlenebileceği suçlar dışındaki suçlara ilişkin tesadüfen elde edilen bilgilerden bu suçların aydınlatılması amacıyla delil veya yol gösterici olarak, yani yeni delillere ulaşmak için dahi yararlanılamayacağı görüşü için bak. Vatan, 157.

69 YCGK, 3.7.2007-5.MD-23/167.

yinde haber alma faaliyetlerinde bulunur, topladığı bilgileri değerlendirir, yetkili mercilere veya kullanma alanına ulaştırır. Devlet'in diğer haber alma kuruluşlarıyla işbirliği yapar[70].

Söz konusu görevlerin yerine getirilmesine yönelik olarak, şu suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulması mümkündür: Türk Ceza Yasası'nda yer alan, 1) örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde imâl ve ticareti suçu veya suçtan kaynaklanan malvarlığı değerini aklama suçu, 2) haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenen suçlar, 3) TCK m.305, 318-319, 323-325, 332 ve casusluk suçları dışında, Devlet'in güvenliğine, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine, milli savunmaya ve Devlet sırlarına karşı suçlar (PVSK ek m.7/2, CMK m.250/1-a-c,).

Bu suçların hazırlık aşamasında ve suçlar işlendiği sürece PVSK ek m.7'ye göre iletişim denetlenecektir[71]. Suçlardan adli kolluk ile Cumhuriyet savcılığının birlikte haberdar oldukları hallerde, önleme ve adli amaçlı tedbirlerin hangisine başvurulacağı konusunda yetki uyuşmazlığı meydana gelebilir.

Yasa'da iletişimin önleme amaçlı denetlenmesi için suçların işlenmiş veya işlenmekte olduğu konusunda somut şüphe sebebinin varlığı aranmamaktadır. Bu nedenle, suç sınırlaması yapılması haberleşmenin gizliliğinin güvenceye alınması bağlamında bir anlam taşımamaktadır. Oysa somut suç şüphesi bulunmadan ve bu şüpheye dayalı olarak belirli kişiler hakkında soruşturma başlatılmadan önleyici kolluk faaliyeti çerçevesinde telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, kayda alınması ve dinlenmesi işlemlerinin yapılamaması gerekir. Aksi takdirde CMK m.135'deki düzenlemelerle çelişkili bir uygulama ortaya çıkacaktır. Suç soruşturmasında bu işlemlerin yapılmasının sıkı kayıtlara bağlanmasına karşılık önleyici kolluk faaliyeti çerçevesinde bu tedbirin daha esnek uygulanabilmesi bir çelişkidir. Denetleme kararı verilmesi için makul sebepler bulunması aranmalıdır; hakimin makul sebep olup olmadığını takdir yetkisi vardır[72].

---

70 Jandarma Teşkilâtı, Görev ve Yetkileri Yasası ek m.5'le, önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi yetkisi, kendi sorumluluk alanıyla sınırlı olarak Jandarma'ya da verilmiştir. Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Yasası m.6'ya eklenen fıkralara göre, MİT de aynı yetkilere sahiptir.

71 Henüz bir suçun işlenmediği hallerde hangi ölçütlere göre bu tedbire başvurulacağının belirli olmamasına yönelik eleştiri için bak.H.Yokuş Sevük, "Kolluk Tarafından Suçun Önlenmesine Yönelik Yapılan İletişimin Denetlenmesine İlişkin Değerlendirmeler", TBM, Ankara 2006, 54-55.

72 Özgenç, 124-125.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim, hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Emniyet Genel Müdürü veya İstihbarat Dairesi Başkanı'nın yazılı emriyle tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir ve kayda alınabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen yazılı emir, yirmi dört saat içinde yetkili ve görevli hakimin onayına sunulur. Hakim, kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Sürenin dolması, süre dolduktan sonra sunulması veya hakim tarafından aksine karar verilmesi halinde, tedbir derhal kaldırılmalıdır. Bu halde, dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar, en geç on gün içinde yok edilir; durum, bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde gösterilmek üzere saklanır.

Bu konuda yetkili hakim, soruşturma ve kovuşturma sırasında, tedbir konusu suç için yer yönünden yetkili olan özel yetkili ağır ceza mahkemesinin üyesi (CMK m.250/1,251/2); tedbire, henüz suç işlenmeden önce önleme amaçlı olarak başvurulan hallerde ise sulh ceza hakimi olmalıdır.

İletişimin denetlenmesi kararında veya emrinde, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, kullandığı telefon numaraları veya iletişim bağlantısını tespite olanak sağlayan kodundan belirlenebilenler, tedbirin türü, kapsamı ve süresi ile tedbire başvurulmasını gerektiren nedenler gösterilir.

O halde, önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin ülke genelinde etkili olacak şekilde uygulanmasına olanak bulunmamaktadır.

Ceza Muhakemesi Yasası'nın somut suç şüphesi bulunan hallerde dahi vermediği bir yetki önleme dinlemesi yapılmak üzere verilmemeli, ülkede yaşayan herkes şüpheli görülerek ülke genelini kapsayacak şekilde önleme dinlemesi yapılamamalı, dinleme kararı veren merci kendi yargı çevresiyle sınırlı olarak karar vermelidir[73].

Öte yandan, hakkında tedbir uygulanacak olan kişinin suç işleyeceğine dair en azından makul düzeyde şüphe bulunmalıdır.

Tedbir kararı en fazla üç ay için verilebilir; bu süre aynı yöntemle üçer ayı geçmeyecek şekilde en fazla üç kez uzatılabilir. Dinleme süresi bu halde, toplam on iki ayı geçemez. Ancak, terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde devam eden tehlikelere ilişkin olarak gerekli görülmesi halinde, hakim, her seferinde üç aydan fazla olmamak üzere sürenin tekrar tekrar uzatılmasına karar verebilir. Sürenin sınırsız şekilde uzatılabilecek olması yerinde değildir[74].

---

[73] Y9CD, 04.06.2008-874/7160. Bak.yukarıda dn.32.

[74] Aynı doğrultuda bak. F.Birtek, "İstihbarat Amacıyla İletişim Özgürlüğüne Müdahale Edilmesi ve Müdahaleden Elde Edilen Materyallerin Delil Olarak Kabul Edilebilirliği", Ceza Hukuku Dergisi VI, 16 (Ağustos 2011), 100 vd.

Önleme denetlemesi yapılabilmesi için hakim kararı gerekli olmakla birlikte, bu faaliyet gizli tutulduğundan nasıl yerine getirildiği konusunda yargı denetimi yapılması olanağı bulunmamaktadır. Bu konuda denetleme yetkisi idari mercilerdedir[75].

Uygulanan tedbirin sona ermesi halinde, dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar, en geç on gün içinde yok edilir. Durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde gösterilmek üzere saklanır[76].

Önleme amaçlı olarak iletişimin denetlenmesi faaliyeti çerçevesinde elde edilen kayıtlar, PVSK ek m.7/1'de gösterilen önleme amaçları dışında kullanılamaz. Elde edilen bilgi ve kayıtların saklanmasında ve korunmasında gizlilik ilkesi geçerlidir. Aykırı davranışlar görev sırasında veya görevden dolayı yapılsa da, Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma yürütülür (PVSK ek m.7/7).

Hakim kararları ve yazılı emirler, Emniyet Genel Müdürlüğü İstihbarat Dairesi Başkanlığı görevlilerince yerine getirilir. İşlemin başladığı ve bitirildiği tarih ve saat ile işlemi yapanın kimliği bir tutanakla saptanır.

Bu faaliyetlerin denetimi, sıralı kurum amirleri, Emniyet Genel Müdürlüğü ve ilgili Bakanlığın teftiş elemanları tarafından yapılır.

Ceza Muhakemesi Yasası'na göre yapılacak olan adli iletişim denetlemeleri (CMK m.135) gibi önleme amaçlı denetlemeler de, Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde kurulan ve Kurum başkanına doğrudan bağlı olan "Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı" adlı tek bir merkezden yürütülür[77].

Kurallara aykırı dinleme işlemleri, hukuken geçerli sayılmaz ve bu şekilde dinleme yapanlar hakkında Türk Ceza Yasası hükümleri uygulanır.

---

75 Öğretide, önleyici kolluk faaliyeti çerçevesinde yapılan telekomünikasyon yoluyla iletişimin tespiti, kayda alınması ve dinlenmesi işlemlerinin yasama denetimine açılması önerilmektedir. Bak.Özgenç, 125 dn.3.

76 Haber alma faaliyetlerinde, PVSK ek m.7'de gösterilen suçların önlenmesi amacıyla ve hakim kararı alınmak koşuluyla, teknik araçlarla izleme yapılabilir. Ayrıca, kamu kurum ve kuruluşlarıyla kamu hizmeti veren kuruluşların ihtiyaç duyulan bilgi ve belgelerinden yararlanabilmek için, gerekçe gösterilerek yazılı talepte bulunulabilir. Bu kurum ve kuruluşların yasal nedenlerle veya ticari sır gerekçesiyle bu bilgi ve belgeleri vermemeleri halinde, ancak hakim kararıyla bu bilgi ve belgelerden yararlanılabilir.

77 Oluşturulan bu Başkanlık, bir başkanla teknik, hukuk ve idari olmak üzere üç uzmandan oluşur. Bu Başkanlık'ta Millî İstihbarat Teşkilâtı, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığı'nın ilgili birimlerinden birer temsilci bulundurulur.

Önleme amaçlı denetleme bilgileri başka bir amaçla, özellikle ceza muhakemesinde delil olarak kullanılamaz (PVSK ek 7/7)[78].

XIII. İletişimin Denetlenmesi Sonucunda Elde Edilen Delillerin Kullanılması-Delil Yasakları

İletişimin denetlenmesi sonucunda elde edilen ve disket, kaset, CD gibi bir veri taşıyıcısına aktarılmış olan sesler ceza muhakemesinde delil niteliğindedir. Bunlar belirti delilidir. Ancak, kayıtlar dava dosyasında doğrudan doğruya delil olarak yer almayıp yazılı metin haline getirilmiş ise bunlar ve yazılı görüşme örnekleri belge delili niteliğinde olurlar[79].

İletişimin denetlenmesiyle elde edilen deliller esas olarak hüküm mahkemesi tarafından değerlendirilecektir. Bunun için ses ve veri taşıyıcıları tamamen veya kısmen keşif konusu yapılarak dinlenir veya izlenir; yazılı hale getirilmiş belgeler okunur. İletişimin denetlenmesi suretiyle elde edilen veriler bilirkişi incelemesinden de geçirilebilir[80].

Dinleme işlemini gerçekleştiren görevlilerin tanık olarak bilgilerine başvurulabilir. Ancak, denetlemenin hukuka aykırı, elde edilen bilgilerin delil olarak kullanılmalarının yasak olduğu hallerde bu görevliler de tanık olarak dinlenemez[81].

Telekomünikasyonun denetlenmesi sonucunda ulaşılan bilgiler, ancak hukuka uygun olarak elde edildiklerinde delil olarak kullanılabilir[82]; aksi

---

78 Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi ile bir suça ait deliller veya bir suçun işleneceğine ilişkin deliller elde edilirse, bu delillerin adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin talep edilmesi için şüphe sebebi olarak kullanılabileceği, adli amaçlı iletişimin denetlenmesi ve teknik araçlarla izleme tedbirine karar verilmesinden sonra elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılacağı konusunda bak.Vatan, 144.

79 "Hükümlülük kararında kanıt olarak kabul edilen iletişimin tespitine dair belgelerin yasal dayanağını oluşturan kararlar dosyaya getirtilip duruşmada okunmalı, iletişimin tespitinin kim hakkında, hangi suça ilişkin olarak ve hangi süreyle gerçekleştirildiği, hukuka uygun ya da aykırı olarak elde edilip edilmediği hususları tartışılıp değerlendirilmelidir", Y4CD, 10.07.2008-8558/15780.

80 Graf, §100a, k.no.77-78.

81 Aynı doğrultuda bak. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, İkinci Kitap (2010), No.59.10.

82 "İletişimin tespitinin kim hakkında, hangi iletişim araçları bakımından ve ne süreyle gerçekleştirildiğini gösteren, dolayısıyla telefon görüşmelerine ilişkin kanıtın hukuka uygun biçimde elde edilip edilmediğinin ve kimler hakkında hangi suçlarla sınırlı olarak kanıt sayılacağının denetlenmesini sağlayacak olan .. yazısı ile .. dinleme kararı dosyaya getirilmemiş .. duruşmada okunmamış, ulaşılan kanıtın hukukiliği Yargıtayca denetlenebilir açıklıkta olmak üzere hüküm mahkemesince tartışılmamış, buna mukabil mahkumiyet hükmüne dayanak alınmıştır.

takdirde delil yasakları kapsamına girerler[83]. CMK 135'de gösterilen kurallar dışında telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim denetlenemez (CMK m.135/7)[84].

İletişimin denetlenmesi yoluyla elde edilen veriler yargılamada sanığın ikrarına ilişkin delil olarak değerlendirilmemelidir; aksi takdirde susma hakkı ihlal edilmiş olacaktır. Şüpheli veya sanığın iletişimin denetlenmesi sırasında doğrudan veya dolaylı olarak suçunu ikrar etmesi halinde, CMK m.147'nin sağladığı güvenceler uygulanmaksızın elde edilmiş bir beyan sözkonusudur. Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurularak, Ceza Muhakemesi Yasası'nda güvence altına alınmış olan ifade alma usulü etkisiz kılınmış olmamalıdır[85].

Öte yandan Yargıtay'a göre başkaca maddi delillerle desteklenmeyen telefon dinleme kayıtları, hukuka uygun elde edilmiş olsa da tek başına mahkûmiyet için yeterli olmaz[86].

Delil yasağı, hem delil elde etme hem de delilleri değerlendirme bakımından sözkonusudur. Denetleme kapsamında elde edilen verilerin hukuka uygun delil olma niteliğini kazanabilmeleri için yasal koşullara uygun bir şekilde ve özel hayatın gizli alanını ihlal etmeden kaydedilmiş olmaları gerekir.

Özel hayatın gizli (çekirdek) alanına ilişkin veriler delil olarak kullanılamaz[87]. Nitekim Alman CMK m.100a/4'de bu konu düzenlenerek denetleme

---

Bu itibarla hükmün bozulması gerekir", YCGK, 04.07.2006-5.MD-127/180, Şahin, 17.

83 Hukuka aykırı delilin şüpheli veya sanık lehine olduğunda dikkate alınabileceği konusunda bak.Vatan, 149.

84 CMK m.135/7'nin gereksiz hüküm olduğu, istihbarat niteliğindeki denetlemeleri engellemediği, mağdur bakımından da uygulama alanı bulunmadığı, mağdurun rızası varsa telefon dinlenmesinde CMK m.135'in uygulanmaması gerektiği konusunda bak.Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku (2011), 452.

85 Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku (2010), 405-406.

86 **"İçeriği maddi bulgularla desteklenemeyen telefon görüşmelerine dayalı iletişim kayıtları dışında cezalandırılmalarına yeter kesin ve inandırıcı delil elde edilemediği .. gözetilmeden ceza tayin edilmesi bozmayı gerektirmiştir"**, Y8CD, 22.01.2009-13862/479. Aynı doğrultuda: Y8CD, 15.09.2008-12115/95-13. Bu tespitin her suç için geçerli sayılmaması, somut olayın koşulları gözönüne alınarak örneğin, bir suç örgütü tarafından yapılan şantaj veya tehditin tespiti için mağdurun başvurusu üzerine dinleme kaydı yapılmış ve başka delil elde edilememiş olsa da, bu kaydın mahkumiyet için yeterli sayılması konusunda bak.Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku (2011), 460.

87 **Bak.Zafer, Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması**,13, 20.

tedbiriyle sadece özel yaşamın çekirdek alanına ilişkin bilgi elde edilebileceğini gösteren maddi dayanak noktaları varsa bu tedbire başvurulamayacağı belirtilmiştir. Bu tür bilgiler elde edildiği takdirde de kullanılamaz ve hemen yok edilmesi gerekir; elde edildiği ve yok edildiği tutanağa bağlanır[88].

Eşlerin aile mahremiyetleri ile ilgili konulardaki konuşmaları dokunulamayan gizli (çekirdek) alana dahildir. Bu gibi konuşmaların hukuka uygun olarak denetleme kararı alınmış olan hallerde dahi kayda alınmaları hukuka aykırıdır[89].

Başkaca hangi hallerde elde edilen verilerin hukuka aykırı delil kapsamında olacaklarına gelince: Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenebileceği suçlardan birine ilişkin şüphe baştan itibaren bulunmadığı halde denetleme kararı verilmişse, elde edilen delil hukuka aykırı delil olacaktır.

Öte yandan, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmasındaki biçimsel eksiklikler, elde edilen bilgilerin değerlendirilmemesi sonucunu doğurur. Hakim ve gecikmede tehlike olan hallerde savcı kararının bulunmaması, kolluğun haberleşmenin gizliliğini ihlal ederek iletişimi tespit etmesi gibi.

Denetlemenin konusu olan suç denetlenebilecek suçlar kapsamında değilse, elde edilen veriler delil olarak değerlendirilemez[90]. Denetleme kararı verilebilmesi için bulunması gereken maddi koşulların varlığı konusunda ise hakimin takdir hakkı vardır. Değerlendirme yasağı açısından hakimin takdir hakkını kullanırken keyfi veya fahiş hatayla hareket edip etmediği araştırılmalıdır[91].

Alman Yüksek Mahkemesine göre, belli olguların gösterilmemiş olması, suçun işlendiğine dair şüphe derecesinin yükseldiğinin onaylanması durumunda, değerlendirme yasağına yol açmaz. Başka yolla delil elde edilebilecek olduğu halde, yani ikincillik ilkesi dikkate alınmadan iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulması değerlendirme yasağına sebebiyet verir. Savcının gecikmede tehlike olduğu konusunda yanılması, elde edilen bilgilerin değerlendirilmemesini gerektirmez. Denetleme süresinin aşılması, denetleme

---

88 KK-Nack, §100a k.no.41, Roxin/Schünemann, §36 k.no.12; Meyer-Goßner, §100a k.no.24.

89 Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, İkinci Kitap (2010), No.59.11; Vatan, 149.

90 Yasa'nın ancak sınırlı sayıdaki suçla ilgili ve sınırlı hallerde telefon dinlenmesine olanak tanıdığı, bu sınırların dışına çıkılarak telefon dinlenmesi halinde, elde edilen bilgiler yasa dışı elde edilmiş delil niteliğinde olacağı konusunda bak.YCGK, 13.06.2006-4.MD-122/162, Parlar/Hatipoğlu, 591 vd.

91 Graf, §100a k.no.82 vd.; Roxin/Schünemann, §36 k.no.11.

kararı verildiğinde var olan şartların ortadan kalkması hallerinde ise, elde edilen veriler değerlendirilemez[92].

Denetleme konusunda verilen ilk karar ile uzatma arasında veya savcının kararı ile hakimin onayı arasında zaman boşluğu bulunması halinde ise elde edilen verileri değerlendirip değerlendirmeme hakimin takdirine bırakılmalıdır[93].

Şüphe derecesini takdir konusunda Yasa'da hakime takdir yetkisi tanınmıştır. Bu aşılırsa elde edilen veri değerlendirilmez[94].

Gerekçe eksikliği tek başına değerlendirme yasağı doğurmaz; ancak, hiçbir gerekçenin olmadığı, şekli bir denetleme kararının bulunduğu hallerde ise bu kararın infaz edilmemesi ve elde edilen verilerin de kullanılmaması gerekir[95].

İletişimin denetlenmesi tedbiriyle elde edilen deliller olmasa da ulaşılabilecek deliller varsa bunlar ceza muhakemesinde kullanılabilir. Ancak sadece hukuka aykırı yöntemler kullanılarak iletişimin denetlenmesi işlemiyle elde edilmiş diğer deliller ceza muhakemesinde kullanılamaz[96].

Denetleme kararı verildikten sonra suçun niteliğinin değişmesi halinde tedbir hemen sona erdirilmeli ve elde edilen delil kullanılmamalıdır. Aksi takdirde, denetleme kapsamında bulunmayan bir suç soruşturma aşamasında denetleme kapsamında olarak nitelendirilip yasaya karşı hile yapılmış ve elde edilen hukuka aykırı deliller yargılamada kullanılmış olacaktır[97].

---

92 KK-Nack, §100a k.no.54-55. Savcının gecikmede tehlike bulunması şartı gerçekleşmeden denetleme kararı verdiği hallerde, bunun keyfilik ve hakim kararını devre dışı bırakma anlamına mı geldiğinin yoksa takdir hatası mı olduğunun araştırılması gerektiği konusunda bak.Graf, §100a k.no.83. Daha hafif bir tedbirle sonuç elde edilip edilemeyeceği hususunun denetlemeye karar verecek olan hakimin takdir yetkisi dahilinde bulunduğu konusunda bak.Graf, §100a k.no.87.

93 Graf, §100a k.no.82.

94 Graf, §100a k.no.85.

95 Graf, §100a k.no.86.

96 Vatan, 158. Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi kararı kapsamında elde edilmeyen bilgilerin değerlendirilmeyeceği, telefon konuşmaları dışında, telefonla konuşurken yanındakilerle de konuşma gibi sadece telefonla bağlantılı konuşmaların denetleme kapsamında olduğu; buna karşılık görüşme bittikten sonra telefon düzgün kapatılmadığı için duyulan odadaki konuşmaların bu kapsam dahilinde olmadığı konusunda bak.KK-Nack, §100a k.no.56.

97 Yargıtay ise suç niteliğinin değişmesi durumunda iletişimin denetlenmesi kararıyla elde edilen delillerin kullanılıp kullanılmayacağının mahkemece tartışılmasını istemektedir: "Başlangıçtaki iddia rüşvet suçuna yönelik olsa da, görevi kötüye kullanma suçunun özel bir biçimi olan rüşvet suçunun da çoğu zaman görevi

Eylemin örgütlü suç olduğu nitelemesi yapılarak iletişimin denetlenmesi kararının alınması, ancak sonradan örgütle ilgili olmayan başka suçtan soruşturma yürütülmesi gibi[98].

Resmi sıfatı bulunmayan kişi tarafından uygulanan delil elde etme metodu kişi hak ve özgürlüklerini ihlal eder nitelikte ise, o delil değerlendirme kapsamı dışında kalmalıdır[99]. Hayatın gizli alanı kamusal ve özel her türlü müdahaleye karşı korunmalıdır.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesiyle elde edilen veriler ceza muhakemesi dışında kullanılamaz. Hukuk mahkemelerinin haberleşmenin gizliliğine müdahale yetkisi yoktur. Yargıtay'a göre, resmi sıfatı bulunmayan kişiler tarafından özel hayatın gizli alanı ihlal edilmeyerek elde edilen ses veya görüntü kayıtları hukuk yargılamasında kullanılabilir[100].

1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.189/2'ye göre, **"**hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan deliller, mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınamaz**".** O halde, resmi sıfatı bulunmayan kişiler tarafından elde edilen delillerin hukuk mahkemelerinde kullanılması da, bunların hukuk kuralları ihlal edilmeksizin elde edilmiş olmalarına bağlıdır.

XIV. Sonuç

Haberleşme özgürlüğüne müdahale teşkil eden telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Yasası'nda ayrıntılı olarak düzenlenmiş ve başka türlü delil elde edilemeyen hallerde bu tedbire başvurulması öngörülmüştür. Uygulamada ise ikincillik ilkesi göz ardı edilerek delil elde etme yöntemi olarak genellikle bu kolay yol seçilmektedir.

Toplumda bu tedbire çok sık başvurulduğu algısı hakimdir; "dinleniyor olma" endişesi yaygındır. İletişimin denetlenmesine ilişkin karar sayısı veya kaç kişi hakkında bu tedbire karar verildiği bilinmemektedir. Bu tedbire

---

kötüye kullanma suçuna dönüşmesi olanağı bulunduğundan, nitelik değiştirmesi olanağı bulunan suçlar yönünden de elde edilen kanıtlar hukuka uygun delil olarak değerlendirilmelidir", YCGK, 12.06.2007-5-MD-154/145, Parlar/Hatipoğlu, 585 vd.

98 Şahin, 22.

99 Yargıtay, kocasını kasten öldürmekten yargılanan sanığın yaşı küçük çocuğunun amcası tarafından olay hakkında konuşturularak ses ve görüntüsünün gizlice kaydedilmesini hukuka aykırı bulmuştur. Bak.Y1CD, 16.02.2004-2003-3819/7299, Vatan, 154-155.

100 Bak.YHGK 25.09.2002-2-617/648, Vatan, 145-146.

başvurulma sayısına ilişkin veriler, 2006-2008 yılları arasındaki üç yıllık dönemde 12 bin 819 kaydın imha edilerek ilgilisine bildirildiği şeklindedir.

Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirine ve uzatılmasına ilişkin kararların özel bir sicilde kayıt altına alınmasında yarar bulunmaktadır. Demokratik bir hukuk devletinde bu kararların sayısının bilinmesi ve tedbirin uygulanmasının denetlenmesi gerekir[101]. Ayrıca bu tedbire başvurulmasındaki hukuka aykırılıklardan dolayı tazminata hükmetme konusu da Ceza Muhakemesi Yasası'nda düzenlenmelidir.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi yasal kurallar kapsamında ve meşru amaçla yapılmalı, gerekliliği konusunda kuşku bulunmamalıdır.

Denetleme süresiz olmamalı ve kayıtların imha edilmesi kuralına uyulmalıdır.

Denetleme tedbirinin özel hayatın gizli (çekirdek) alanına müdahale edilmeksizin uygulanması gerekir. Ancak, özel hayat ile özel hayatın gizli alanını birbirinden ayırmanın zorluğu da sık sık karşımıza çıkmaktadır.

Bir suç soruşturması ve kovuşturması sürecinde CMK 135.maddede gösterilen kurallar dışında bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimi dinlenmemeli ve kayda alınmamalıdır. Aksi takdirde bu yolla elde edilen deliller hukuka aykırı delil olacak ve ceza muhakemesinde kullanılamayacaktır.

---

[101] Alman hukukunda bu kararların Federal Adalet Dairesi'ne (Bundesamt für Justiz) bildirilmesi gerekmektedir. 2009 Yılında denetleme sayısının 20 bin 605 olduğu konusunda bak.Justizstatistik: www.bundesjustizamt.de Federal Almanya Cumhuriyeti'nde telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi karar sayısının 1990 yılından 2007 yılına kadar yüzde 1675 arttığı; 2007 yılında denetleme tedbiri kararı sayısının 44 bin 278 olduğu konusunda bak.Bak.M.Kilchling, "Almanya'da İletişimin Denetlenmesi", Criminal Law in the Global Risk Society Risk Altındaki Global Dünya Toplumu ve Ceza Hukuku (yay.F.Yenisey/U.Sieber), German-Turkish Colloquium in Honour of Prof.Dr.Dr.h.c.mult.H.-H.Jescheck, İstanbul 2011, 608.

*La Jurisdicción Universal en España: Un Paso Atrás en la Lucha Contra la Impunidad**

*Isidoro Blanco CORDERO***

1. Introducción: orígenes y evolución de la jurisdicción universal

Los piratas han sido considerados desde antiguo *hostis humani generis*, esto es, *enemigos de toda la humanidad*. Son sujetos que cometen delitos en alta mar, espacio sobre el que ningún Estado ejerce su jurisdicción y, por lo tanto, ninguno puede aplicar su ley. Para evitar la impunidad de estos delincuentes se ideó hace cientos de años que el delito de piratería, tan de actualidad, pueda ser enjuiciado y sancionado por cualquier Estado en interés de todos los demás, ya que amenaza el orden internacional.

Esta es precisamente la idea que inspira el principio de jurisdicción o justicia universal: *evitar la impunidad* mediante la persecución de aquellos delitos de relevancia internacional que afectan a *valores fundamentales* compartidos por la comunidad de Estados. Dicho principio permite a cualquier Estado enjuiciar y castigar a quienes cometen determinados delitos, con independencia del lugar de comisión así como de la nacionalidad de los autores y de las víctimas[1]. Los Estados ejercen la jurisdicción universal no sólo como una jurisdicción nacional, sino que actúan como delegados de la comunidad internacional.

---

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de investigación DER2009-11767, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, titulado: "Principio de Justicia universal: fundamento y límites".

** *Prof. Dr., Profesor Titular de Derecho Penal Universidad de Alicante Secretario General Adjunto AIDP* Isidoro.blanco@ua.es

1 Ampliamente sobre el principio de jurisdicción universal SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel, *Jurisdicción universal penal y derecho internacional*, Tirant lo Blanch, 2004; *Crimen internacional y jurisdicción universal: (el caso Pinochet)*, coord. por Mercedes García Arán y Diego López Garrido, Tirant lo Blanch, 2000.

Como decimos, tal vez el primer delito respecto del cual se invoca la jurisdicción universal es la piratería. El humanista holandés *Huig de Groot o Hugo Grocio*, en sus dos volúmenes publicados por vez primera en 1625 *De Jure Belli Ac Pacis*, se refirió a la persecución de los *hostis humani generis* en alta mar, partiendo de la noción de *mare liberum*. La libertad de navegación en alta mar se consideraba un derecho universal que resultaba vulnerado por la actuación de los piratas, por lo que debían ser objeto de persecución y sanción universal. Se puede decir que esta doctrina está en el origen de la moderna teoría de la jurisdicción universal para algunos crímenes internacionales. De acuerdo con Grocio, existe una sociedad universal de hombres, *societas generis humani*. El crimen, considerado como una violación del derecho natural que la rige (derecho no escrito pero importante en la conciencia individual), es una *ofensa a la humanidad en su conjunto*. La obligación de castigar que engendra es universal.

Uno de los principales aspectos que determinó el recurso a la jurisdicción universal fue el del lugar de comisión del delito de piratería, que por lo general ocurre en alta mar, espacio en el que los Estados carecen de competencia jurisdiccional. Para facilitar la lucha contra estos delitos, la jurisdicción universal permite a los Estados capturar y castigar a los piratas; todos los Estados tienen igual derecho para perseguir y castigar estos actos. Pero junto al lugar de comisión, es principalmente la *naturaleza del delito* la que justifica el sometimiento de la piratería a la jurisdicción universal. Este delito es especialmente nocivo para la comunidad mundial, porque supone una grave amenaza para el comercio internacional y la navegación en alta mar. Lo que fundamenta el recurso a la jurisdicción universal es la naturaleza del delito, que atenta contra valores esenciales de la comunidad mundial. En esta línea se pronunció ya en 1924 *Donnedieu de Vabres*[2], cuando afirmó que el criterio de universalidad atribuye competencia a los tribunales penales de todos los Estados para conocer de un delito, cualquiera que sea el lugar de comisión. El Estado que ejerce su jurisdicción no actúa en defensa de sus intereses, no reivindica un derecho de soberanía por razón del acto o de su autor. Interviene en interés de la humanidad para evitar una impunidad escandalosa.

El presente trabajo, presentado para homenajear al Prof. Dr. Köksal Bayraktar, examina la situación del principio de jurisdicción universal tras su reforma en el año 2009.

2. La situación en España

En las últimas décadas ha habido un importante **debate académico** sobre el principio que se analiza. Se han esgrimido argumentos a favor y en

---

2 *Cfr.* DONNEDIEU DES VABRES, Henri, *Les principes Modernes du Droit Pénal International*, Paris, 1928, p. 135.

contra de la legalidad de la jurisdicción penal universal sobre los crímenes de Derecho internacional. En cuanto a la práctica de los Estados, tras la modificación en 2003 de la legislación belga sobre jurisdicción universal[3], España ha sido el líder mundial en la persecución de crímenes tan terribles y nocivos para la comunidad internacional que todos los Estados están autorizados, e incluso obligados, a investigar y enjuiciar[4]. Ahora bien, tras la reforma de 2009 España ha seguido el camino abierto por Bélgica, y ha limitado drásticamente el alcance de la jurisdicción universal[5].

Esta **reforma restrictiva** de la jurisdicción universal en España se ha debido a la presión de las superpotencias. Sometido a una creciente presión internacional, el gobierno español ha decidido modificar la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ). La modificación aprobada sigue la interpretación restrictiva del Tribunal Supremo español, que en el caso del genocidio de Guatemala (STS 327/2003) llevó a cabo una reducción teleológica del art. 23.4 LOPJ[6]. Sin embargo, el Tribunal Constitucional (SSTC 237 / 2005 y 227 / 2007) ya se pronunció en el sentido de que la limitación del principio de jurisdicción universal puede suponer una infracción

---

3 LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, Eugenia, "Comentarios a la Ley belga de jurisdicción universal para el castigo de las violaciones graves del Derecho internacional humanitario, reformada el 23 de abril de 2003", *Revista española de derecho internacional*, Vol. 55, Nº 2, 2003, pp. 839-848.

4 *Cfr*. ampliamente sobre la situación española OLLÉ SESÉ, Manuel, *Justicia universal para crímenes internacionales,* Madrid, 2008.

5 *Cfr*. la *Loi relative aux violations du droit international humanitaire*. 5 de agosto de 2003. Publicada el 7 de agosto de 2003 y que entró en vigor ese mismo día. El objetivo de dicha reforma fue restringir la aplicación del principio de justicia universal, limitando la posibilidad de acceder a los tribunales nacionales belgas en casos de graves violaciones del Derecho internacional humanitario.

6 BLANCO CORDERO, Isidoro, "El principio de jurisdicción universal. Su aplicación por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 25 de febrero de 2003. Caso Guatemala", *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*, Nº. 1, 2004, pp. 53-120; BLANCO CORDERO, Isidoro, "Crisis del principio de jurisdicción universal en el derecho penal internacional contemporáneo (I)", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 2, 2004, pp. 1634-1646; BLANCO CORDERO, Isidoro, "Crisis del principio de jurisdicción universal en el derecho penal internacional contemporáneo (y II)", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 2, 2004, pp. 1647-1659; GIL DE LA FUENTE, Juan / RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, "Límites de la jurisdicción penal universal española: (a propósito de los casos Pinochet y Guatemala)", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 3, 2003, pp. 1499-1503; CASTRESANA FERNÁNDEZ, Carlos, "La jurisdicción universal en la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo", *Revista del poder judicial*, Nº 73, 2004, pp. 183-214.

del derecho a la tutela judicial efectiva[7]. La reforma aprobada recorta el alcance de la jurisdicción universal, imponiendo como requisito que exista una conexión decisiva con intereses españoles. Según la nueva redacción, el presunto responsable tendrá que encontrarse en España, alguna víctima tendrá que ser de nacionalidad española, o habrá de constatarse algún vínculo de conexión relevante con España. En todo caso, es necesario que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se haya iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva de tales hechos punibles. Veamos los motivos de la reforma de la legislación española para a continuación examinar los requisitos introducidos.

3. La presión internacional y la voluntad reformista del legislador

La **regulación** que resulta **derogada** había sido interpretada de manera **muy amplia** por los Tribunales, lo que había generado graves problemas a España en sus relaciones internacionales[8]. Recordemos que en España cualquier nacional puede ejercer la acción popular y presentar una denuncia o una querella penal, aun sin tener la condición de víctima directa del delito (art. 125 de la Constitución (CE), art. 19.1 LOPJ y art. 101 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr)). Durante la vigencia de aquella legislación se presentaron querellas en la Audiencia Nacional, institución competente para conocer de los hechos sometidos a esta forma de jurisdicción (art. 65.1.e) LOPJ), contra dirigentes de varios países. Algunas no fueron admitidas a trámite[9], como las presentadas contra Fidel Castro (algunas de ellas dirigidas conjuntamente también contra su hermano y otras personas) por presuntos delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad, torturas y terroris-

---

7 LLOBET ANGLÍ, Mariona, "El alcance del principio de jurisdicción universal según el Tribunal Constitucional", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº. 4, 2006; DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel, "Jurisprudencia aplicada a la práctica: el principio de jurisdicción universal. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005", *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, Nº. 25, 2006, pp. 70-76; ESTEVE MOLTÓ, José Elías, "El reconocimiento del principio de la jurisdicción universal en la sentencia de 26 de septiembre de 2005 del Tribunal Constitucional, (caso Guatemala)", *Anuario de derecho internacional*, Nº 21, 2005, pp. 493-518.

8 *Cfr*. una amplia exposición de la interpretación que se hace en España de la jurisdicción universal, y su posible aplicación a un caso de la realidad mejicana, en BAUCELLS I LLADÓS, Joan / HAVA GARCÍA, Esther, "Posibilidades y límites del principio de justicia universal: el caso de Acteal", *Revista de derecho penal y criminología*, Nº 19, 2007, pp. 119-171.

9 *Cfr*. ampliamente OLLÉ SESÉ, Manuel, *Justicia universal para crímenes internacionales,* Madrid, 2008, pp. 82 ss.

mo[10]. El motivo fundamental de su inadmisión fue la aplicación del principio de inmunidad de un jefe de Estado en ejercicio de su cargo. Asimismo se presentó una querella en 1998 contra el entonces jefe de Estado de Marruecos, Hassan II, que corrió la misma suerte que la anterior, fue inadmitida con base en el mismo principio de la inmunidad de los jefes de Estado[11]. Y este principio ha servido también para no admitir la querella presentada en 1998 contra Teodoro Obiang Nguema, presidente de Guinea Ecuatorial[12], y la querella formulada contra Hugo Chávez y otros por presuntos delitos de terrorismo y crímenes contra la humanidad en 2003[13]. Sin embargo, sí que fueron admitidas a trámite algunas querellas contra dirigentes de poderosos países, lo que generó una importante presión internacional procedente de algunas potencias mundiales para conseguir la modificación de la normativa española. Así, la Audiencia Nacional decidió investigar, en aplicación de la teoría de la jurisdicción universal, casos relativos a varios países, especialmente China, Israel y los Estados Unidos de América[14]. Quizás los más importantes son aquellos que afectaban a ciudadanos de Israel y los que se referían a dirigentes chinos, porque supusieron una presión exterior de relevancia para el gobierno español. Israel y China se quejaron enérgicamente por las investigaciones iniciadas por los tribunales españoles, y dejaron claro que España iba a pagar un precio político.

La Audiencia Nacional estuvo investigando a siete **políticos y oficiales militares israelíes**, incluido un ex ministro de Defensa, a causa de un ata-

---

10 El 5 de noviembre de 1998 se presentó la primera querella contra Fidel Castro y otros, que no fue admitida por el Juzgado Central de Instrucción núm. 2 el 19 de noviembre. Esta decisión fue posteriormente confirmada por la Sala Penal de la Audiencia Nacional el 4 de marzo de 1999. Una segunda querella contra el mandatario cubanos se presentó en 2005 y fue desestimada por Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 2, de 14 de octubre de 2005, decisión confirmada por la Sala Penal el 10 de marzo de 2006. La tercera querella, se presentó en febrero de 2007 y el Juzgado Central de Instrucción núm. 1 no la admitió a trámite por Auto de 16 de abril de 2007; este auto fue confirmado por el Pleno de la Sala penal mediante decisión el 13 de diciembre de 2007.

11 Auto de 23 de diciembre de 1998. Decisión confirmada por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional el 23 de diciembre de 1998.

12 Que no fue admitida a trámite por Auto de 23 de diciembre de 1998.

13 Auto de 18 de marzo de 2003. Juzgado Central de Instrucción núm. 4. Audiencia Nacional. Diligencias previas 40/2003.

14 También se han enjuiciado otros casos sobre todo en el contexto latinoamericano. Sobre el caso argentino *cfr*. FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, Cristina, "La jurisprudencia española en aplicación del principio de jurisdicción universal. El caso de la represión en Argentina", *Jueces para la democracia*, Nº 61, 2008, pp. 101-117.

que aéreo en la Franja de Gaza en julio de 2002 que mató a 14 civiles[15]. En enero de 2009, la entonces ministra de Asuntos Exteriores israelí, Tzipi Livni, obtuvo la promesa del Ministro de Asuntos exteriores español Miguel Ángel Moratinos, de que se procedería a la reforma de la legislación relativa a la jurisdicción universal, que ha convertido la Audiencia Nacional en un tribunal internacional[16].

Los jueces españoles también iniciaron dos investigaciones sobre presuntos abusos cometidos por los **oficiales chinos** en el Tíbet[17], y una tercera en relación con la represión del movimiento Falung Gong. En este contexto, fue especialmente problemático el caso relacionado con las acusaciones vertidas contra tres ministros del gobierno chino, entre otras personas, a quienes se les imputaban crímenes contra la humanidad debido a la existencia de un presunto ataque sistemático contra el pueblo del Tíbet. El juez instructor presentó una solicitud para interrogar a los acusados, si bien las autoridades chinas la rechazaron, y advirtieron que esta actuación se podía considerar una intromisión en los asuntos internos de China que podría dañar seriamente las relaciones bilaterales[18].

Si bien estos dos países son los que más claramente manifestaron su enérgico rechazo a la actuación de los tribunales españoles, la presión procedió también de los **Estados Unidos**, por los casos que se instruían en España contra algunos de sus ciudadanos (caso Guantánamo, caso vuelos de la Cia, caso Couso). Este país estaba preocupado porque un juez instructor de la Audiencia Nacional había abierto una investigación sobre las acusaciones realizadas contra ciudadanos de los EE.UU. por presuntas torturas en el centro de detención de Guantánamo. Especialmente el juez investigaba a seis ex funcionarios de la administración Bush que presuntamente dieron cobertura legal a los métodos para llevar a cabo interrogatorios, entre los que presuntamente se incluían prácticas de tortura cometidas en el centro de detención

---

15 Este caso ha sido recientemente archivado por el Pleno de la Audiencia Nacional, que decidió por una amplia mayoría desestimar el caso argumentando que Israel ya estaba investigando el ataque. Auto 157/08, la Sala de lo Penal ha ordenado el sobreseimiento libre de la causa seguida por el Juzgado Central de Instrucción nº 4.

16 Sobre esto, *cfr*. CHINCHÓN ALVAREZ, Javier, "Análisis formal y material de la reforma del principio de jurisdicción universal en la legislación española: de la «abrogación de facto» a la «derogación de iure»", *Diario La Ley*, Nº 7211, 2009.

17 *Cfr*. ESTEVE MOLTÓ, José Elías, "El auto de admisión a trámite de 10 de enero de 2006 de la Audiencia Nacional. La aplicación de la jurisdicción universal al caso del genocidio del Tíbet", *Anuario de derecho internacional*, Nº 22, 2006, pp. 579-607.

18 AYLLÓN, Luis, "La proliferación de causas en la Audiencia Nacional entorpece la política exterior", ABC, 11-5-2009, http://www.abc.es/hemeroteca/historico-11-05-2009/abc/Nacional/la-proliferacion-de-causas-en-la-audiencia-nacional-entorpece-la-politica-exterior_92793841835.html

de la bahía de Guantánamo. La presión de este país sobre las autoridades españolas parece quedar en evidencia tras la filtración de los documentos de los servicios diplomáticos norteamericanos a través de wikileaks, en los que se advierte que presuntamente la embajada de Estados Unidos se esforzó en la primavera de 2009 por frenar la querella presentada en la Audiencia Nacional por este caso. Las informaciones periodísticas señalan que para evitar que prosperase este asunto, la embajada presuntamente presionó a miembros del gobierno y, sobre todo, de la fiscalía, de la que, según los cables confidenciales, presuntamente recibió apoyo y asesoramiento[19]. Asimismo se han publicado presuntas presiones en el caso José Couso, en el que el disparo durante la guerra de Irak de un tanque Abrams M-1 del ejército de Estados Unidos contra el Hotel Meridien Palestine de Bagdad, en el que se alojaban varios periodistas de los medios de comunicación internacionales, causó la muerte del cámara de la cadena de televisión española Tele 5 José Manuel Couso Permuy, el 8 de abril de 2003. También en este caso la presión se dirigió presuntamente en dos direcciones: una hacia los miembros del gobierno y otra hacia la fiscalía[20].

Pues bien, la presión de estos Estados fue enormemente fructífera para ellos, ya que el legislador español decidió **reformar la Ley Orgánica del Poder Judicial** para poner límites a la amplia interpretación que se realiza del criterio de la jurisdicción universal.

4. La reforma del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial

La **nueva redacción** del art. 23.4 LOPJ[21] **reduce** considerablemente el

---

19 **CUÉ, Carlos E.** "Zaragoza tiene una estrategia para torcer el brazo a Garzón en el 'caso Guantánamo", en El Pais.com, 30/11/2010, http://www.elpais.com/articulo/espana/Zaragoza/tiene/estrategia/torcer/brazo/Garzon/caso/Guantanamo/elpepuesp/20101130elpepunac_37/Tes (consultado el 13 de junio de 2011). La Fiscalía General del Estado elaboró un informe explicando su actuación en todos los casos mencionados. *Informe relativo a la intervención del Ministerio Fiscal en determinados procedimientos judiciales afectados por la publicación de documentos internos del servicio diplomático norteamericano*, 28/12/2010.

20 **MÓNICA CEBERIO BELAZA,** "Los ministros españoles trabajan para que no prosperen las órdenes de detención", en El País.com, 30/11/2010**,** http://www.elpais.com/articulo/espana/ministros/espanoles/trabajan/prosperen/ordenes/detencion/elpepuesp/20101130elpepunac_35/Tes (consultado el 13 de junio de 2011).

21 *«4. Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos:*

a) Genocidio y lesa humanidad.

b) Terrorismo.

c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.

ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. La reacción de las asociaciones de Derechos Humanos ha sido muy crítica: asociaciones como la Federación Internacional de Derechos Humanos[22], Jueces para la Democracia, la Unión Progresista de Fiscales, Magistrados Europeos por la Democracia y las Libertades y el Grupo de Estudios de Política Criminal[23], Amnistía Internacional, *Human Rights Watch* o la Asociación Pro Derechos Humanos de España, entre otras[24], han expresado su oposición a la reforma. La modificación aprobada con el apoyo de los partidos políticos mayoritarios, ha evitado en todo momento el debate público, que hubiera sido necesario por razón de la importancia de la cuestión[25].

---

d) Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores e incapaces.
e) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.
f) Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores.
g) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España.
h) Cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido en España.
Sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles.
El proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreseerá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados en el país o por el Tribunal a los que se refiere el párrafo anterior.
5. Si se tramitara causa penal en España por los supuestos regulados en los anteriores apartados 3 y 4, será en todo caso de aplicación lo dispuesto en la letra c) del apartado 2 del presente artículo.»

22 *Cfr*. FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, «Tentativa de reforma de la competencia universal en España: un paso atrás en la lucha contra la impunidad de los crímenes más graves», 22 de mayo de 2009, disponible en *http://www.fidh.org/Tentativa-de-reforma-de-la.*

23 *Cfr*. JUECES PARA LA DEMOCRACIA, LA UNIÓN PROGRESISTA DE FISCALES, MAGISTRADOS EUROPEOS POR LA DEMOCRACIA Y LAS LIBERTADES, Y EL GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, «Comunicado conjunto acerca de la introducción de limitaciones en el principio de Jurisdicción Universal», 26 de mayo de 2009, disponible en *http://www.juecesdemocracia.es/txtComunicados/2009/26mayo09.htm.*

24 *Cfr*. «Manifiesto sobre la reforma legislativa que introducirá limitaciones al ejercicio de la justicia universal», 2 de junio de 2009, disponible en *http://www.apdhe.org/Comunicados/MANIFIESTO_JUSTICIA_UNIVERSAL_2-6-2009.pdf*

25 La modificación del artículo 23.4 LOPJ se ha tramitado en el Anexo del Proyecto

La cuestión más importante es la introducción de **criterios** que legitimen el ejercicio de la jurisdicción española para enjuiciar los crímenes cometidos en cualquier parte del mundo. Esta reforma está claramente inspirada por la sentencia del Tribunal Supremo en el caso del genocidio de Guatemala, que hizo una interpretación muy restrictiva de la ley (STS 327/2003), y así se declara expresamente en el Preámbulo de la Ley. Según la regulación reformada, el ejercicio de la jurisdicción universal está sometido a la concurrencia de alguno de los siguientes requisitos:

a) que se acredite que los presuntos responsables se encuentran en España o

b) que existen víctimas de nacionalidad española, o

c) que se constate algún vínculo de conexión relevante con España.

En todo caso, habrá que acreditar que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles.

El propio tenor literal del precepto presenta los requisitos señalados con **carácter alternativo**, al utilizar la disyuntiva "o". Por tanto, es suficiente con que concurra uno de ellos para que pueda ejercerse la jurisdicción universal, no siendo necesario que se constaten todos.

La esencia de la reforma es la presencia de una **conexión con un interés nacional** como elemento legitimador para que las autoridades judiciales españolas puedan enjuiciar crímenes graves de trascendencia internacional cometidos en el extranjero por no nacionales contra no nacionales. Ya hemos advertido en otros textos que existe una acalorada discusión acerca de si el Derecho internacional precisa de este elemento legitimador para el ejercicio de la jurisdicción universal. A nuestro juicio, después de analizar la legislación de varios países, no es posible concluir que exista una norma de Derecho internacional consuetudinario que requiera una conexión con los intereses nacionales para poder ejercer el principio de justicia universal. En otro estudio de Derecho comparado sobre la jurisdicción universal en varios países, llegamos a la conclusión de que un gran número de Estados no exigen ningún punto de contacto o nexo legitimador (Hungría, Finlandia, Croacia, Japón,

---

de Ley Orgánica complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la Implantación de la Nueva Oficina Judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOCG, Congreso, serie A, núm. 28-1, de 24 de junio de 2009).

Turquía, Alemania respecto de los delitos internacionales)[26]. Las autoridades judiciales del Estado pueden iniciar diligencias penales, llevar a cabo una investigación, emitir una orden de detención internacional o solicitar la extradición, aun cuando el acusado no esté presente en el territorio nacional. Pues bien, lamentablemente el legislador español ha seguido introducido el requisito de la conexión del caso con intereses nacionales, que en modo alguno es obligado a nivel internacional, por mucho que algunos quieran verlo como imprescindible.

5. Los requisitos contenidos en el art. 23.4 LOPJ

Analizaremos, a continuación, con más detalle, cada uno de los requisitos introducidos en el artículo 23.4 LOPJ.

5.1 Que los presuntos responsables se encuentren en España

En algunos países la ley **requiere la presencia** del acusado en el territorio nacional para poder ejercer la jurisdicción universal (por ejemplo, Austria, el Camerún, Dinamarca, Eslovenia, los Estados Unidos, Francia, Malasia, Noruega, los Países Bajos, la República Checa, Sudáfrica, Suiza)[27]. A diferencia de este sistema, en otros existe lo que se denomina (con cierta confusión) una **jurisdicción universal absoluta**, esto es, no es necesario ningún vínculo que legitime el ejercicio de la jurisdicción universal. En estos últimos, la presencia del acusado en el territorio nacional no es ni una condición para la existencia, ni para el ejercicio de la jurisdicción nacional (Hungría, Finlandia, Croacia)[28].

Uno de los requisitos previstos en el art. 23.4 LOPJ es que el **presunto responsable** se encuentre en España. Desconcierta la expresión utilizada, pues parece que quien tiene que estar presente es el culpable (presunto) del hecho delictivo. Ahora bien, cuando se presenta una querella contra una persona por la comisión de un delito, dicha persona no tiene aún la cualidad de responsable (presunto), sino simplemente de querellado. Y es que no es lo mismo "responsable" que "querellado". Responsable es un término que requiere algo más que la presentación de una querella contra él, se equipara más al

---

26 BLANCO CORDERO, Isidoro, "Section IV. Universal Jurisdiction. General Report", *Revue Internationale de Droit Pénal*, Nº 79, 1-2, 2008, pp. 59-100, también publicado en francés (pp. 13-57) y en español (pp. 101-158).

27 *Cfr*. el documento Asamblea General de las Naciones Unidas, *Alcance y aplicación del principio de la jurisdicción universal. Informe del Secretario General preparado sobre la base de los comentarios y observaciones de los gobiernos*, A/65/181, 29 de julio de 2010, nº 76.

28 BLANCO CORDERO, "Section IV. Universal Jurisdiction. General Report", *cit.*, pp. 59-100.

"procesado", esto es, aquella persona contra la que se ha dictado un auto de procesamiento como consecuencia de la existencia en el sumario de indicios racionales de criminalidad. Ello supone que, desde un punto de vista procesal, es posible presentar una querella con base en el criterio de la universalidad sin necesidad de acreditar la presencia del responsable (presunto). De esta forma no pesará sobre los querellantes (normalmente las víctimas) la carga de acreditar que el presunto responsable está en territorio español. Una vez presentada la querella corresponderá a la autoridad judicial la práctica de aquellas diligencias de investigación tendentes a comprobar si el querellado reside o está presente en España. Por lo tanto, deberá ser el juez quien ordene la investigación del asunto para determinar la presencia en territorio nacional de los responsables presuntos. Lo que no parece de recibo es que recaiga sobre los querellantes la carga de acreditar dicha presencia, que supondría convertirles en investigadores de los hechos[29].

Es cierto que en algún caso han sido los propios **querellantes quienes han comunicado** al órgano judicial competente la presencia de querellados en territorio español, pero no debe ser esta la regla general. Así, la querella que se presentó el 3 de septiembre de 2004 por presuntos delitos de genocidio y terrorismo cometidos en China recaídos sobre el movimiento religioso Falun Gong, puso en conocimiento del Juzgado Central de Instrucción que uno de los querellados se encontraría en Madrid entre el 3 y el 7 de septiembre, y el 6 de septiembre se comunicó al juzgado que dicho sujeto se encontraba alojado en el Hotel Palace de Madrid[30]. Dos meses más tarde, el 30 de noviembre, se amplió la querella y se informó al Juez de que cuatro de los querellados se encontraban en el Hotel Juan Carlos I y que estarían en España hasta el día siguiente. Pese a ello, la Audiencia Nacional no admitió la querella, por lo que no se decretó ninguna medida cautelar. Recurrido ante el Tribunal Supremo, este decidió admitir la querella y señaló que la presencia de los querellados en territorio nacional, comunicada por los querellantes en tiempo y forma, hubiera justificado la admisibilidad del caso «toda vez que la presencia del acusado en el territorio de los querellantes hubiera tenido un punto de conexión idóneo que hubiera permitido la intervención en el caso»[31]. Evidentemente cuando esto se produjo los querellados habían abandonado territorio español[32].

---

29 DEL CARPIO DELGADO, Juana, "El principio de justicia universal en España tras la reforma de 2009", *Diario La Ley*, Nº 7307, 2009, pp. 1-9, p. 5-6.

30 Explican esta situación LLOBET ANGLÍ, Mariona, "El alcance del principio de jurisdicción universal según el Tribunal Constitucional", *cit.*, p. 8; DEL CARPIO DELGADO, "El principio de justicia universal en España tras la reforma de 2009", *cit.*, pp. 5-6.

31 STS 645/2006, de 20 de junio de 2006.

32 DEL CARPIO DELGADO, "El principio de justicia universal en España tras la reforma de 2009", *cit.*, p. 5.

Si se acredita la **presencia del querellado** en territorio español, el juez deberá proceder a instruir la causa realizando aquellas diligencias de investigación que considere necesarias para verificar si la denuncia o querella tienen base suficiente para ser admitidas a trámite. En caso de que los querellados **no se encuentren** en España, el juez ha de sobreseer el asunto. Por lo que queda vedada la posibilidad de emitir órdenes internacionales de detención o solicitar la extradición del presunto responsable en ejercicio de la jurisdicción universal.

Mi opinión sobre este requisito coincide básicamente con la manifestada por la **Asociación Internacional de Derecho Penal**, en su resolución sobre la jurisdicción universal adoptada en el XVIIIº Congreso internacional celebrado en Estambul (Turquía) en septiembre de 2009[33], y en la que el autor de este trabajo intervino como Relator General. En la misma se señala que cuando se ejerza la jurisdicción universal habría que distinguir entre las diferentes fases del proceso. La investigación es posible aunque no esté presente el presunto responsable en territorio nacional: los Estados pueden incoar diligencias penales, dirigir una investigación, asegurar las pruebas, acusar o solicitar la extradición. Por el contrario, debería exigirse siempre la presencia del acusado en los procedimientos principales. Por consiguiente, no deberán realizarse juicios en rebeldía en los casos en que se ejerza la jurisdicción universal.

5.2 Que existan víctimas de nacionalidad española

Durante muchos años la legislación española no ha previsto el **principio de personalidad pasiva**. Por ello, cuando la víctima del delito era de nacionalidad española, los tribunales nacionales, en principio, no podían ejercer su competencia jurisdiccional para enjuiciar a los presuntos autores. Para evitar esta situación en la que los ciudadanos españoles quedaban de alguna manera desprotegidos, en ciertos casos la nacionalidad española de las víctimas se tuvo en cuenta por los tribunales como un vínculo que legitimaba el ejercicio de la jurisdicción universal.

El **Tribunal Supremo** español, en su sentencia de 2003 sobre el caso del genocidio de Guatemala[34], exigió una conexión con un interés nacional como

---

33 La resolución se encuentra publicada en la *Revue Internationale de Droit Pénal*, **80e année – nouvelle série 3ème et 4ème trimestres 2009, Asimismo se pueden ver online en la** *Electronic Review of the International Association of Penal Law*, 2009 (www.penal.org). Un comentario a esta resolución realiza *VAJDA, Maja Munivrana, "***The 2009 AIDP's Resolution on Universal Jurisdiction - An Epitaph or a Revival Call?!",** *International Criminal Law Review 10* (2010), pp. 325–344.

34 STS 327/2003, 25 de febrero de 2003.

elemento legitimador para que los tribunales pudieran ejercer la jurisdicción universal, siendo un nexo de este tipo el de la **nacionalidad de las víctimas**. La mayoría de los magistrados de la Sala consideró que los tribunales españoles sólo pueden ejercer su jurisdicción sobre los crímenes internacionales cometidos en el extranjero cuando las víctimas del delito de genocidio son españolas[35]. Siguiendo esta interpretación, la reforma requiere que las víctimas sean de nacionalidad española para que los tribunales puedan ejercer su jurisdicción.

No se precisa, sin embargo, en qué **momento** se ha de valorar la nacionalidad de las víctimas. Lo que ha de dilucidarse es si también puede ejercerse la jurisdicción universal cuando las víctimas tienen nacionalidad española en el momento de presentar la querella, pero no la tenían cuando se cometió el delito. El derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) en su vertiente de acceso a la jurisdicción supone que cualquiera puede promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos. Y este derecho se reconoce, evidentemente, a todos aquellos que tienen nacionalidad española, ya sea antes o después de la comisión de algún delito contra ellos. Por ello, la víctima ha de ser de nacionalidad española, si bien a nuestro juicio dicha nacionalidad puede estar presente en el momento de la comisión de los hechos delictivos o en el momento de la presentación de la denuncia o querella[36]. Una interpretación restrictiva, que impida la persecución de los delitos cometidos sobre víctimas extranjeras en el momento de los hechos, que posteriormente adquieren la nacionalidad española, vulneraría el derecho a tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción.

Puede ser también interesante examinar el alcance del concepto de "**víctima**", que no coincide exactamente con el de sujeto pasivo del delito. Un entendimiento de este término como comprensivo exclusivamente de las víctimas directas equipararía su significado al de sujeto pasivo del delito. Por el contrario, considerar incluidas a las víctimas indirectas, tales como los familiares, ampliaría de manera notable el campo de aplicación de la jurisdicción universal, y permitiría actuar a los Tribunales españoles cuando el familiar del sujeto pasivo tuviera nacionalidad española.

Ya he manifestado mi opinión en el sentido de que este elemento **no debería ser un requisito** para el ejercicio de la jurisdicción universal. Y ello porque supone confundir este principio con el de personalidad pasiva. De acuerdo con este último, un Estado está autorizado a ejercer su competencia

---

35 Fundamento Jurídico Decimoprimero.

36 DEL CARPIO DELGADO, "El principio de justicia universal en España tras la reforma de 2009", *cit.*, p. 6.

jurisdiccional para enjuiciar a un extranjero por delitos cometidos en el extranjero que afectan a sus propios nacionales. Ahora bien, a diferencia de otros criterios que permiten la aplicación extraterritorial de la legislación penal (principio de personalidad activa, de personalidad pasiva, el principio de protección de intereses), el ejercicio de la jurisdicción universal no necesita de un vínculo o relación con el Estado que la ejerce (nacionalidad del autor o la víctima, intereses del propio Estado). Contrariamente al principio de personalidad pasiva, el derecho penal nacional puede aplicarse de acuerdo con el criterio de la jurisdicción universal, independientemente de la nacionalidad de la víctima.

5.3 Que se constante algún vínculo de conexión relevante con España

Como puntos de conexión con intereses españoles, en nuevo texto de la LOPJ señala la presencia del presunto responsable en territorio nacional, la nacionalidad de las víctimas, o **cualquier otro vínculo de conexión relevante con España**. La **vaguedad** de este último requisito es evidente. ¿Qué otro punto de contacto con los intereses nacionales puede pensarse diferente de la presencia del presunto delincuente o la nacionalidad de las víctimas?

Un ejemplo de tal conexión puede encontrarse en el voto particular discrepante de la opinión mayoritaria que algunos magistrados del Tribunal Supremo formularon en la sentencia sobre el genocidio de Guatemala. En dicho voto particular se explica algún otro posible punto de contacto distinto de la nacionalidad de las víctimas o la presencia de los presuntos responsables. En este sentido, la minoría discrepante señaló que en el caso del genocidio maya en Guatemala podía considerarse como punto de conexión la existencia de una "**comunidad cultural**". Que "ha de atenderse a los vínculos culturales, históricos, sociales, lingüísticos, jurídicos, y de toda índole que unen a Guatemala y a su población indígena con España, que no permiten utilizar la absoluta ajenidad del asunto" (fundamento jurídico decimosegundo). Sin embargo, en mi opinión esta es una interpretación muy discutible, porque esto podría conducir a una **jurisdicción "colonialista**". La razón es que las autoridades judiciales sólo pueden ejercer jurisdicción respecto de los crímenes sujetos a la justicia universal de acuerdo con su legislación, en los países con vínculos culturales con España, es decir, las antiguas colonias. Especialmente los países de América Latina o de otros respecto de los cuales podría existir una comunidad cultural[37]. A mi juicio, no es esta una interpre-

---

[37] BUJOSA BADELL, Lorenzo M., "En torno a la reforma del principio de justicia universal en la Jurisdicción española", en *Diario La Ley,* nº 7298, 2009, pp. 8-9, p. 9, indica que la reforma de la normativa española no va a evitar conflictos diplomáticos, porque será de aplicación a los países de nuestro entorno cultural como los hispanoamericanos, con los que nos une un vínculo de conexión relevante.

tación aceptable para la nueva ley. El argumento del carácter neo-colonialista del ejercicio de la jurisdicción universal ha sido utilizado por algunos autores para criticar la utilización de la misma por parte las naciones occidentales, a veces los países colonialistas, para enjuiciar a los ciudadanos de los países colonizados e imponer sus propios valores. No creo que la jurisdicción universal deba seguir un criterio colonialista, pues el objetivo principal de esta institución es enjuiciar a los responsables de delitos que afectan a la comunidad internacional en su conjunto, por lo que ningún Estado debería tener un interés especial en imponer sus propios valores (colonialismo), sino los valores internacionalmente compartidos.

Otras conexiones podrían ser la **residencia** de las víctimas o de los **presuntos responsables**. Así, cabe imaginar que el presunto responsable no se encuentre en el territorio en el momento de la investigación, pero tenga su residencia en España. Esta posibilidad es admitida, por ejemplo, por la práctica germana. En este país, en el caso de los delitos basados en tratados internacionales sujetos a la jurisdicción universal, el Alto Tribunal Federal ha limitado el alcance de la jurisdicción alemana mediante la imposición de requisitos adicionales, en particular, un "vínculo legitimador". Se ha admitido la existencia de dicho vínculo cuando el acusado tiene lazos personales con Alemania, por ejemplo, tiene domicilio en este país, constituye su país de residencia habitual, tiene estrechos contactos sociales en Alemania[38]. Con todo, parece claro que el último de los criterios, el de los estrechos contactos sociales, es muy ambiguo y de muy difícil concreción.

También podría interpretarse como punto de contacto la **residencia de una de las víctimas** del delito[39]. La jurisprudencia alemana entiende que el hecho de que una de las víctimas o de las partes demandantes tenga residencia en Alemania constituye un vínculo que legitima el ejercicio de la jurisdicción universal[40]. Este podría ser un criterio muy interesante, que permitiría a las víctimas residentes en España el ejercicio de la acción popular para impulsar el enjuiciamiento de los crímenes internacionales. La mayoría del

---

38 JESSBERGER, Florian, "Germany". Section IV – International Criminal Law: Universal Jurisdiction. National Reports, *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol.79, 2008 / 1-2 (CD-ROM Annexe).

39 BLANCO CORDERO, "Sobre la muerte de la jurisdicción universal", *cit.*; también DEL CARPIO DELGADO, "El principio de justicia universal en España tras la reforma de 2009", *Diario cit.*, p. 7.

40 Así ocurre también en *Bélgica*, donde las víctimas no nacionales que han vivido en territorio belga durante al menos tres años en el momento de cometer el delito tienen el mismo trato que las víctimas nacionales. VANDERMEERSCH, Damien, "Belgique". Section IV – International Criminal Law: Universal Jurisdiction. National Reports, *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol.79, 2008 / 1-2 (CD-ROM Annexe).

Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional admite que pueda ser relevante este vínculo de conexión, como lo ha evidenciado en el caso de las presuntas torturas cometidas en Guantánamo. En un Auto de 6 de abril de 2011 la mayoría del Pleno ha decidido que **la "conexión relevante con España" que exige la ley se cumple con la *residencia y el arraigo* que posee una de las posibles víctimas**[41]. Parece, por lo tanto, que la situación de arraigo es suficiente para acreditar dicha conexión.

5.4 Que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se haya iniciado procedimiento que supon ga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles

Dice el Preámbulo de la Ley que la reforma "*permite adaptar y clarificar el precepto de acuerdo con el principio de subsidiariedad*". De acuerdo con el criterio de la **subsidiariedad horizontal**, las autoridades judiciales de un Estado deben abstenerse de ejercer la jurisdicción universal sobre los delitos que van a ser juzgados por los tribunales del país en el que se han producido (la subsidiariedad vertical se refiere a las relaciones entre una jurisdicción nacional y una jurisdicción internacional). Esta interpretación implica que la jurisdicción universal es subsidiaria de la jurisdicción territorial. Los Estados deben ceder la prioridad a aquellos otros Estados que tienen un fuerte nexo con el caso, por lo general de carácter territorial (o de nacionalidad de autores o víctimas). Esto implica reconocer que hay otros países que se encuentran en una mejor posición para enjuiciar a los presuntos responsables. Sólo si no lo hacen podrá ejercerse la jurisdicción universal por parte de otro Estado, que actuaría como sustituto de aquellos otros que tienen prioridad.

Las **opiniones doctrinales** sobre este tema no son coincidentes. Algunos autores han entienden de que el Derecho internacional no prevé ni exige la aplicación del principio de subsidiariedad[42]. Otras investigaciones recientes concluyen que la prioridad en el ejercicio de la competencia jurisdiccional de los Estados que actúan de acuerdo con el principio de territorialidad

---

41 Desconocemos el contenido del Auto, y nos basamos en las informaciones periodísticas.

42 Si bien consideran deseable que así fuera, *cfr*. RYNGAERT, Cedric, "Applying The Rome Statutes Complementarity Principle: Drawing Lessons From The Prosecution of Core Crimes by States Acting Under the Universality Principle", *Criminal Law Forum* (2008) 19, pp. 153–180, pp. 173 ss. Asimismo, el document AU-EU Expert Report on the Principle of Universal Jurisdiction, disponible en http://www.africa-eu-partnership.org/pdf/rapport_expert_ua_ue_competence_universelle_en.pdf, nº 14, expresa claramente que en Derecho internacional no existe una jerarquía entre los diversos criterios de competencia jurisdiccional.

sobre los Estados que sólo ejercen la jurisdicción universal, encuentra apoyo tanto en el Derecho internacional como en las legislaciones nacionales[43]. En cuanto a la **jurisprudencia española**, ya desde 1998 se ha venido afirmando el carácter subsidiario de la jurisdicción universal. Con todo, recordemos que el Tribunal Constitucional español *rechazó* en 2005 el criterio de la subsidiariedad y mantuvo que la legislación española establecía el criterio de la concurrencia de competencias[44].

La nueva redacción del art. 23.4 LOPJ que considera que la jurisdicción universal es subsidiaria va a generar **problemas**. En efecto, el artículo dispone que para que los Tribunales españoles puedan ejercer la jurisdicción universal se ha de constatar que no "se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva" de los delitos.

La norma alude al inicio de un "**procedimiento**", sin calificar su naturaleza. La interpretación que ha realizado la Audiencia Nacional en el caso Guantánamo es que la ausencia de referencia a que el procedimiento iniciado sea judicial permite incluir aquí procedimientos de otro tipo admitidos en el Derecho comparado, incluso de naturaleza administrativa, siempre que ello suponga una investigación y persecución efectiva de los delitos[45]. Cabría incluso cuestionarse si la mera existencia de una comisión de investigación en el Parlamento nacional puede valorarse como procedimiento de investigación y persecución efectiva de los hechos.

Asimismo queda sin resolver en el texto de la ley a quién le corresponde **la carga de acreditar** el cumplimiento de este requisito. De nuevo, parece conveniente que sea el juez nacional quien practique las diligencias de investigación que considere necesarias en orden a determinar si existe tal procedimiento en otro Tribunal[46]. De hecho, la práctica reciente en la Audiencia Nacional evidencia que, a iniciativa de la fiscalía, es el juez quien remite las comisiones rogatorias internacionales con objeto de conocer tal extremo.

Nada se dice acerca de a quién le corresponde valorar si el procedimiento abierto en otro Tribunal constituye una investigación y persecución **efectiva**. Esto puede ser de enorme trascendencia para evitar la existencia de procesos

---

43 *Cfr*. COLANGELO, Anthony J., "Double Jeopardy and Multiple Sovereigns: A Jurisdictional Theory", 86 Wash. U. L. Rev. 769 (2009), pp. 830 ss.

44 Sobre la evolución jurisprudencial cfr. nuestro trabajo BLANCO CORDERO, "Sobre la muerte de la jurisdicción universal", *cit.*

45 Auto del Juzgado de Instrucción nº 6 de la Audiencia Nacional de trece de abril de dos mil once.

46 Así DEL CARPIO DELGADO, "El principio de justicia universal en España tras la reforma de 2009", *cit.*, p. 8.

farsa, en los que el Tribunal extranjero inicia una investigación con el fin de garantizar la impunidad de sus ciudadanos perseguidos. La práctica de la Audiencia Nacional está siendo que el juez de instrucción es el encargado de valorar la efectividad de la persecución. Así, como vamos a ver en el caso de Irak, el Juez solicitó a las autoridades iraquíes que le informasen de si existía alguna investigación sobre los hechos denunciados. Pues bien, ha sido el juez de la Audiencia Nacional quien ha considerado insatisfactoria la respuesta iraquí, y por ello se ha declarado competente para conocer de los hechos. Quizás donde mejor se aprecia esta cuestión es en el reciente Auto de procesamiento dictado por el Juez en el caso de El Salvador[47]. En dicho Auto el juez considera que no ha habido justicia efectiva porque se ha utilizado "el mecanismo de la simulación de procedimiento penal que terminó en impunidad absoluta", por lo que no se puede alegar la institución de cosa juzgada ante la inexistencia de *bis in idem*. Recordemos que algunos los presuntos responsables habían sido condenados en El Salvador por el asesinato de varios jesuitas en septiembre de 1991, pero en 1993 quedaron en libertad gracias a una ley de amnistía. Pues bien, el juez realiza una minuciosa descripción de todos aquellos datos que le permiten concluir que el proceso realizado fue una farsa, erigiéndose él, por tanto, en el organismo encargado de valorar cuándo se ha llevado a cabo una investigación "efectiva" de los hechos.

6. Delitos sometidos a la jurisdicción universal

El **listado de delitos** sometidos a la jurisdicción universal contenido en el art. 23.4 LOPJ es **muy amplio**. La legislación española permite que se juzguen con base en este principio, entre otros, el genocidio y los delitos de lesa humanidad, el terrorismo, la piratería y el apoderamiento ilícito de aeronaves, los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores e incapaces, el tráfico de drogas, el tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, la mutilación genital femenina (siempre que los responsables se encuentren en España) o cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España[48]. Ahora bien, su persecución universal no responde al mismo fundamento, pues el de algunos radica en el lugar de comisión, que queda fuera de la jurisdicción de los Estados. Así, la

---

47 Auto de procesamiento treinta de mayo de dos mil once. Juzgado central de instrucción número 6 Audiencia Nacional. Sumario: 97/10 (DP 391/08).

48 Se elimina la referencia a la falsificación de moneda extranjera, cuya persecución universal viene exigida por las normas internacionales. Con todo, podrá seguir siendo perseguido por aplicación de la letra h), en virtud del Convenio de Ginebra de 20 de abril de 1929 para la represión de la falsificación de moneda. Así COMELLAS AGUIRREZÁBAL, María Teresa, "La jurisdicción universal en España tras la reforma de 2009: ¿racionalización del principio o un paso atrás en la lucha contra la impunidad?", *Anuario de derecho internacional*, nº 26, 2010, pp. 61-110, p. 103.

persecución universal del tráfico de drogas o del tráfico ilegal o inmigración clandestina se hace esencialmente para permitir a las autoridades españolas abordar en alta mar los barcos cargados de droga o que transportan inmigrantes. Otros, sin embargo, tienen un claro fundamento en la defensa de valores fundamentales compartidos por la comunidad de Estados (genocidio, lesa humanidad).

Respecto de estos últimos, afortunadamente el texto de la ley incluye una alusión explícita a los crímenes de lesa humanidad. Más cuestionable, sin duda, es la supresión de la referencia a los **crímenes de guerra**. Es cierto, con todo, que el Preámbulo de la ley señala expresamente que se han incorporado "*tipos de delitos que no estaban incluidos y cuya persecución viene amparada en los convenios y costumbre del Derecho Internacional, como son los de lesa humanidad y crímenes de guerra*". Esta alusión expresa a los crímenes de guerra permite su persecución universal con base, según parece, en el Derecho internacional (convencional o consuetudinario). Precisamente el apartado h) del art. 23.4 LOPJ, que autoriza el ejercicio de este criterio de la universalidad sobre "cualquier otro [delito] que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido en España", comprenderá tales infracciones penales[49]. Esta ha sido la interpretación del Tribunal Supremo en el asunto Couso[50] de la expresión semejante existente en la normativa derogada.

Lo que ocurre es que en los cuatro **Convenios de Ginebra** de 1949, *relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados*, en sus artículos 49, 50, 129 y 146, respectivamente, la jurisdicción universal constituye

---

49 Lamenta COMELLAS AGUIRREZÁBAL, "La jurisdicción universal en España tras la reforma de 2009: ¿racionalización del principio o un paso atrás en la lucha contra la impunidad?", *cit.*, p. 104, que no se haya ampliado la jurisdicción universal a "todos" los crímenes de guerra.

50 Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Sentencia núm. 1240/2006. 5/12/2006. Recurso de Casación núm. 1188/2005. Sobre este caso, véase PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, "Crímenes de guerra. Especial referencia al caso Couso", *Revista penal*, Nº 15, 2005, pp. 105-136; OLÁSOLO ALONSO, Héctor, "Análisis del caso Couso a la luz del Estatuto de Roma", *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, REDUR, Nº. 5, 2007; SÁNCHEZ PATRÓN, José Manuel, "La competencia extraterritorial de la jurisdicción española para investigar y enjuiciar crímenes de guerra: el caso 'Couso'", 14 *Revista electrónica de estudios internacionales*, REEI (2007); TORRES BOURSAULT, Leopoldo, "El asunto José Couso: la sanción de los crímenes internacionales en los sistemas nacionales y los mecanismos de cooperación", en *Nuevos desafíos del derecho penal internacional: terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, coord. Por Antonio Rafael Cuerda Riezu y Francisco Jiménez García, 2009, pp. 237-260.

una obligación que exige perseguir y juzgar las infracciones graves de dichos Convenios[51], aun cuando los presuntos responsables no se encuentren en el país[52]. El problema con la regulación española vigente es que se exige, con carácter general, un requisito alternativo para su ejercicio por las autoridades judiciales españolas consistente en que "sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España". Esto supone que la persecución en España de los crímenes de guerra cometidos por no nacionales en el extranjero va a quedar limitado a que se constaten tales puntos de conexión, algo que vulnera la norma internacional que impone una jurisdicción universal sin condiciones. Lo único que puede salvar esta posible infracción convencional es una interpretación adecuada de la expresión "sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España" con la que comienza el párrafo correspondiente del art. 23.4 LOPJ[53]. En efecto, hay que entender que respecto de los crímenes de guerra, que no están expresamente mencionados en dicha norma, sigue existiendo una obligación absoluta de ejercer la jurisdicción universal, y de buscar y perseguir, incluso recurriendo al instrumento de la extradición, a los responsables de los mismos.

Lo mismo puede ocurrir con el **otro requisito** exigido según el cual, además de alguna de las condiciones alternativas antes indicadas, se precisa "en todo caso" "que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y

---

51 Ampliamente ACOSTA ESTÉVEZ, José B., "Las infracciones graves de los Convenios de Ginebra en el derecho penal español bajo el principio de jurisdicción universal", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, nº. 7, 2007, págs. 13-64.

52 Por ejemplo, el artículo 146 del IV Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, dispone: "Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente. Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las condiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ella cargos suficientes (…)"

53 PIGRAU SOLÉ, Antoni, *La jurisdicción universal y su aplicación en España: la persecución del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad por los tribunales nacionales*, (Prólogo de J.Mª Mena), Generalitat de Catalunya. Oficina de Promoción de la Paz y de los Derechos Humanos. Barcelona, 2009, p. 122.

una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles". Esto, de nuevo, vulnera lo previsto en los Convenios de Ginebra, que obligan al Estado español a buscar a los responsables del delito con independencia de que esté siendo perseguido por otro Tribunal. Sólo puede evitar esta posible incongruencia el inciso inicial "sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España" [54].

Finalmente, cuando se alude a la obligación de decretar el **sobreseimiento provisional** del proceso penal ya iniciado en España, "cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados en el país o por el tribunal a los que se refiere el párrafo anterior", se puede nuevamente estar vulnerando los Convenios de Ginebra. Efectivamente, si el presunto responsable se encuentra en España, los Tribunales nacionales son competentes para enjuiciarlo, y no hacerlo con el pretexto de que existe un proceso en otro país o en un tribunal internacional vulnera claramente la obligación de juzgar o extraditar que imponen las normas internacionales. A diferencia de lo que ocurre en el párrafo anterior, en este el precepto no menciona expresamente las disposiciones de "los tratados y convenios internacionales suscritos por España"[55]. Es conveniente una aplicación respetuosa de tales disposiciones, de manera que respecto de estos delitos se pueda ejercer la jurisdicción universal pese a que existan procesos en otros países o en un tribunal internacional.

7. La aplicación de la Ley a los casos pendientes

La incidencia de la reforma de la LOPJ sobre los casos pendientes en el momento de su entrada en vigor está siendo objeto de enorme **polémica**. Se debate si es o no admisible la aplicación retroactiva del nuevo texto legal. La prohibición de la retroactividad es un componente esencial del principio de legalidad. Según este principio, el ejercicio del *ius puniendi* del Estado está sometido al principio de seguridad jurídica, como un elemento indispensable de los derechos fundamentales de cualquier persona. El principio de seguridad jurídica permite a la persona determinar, de forma previa a la comisión de una conducta particular, las leyes aplicables y las consecuencias jurídicas asociadas a las mismas. De acuerdo con el principio de irretroactividad de las normas penales, la responsabilidad penal no puede surgir por una conducta delictiva cometida antes de la entrada en vigor de la ley. Esta polémica ya ha sido objeto de un encendido debate en el seno de la Audiencia Nacional, como lo evidencia el Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de 27 de octubre de 2010 ("Caso Tíbet") y el Voto particular que formulan tres magistrados. La Sala se

---

54 *Ibídem*.

55 *Ibídem*, p. 123.

muestra dividida en diversos aspectos, uno de los cuales es el de la posible aplicación retroactiva de la reforma[56].

La posibilidad de aplicar la nueva legislación a los casos pendientes depende de la **naturaleza de la ley** que prevé la competencia jurisdiccional[57].

a) Si se considera de naturaleza procesal, la norma no plantea problemas de retroactividad: el ejercicio de la jurisdicción universal no crea un nuevo delito, por lo tanto el principio de legalidad no juega ningún papel limitante. El Tribunal Supremo en el caso Scilingo (STS 798/2007, de 1 de octubre)[58] consideró que el art. 23.4 LOPJ contiene una **norma procesal u orgánica**, por lo que carece, evidentemente, de carácter sustantivo. De acuerdo con la mencionada resolución, "la determinación del ámbito de extensión extraterritorial de la jurisdicción española se encomienda a normas de orden procesal u orgánico". Desde esta perspectiva, la LOPJ no es de carácter sustantivo, ya que no tipifica ni sanciona acciones u omisiones. Al ser una norma de carácter procesal, no queda afectada por la prohibición de no retroactividad y su aplicación a efectos de enjuiciamiento penal de hechos anteriores a su vigencia no vulnera el artículo 9.3 CE. La consecuencia de esta consideración es que la nueva ley se aplicará a los casos pendientes. La reforma no será retroactiva, sino que se aplica a los casos investigados al momento de la entrada en vigor de la ley. Esto significa, en definitiva, que todos los casos sin una conexión con España han de ser sobreseídos.

b) Incluso si se considera el art. 23.4 LOPJ como una **ley sustantiva**, el resultado será el mismo que si se considera una ley procesal, el juez debe archivar los casos que carezcan de alguno de los vínculos que señala la nueva redacción. La razón es la retroactividad de las leyes penales favorables de acuerdo con la Constitución española. El

---

56 Sobre este Auto *cfr*. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, "El principio de justicia universal en el Derecho penal español tras la reforma mediante la LO 1/2009", *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, nº 1, 2011.

57 Sobre esta cuestión *cfr*. GIL GIL, Alicia, "Jurisdicción de los Tribunales españoles sobre genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra", *Revista española de derecho militar*, nº. 87, 2006, pp. 55-88.

58 STS 798/2007, de 1 de octubre de 2007; *cfr*. GIL GIL, Alicia, "Principio de legalidad y crímenes internacionales. Luces y sombras en la sentencia del Tribunal Supremo en el caso Scilingo", en *Nuevos desafíos del derecho penal internacional: terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, coord. por Antonio Rafael Cuerda Riezu, Francisco Jiménez García, 2009, pp. 391-410; FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, "La jurisprudencia española en aplicación del principio de jurisdicción universal. El caso de la represión en Argentina", *cit.*, pp. 101-117.

artículo 9.3 CE garantiza el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. La única excepción a la regla de irretroactividad de la ley penal es la retroactividad de la ley penal más favorable, y en este caso el efecto favorable se manifiesta en que el caso será sobreseído y el acusado no será sometido a enjuiciamiento.

En conclusión, sea cual sea la naturaleza de la ley, bien procesal bien sustantiva, el efecto será el mismo, pues en ambos casos **será aplicable a los casos pendientes** de resolver ante los Tribunales españoles[59].

La mayoría del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Auto de 27 de octubre de 2010 (**Caso Tíbet**)) es partidaria de la aplicación de la ley reformada a los casos pendientes, lo que supone, en el asunto particular examinado, el sobreseimiento del caso por no estar presente ninguno de los requisitos previstos en el art. 23.4 LOPJ. Por el contrario, el Voto particular que formulan tres magistrados señala que la nueva regulación no puede operar de forma retroactiva. A juicio de los tres magistrados, la norma contenida en el art. 23.4 LOPJ no tiene una naturaleza puramente procesal que despliegue efectos retroactivos en relación con acciones penales ya iniciadas. Regula, dicen los magistrados disidentes, aspectos sustanciales del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. Por ello, la introducción de nuevas condiciones o requisitos para el acceso a la jurisdicción debe en todo caso operar de cara al futuro, respetando las acciones iniciadas[60].

8. Conclusión

La reforma de la LOPJ supone una **limitación** muy importante del principio de jurisdicción universal[61]. España no ha podido resistir la presión de las potencias mundiales, que consideran que la actuación de los Tribunales españoles constituye una amenaza para sus dirigentes y ciudadanos. La manera de proceder del legislador español, limitando profundamente el ejercicio de la jurisdicción universal, **contradice el fundamento de este principio**: evitar la impunidad de quienes cometen delitos tan graves que conmueven la conciencia de la humanidad. La historia muestra que los respon-

---

59 Así BLANCO CORDERO, "Sobre la muerte de la jurisdicción universal", *cit.*, p. 16, RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina, "Principio de Justicia Universal (España)", *Revista Penal* (26), 2010, p. 203; FEIJOO SÁNCHEZ, "El principio de justicia universal en el Derecho penal español tras la reforma mediante la LO 1/2009", *cit.*, p. 34.

60 Crítico con el voto particular FEIJOO SÁNCHEZ, "El principio de justicia universal en el Derecho penal español tras la reforma mediante la LO 1/2009", *cit.*, p. 34.

61 Así también CHINCHÓN ALVAREZ, Javier, "Análisis formal y material de la reforma del principio de jurisdicción universal en la legislación española: de la «abrogación de facto» a la «derogación de iure»", *Diario La Ley*, Nº 7211, 2009.

sables de graves delitos, normalmente matanzas de personas inocentes en tiempo de conflicto armado, han quedado con mucha frecuencia impunes. Son sujetos que habitualmente ocupan puestos dirigentes en sus países y están extremadamente protegidos frente a cualquier acción judicial, por lo que las posibilidades de que sean objeto de persecución y sanción resultan prácticamente nulas. La impunidad por hechos de tamaña gravedad puede servir incluso de incentivo para reiterar acciones similares. Las víctimas, centenares o miles, quedan absolutamente desprotegidas, sin derecho a la justicia.

La disparidad de criterios que utilizan los Estados para la aplicación de la jurisdicción universal y las tensiones diplomáticas surgidas han generado un **debate académico** y político de alcance mundial. Ya un informe de 1990 del Consejo de Europa[62] evidenció las diferencias existentes entre los Estados a la hora de interpretar y aplicar este principio de competencia extraterritorial. Importantes asociaciones de juristas han adoptado resoluciones en relación con este principio, como la *Asociación de Derecho Internacional*[63]*, el Instituto de Derecho Internacional*[64], o la más reciente *Resolución de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP)*[65], y se han creado diversos grupos de reflexión que han aprobado documentos de interés, por ejemplo, los *Principios Princeton*[66]*,* los *Principios del Cairo*[67]*,* los *Principios de Bruselas*[68].

---

62 *Cfr.* ampliamente CONSEIL DE L'EUROPE, *Compétence extraterritoriale en matière pénale*, Strasbourg, 1990.

63 *International Law Association (Committee on International Human Rights Law and Practice), Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in respect of Gross Human Rights Offences,* 2000.

64 SEVENTEENTH COMMISSION. JUSTITIA ET PACE. INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW. Universal criminal jurisdiction with regard to the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes. Krakow Session – 2005. Rapporteur : M. Christian Tomuschat. Sobre esta resolución *cfr*. KRESS, Claus, "Universal Jurisdiction over International Crimes and the Institut de Droit International", 4 *Journal of International Criminal Justice* (2006), 561-585.

65 La resolución se encuentra publicada en la *Revue Internationale de Droit Pénal*, **80e année – nouvelle série 3ème et 4ème trimestres 2009, Asimismo se pueden ver online en la** *Electronic Review of the International Association of Penal Law*, 2009 (www.penal.org). Comentario de *VAJDA, Maja Munivrana,* **"The 2009** *AIDP***'s Resolution on Universal Jurisdiction - An Epitaph or a Revival Call?!",** *International Criminal Law Review 10* (2010), pp. 325–344.

66 *Princeton Project on Universal Jurisdiction*, *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, 23 de julio de 2001.

67 *Africa Legal Aid* (AFLA), *Preliminary Draft of the Cairo guiding principles on universal jurisdiction in respect of gross human rights offenses: An African perspective,* El Cairo, 31 de julio de 2001, *http://www.afla.unimaas.nl/en/act/univjurisd/preliminaryprinciples.htm*

68 *Principes de Bruxelles contre L'impunité et pour la Justice Internationale*, adoptados por el «Groupe de Bruxelles pour la justice internationale», en el marco

Algunas Organizaciones Internacionales se han pronunciado muy claramente sobre este principio. En concreto, la **Unión Africana** (UA) se ha mostrado claramente contraria al mismo y en diversas decisiones ha expresado que ha habido abuso flagrante del principio de jurisdicción universal, sobre todo por parte de algunos Estados no africanos[69]. En 2010 ha vuelto a reiterar la necesidad de que exista un organismo internacional con competencia para revisar y/o tramitar las reclamaciones que se presenten en relación con los abusos del principio de jurisdicción universal por los Estados[70]. De hecho, son conocidas las tensiones diplomáticas surgidas entre la Unión Europea y África, como consecuencia de las órdenes internacionales de detención emitidas contra líderes africanos por jueces europeos con base en el principio de jurisdicción universal. Se ha llegado incluso a acusar a Europa de una campaña contra los Estados africanos, y de una especie de neocolonialismo judicial. La Asamblea de la Unión Africana criticó esta actuación de la justicia europea y, en orden a solucionar la situación conflictiva, propuso una reunión conjunta entre los Estados europeos y africanos. En el marco de la Troika Ministerial Unión Europea - Unión Africana, celebrada el 29 de abril de 2009 en Luxemburgo, se debatió la cuestión de la jurisdicción universal, y se presentó un informe[71] realizado por expertos de ambos continentes, para dotar de significado jurídico a dicho principio, analizar su aplicación en ambos continentes y realizar recomendaciones para alcanzar un mutuo entendimiento ante las diferencias surgidas.

A la vista de todo ello, parece imprescindible que la Comunidad internacional se pronuncie sobre la cuestión. De hecho, la **Asamblea General de las Naciones Unidas** ha aprobado una Resolución sobre el *Alcance y aplicación del principio de la jurisdicción universal*[72], en la que decide incluir este tema en el programa provisional de su sexagésimo quinto período de sesiones. De conformidad con dicha resolución, se ha preparado un informe basado en la información y las observaciones recibidas de los Estados miembros sobre

---

del coloquio «Lutter contre L'impunite: Enjeux et Perspectives» (Bruxelles, 11-13 mars 2002).

69 Decisions Assembly/Dec.199(XI), Assembly/Dec.213(XII) and Assembly/Dec.243 (XIII) adopted in Sharm el Sheikh, Addis Ababa and Sirte in July 2008, February 2009 and July 2009.

70 DECISION ON THE ABUSE OF THE PRINCIPLE OF UNIVERSAL JURISDICTION Doc. EX.CL/540(XVI). Adopted by the Fourteenth Ordinary Session of the Assembly in Addis Ababa, Ethiopia on 2 February 2010, nº 6.

71 AU-EU Expert Report on the Principle of Universal Jurisdiction, disponible en http://www.africa-eu-partnership.org/pdf/rapport_expert_ua_ue_competence_universelle_en.pdf

72 Resolución sobre el Alcance y aplicación del principio de la jurisdicción universal, A/RES/64/117 15 de enero de 2010.

el alcance y la aplicación de dicho principio[73]. Constituye este, por lo tanto, un momento excepcional para hacer propuestas de cara al debate que se avecina y, quién sabe, a un futuro convenio internacional sobre la materia. En esta línea, la resolución sobre la jurisdicción universal de la *Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP)* de 2009, constituye un punto de partida de enorme interés. Y ello porque el texto fue aprobado por unanimidad de los asistentes al Congreso, alcanzando así un difícil consenso entre los varios expertos en la materia procedentes de diversos países.

En conclusión, la reforma española supone una nueva limitación **de la jurisdicción universal** en el mundo. Una vez más, se trata de una victoria de la impunidad.

---

73 Asamblea General de las Naciones Unidas, *Alcance y aplicación del principio de la jurisdicción universal. Informe del Secretario General preparado sobre la base de los comentarios y observaciones de los gobiernos*, A/65/181, 29 de julio de 2010.

*Incoterms® 2010**

*H. Ercüment ERDEM***

A. GİRİŞ

Milletlerarası ticaretin bel kemiği milletlerarası mal satımlarıdır. Malların dış ticarete konu olarak dolaşımı arttıkça, mal satımına ilişkin sorunların da sayısı artar. Bu sorunlar sadece devletlerin dış ticaret politikalarından, gümrük rejimlerinden, malların serbest dolaşımına getirilen kısıtlamalardan, damping uygulamalarından değil, alıcı ve satıcı tarafından satım sözleşmelerinin gereği gibi hazırlanmadığı durumlardan da doğar[1]. Zira devletler milletlerarası ticaretin artmasıyla bu alanda egemenliklerinden büyük ölçüde feragat ederek taraflara sözleşme serbesti tanıdılar[2]. Böylece bugün milletlerarası ticaret daha ziyade taraflar arasında yapılan sözleşmeler vasıtasıyla gerçekleşiyor.

Dış satımlarda alıcı ve satıcı tarafın genellikle farklı devletlerde bulunması, farklı hukuklara bağlı olması tarafları satım sözleşmelerini tip sözleşme haline getirmeye, belli tür satımlar için yerleşmiş teamül kurallarına atıf yapmaya zorlar[3]. Böylece olası uyuşmazlıkların ve yorum farklılıklarının önüne geçmek amaçlanır[4].

---

* Bu çalışmanın hazırlanması sırasında kaynakların ivedilikle ve özenle taranmasındaki yardımlarından ötürü Av. Zeynep Tuncer'e (LLM) teşekkür ederim.

** Prof. Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku E. Öğretim Üyesi

1 **Jacquet, Jean-Michel / Delebecque, Philippe**, Droit du commerce international, Paris 2000, s. 1 – 5.

2 Fazio milletlerarası ticaretin artık devletlerin tekelinde olmadığını belirtmiştir. Bkz. **Fazio, Silvia**, The harmonization of international commercial law, Alphen aan den Rijn 2007, s. 13.

3 **Jacquet / Delebecque**, s. 79, § 147; **Hinkelman, Edward G**., Dictionary of International Trade, Novato, Kaliforniya 2005, s. 253. **Ziegler, Jacob S. / Lerner, Shelom**, New developments in international commercial and consumer law, Conference, Oxford 1998, s. 26; **Glowik, Mario / Smyczek, Slowomir**, International Marketing Management: Strategies, Concepts and Cases in Europe, Münih 2011, s. 281.

4 Milletlerarası Ticaret Odası tarafından da Incoterms'lerin amacının yorumda yeknesaklık sağlamak olduğu belirtmiştir: "*…Böylece, bu terimlerin farklı ülke-*

Çeşitli ticari terimler böyle bir gereksinimden doğdu, sayıları artarak ve içerdikleri kurallar gelişerek bu güne kadar da geldiler[5]. Incoterms® Milletlerarası Ticaret Odası'nın (International Chamber of Commerce – ICC) ticari terimlerin kullanımı için oluşturduğu resmî kurallarıdır. Bu kurallar ile milletlerarası ticaret hukukunda en sık kullanılan terimlerin taraflarca aynı şekilde yorumlanması sağlandı[6].

Incoterms®'in amacı milletlerarası ticaretin güvenle ve süratle yürütülmesine katkıda bulunmaktır[7]. Bir satım sözleşmesinde tarafların Incoterms® 2010'a yapacakları atıf, tarafların hak ve borçlarını açıkça tanımlayarak yorum ve uyuşmazlık olasılığını en aza indirecektir[8].

Incoterms® kuralları tacirler arasındaki mal satım sözleşmelerinin iş dünyasındaki uygulamasını yansıtan üç harfli ticari terimleri açıklar[9]. Incoterms kuralları temel olarak malların satıcı tarafından alıcıya teslimin-de taraflara düşen görevleri, masrafları, hasarın geçişini ve belgelere ilişkin yükümleri düzenler. Buna karşın mal bedelinin ödenmesi ve ödeme yöntemleri, mülkiyetin geçişi, mala ilişkin fikri hakların geçişi[10], taşıma sözleşmesi, sigorta sözleşmesi, satım sözleşmesinin ifasına ilişkin konular ve nihayet uyuşmazlıkların çözümü önemleri kuralların kapsamında değildir[11]. Zira

---

lerde değişik yorumlanması hakkındaki belirginsizlikler engellenebilecek veya en azından önemli derecede azaltılabilecektir". Bkz. Incoterms 2000, ICC Publication No.560, Eylül 1999, s. 5.

5 Ticari terimler esasen uzun zaman önce tacirler arasında oluşmuş ve olarak bilinen kuralların yazılı şeklini ifade eder. Bkz. **Jolivet, Emmanuel**, Les Incoterms – Étude d'une norme du commerce international, Paris 2003, s. 323 vd.

6 **Erdem, H. Ercüment**: *"The role of trade usages in ICC Arbitration"*, in Liber Amicorum en l'honneur de Serge Lazareff, Paris 2011, s. 251 (Anılış: **Erdem**, Trade Usages).

7 **Drettmann, Anne-Katherin**: Ağustos 2009, http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/drettmann.html#41 (erişim: 10.10.2011).

8 Son zamanlarda Incoterms'ler onar yıl aralıklarla yenilendi (Incoterms 1980'den sonra, Incoterms 1990, Incoterms 2000, şimdi de Incoterms 2010 hazırlandı). Dolayısıyla, taraflar, aralarındaki satım sözleşmesinde Incoterms'lere atıfta bulunurken hangi Incoterms'in hangi versiyonuna atıfta bulunmak istediklerini belirtmelidir. Bkz. **Ramberg, Jan**, ICC Guide to Incoterms® 2010, Paris 2011, s. 17 (Anılış: **Ramberg,** Incoterms® 2010); **Klotz, James, M.**, International sales agreements: an annotated drafting and negotiating guide, Aalphen aan den Rijn 2008, s. 53 – 54.

9 MTO Incoterms'lerin amacının satış sözleşmelerine uygulanmak olduğunu birçok kez tekrarlar. Doktrinin büyük bir bölümü de MTO ile aynı fikirdedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Jolivet,** s. 193, § 206.

10 **Ramberg**, Incoterms® 2010, s. 17.

11 Incoterms kurallarının kapsamına ve kapsam dışı konulara ilişkin olarak bkz. **Erdem, H. Ercüment: "**Incoterms 2000", Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler, İstanbul 2008, s. 231 – 233 (Anılış: **Erdem**, Makaleler).

yukarıda da belirtildiği gibi, Incoterms® kurallarının amacı sadece satım sözleşmesinin konusunu oluşturan malların teslimine ilişkin kuralların yorumlanmasını sağlamaktır. Bunun dışında, Incoterms® kuralları, satım sözleşmesine ilişkin diğer herhangi bir konuya açıklama getirmez[12]. Bu nedenle Incoterms® kurallarının satıma ilişkin her konuyu düzenlediği yanılgısına düşülmemeli ve kapsam dışı konular satım sözleşmesinde düzenlenmelidir.

B. INCOTERMS® 2010'UN HAZIRLANMASINA ETKEN OLAN NEDENLER

Incoterms®'in en yeni ve halen yürürlükte olan versiyonu 1 Ocak 2011'de yürürlüğe giren Incoterms® 2010'dur[13].

Ticari terimleri yazılı olarak yeknesak kurallar haline getirme çalışmaları Milletlerarası Ticaret Odası tarafından 1920'lerde başladı. Uzun bir çalışmadan sonra, 1936 yılında uluslararası ticarette en çok kullanılan terimlerin yeknesaklaştırıldığı ve alıcı ile satıcının hak ve borçlarının bir liste halinde düzenlendiği ilk ticarî terimler kitabı yayımlandı. Bu kitabın ismi "Incoterms 1936"dır[14].

Bu yayını izleyen dönemde, 1953 yılında Incoterms'ler yeniden gözden geçirildi ve Incoterms 1953 yayımlandı[15].

1953'den sonra ise, Incoterms'leri zaman zaman uygulamadaki gelişmeleri - özellikle de taşıma ve diğer teknik alanlardaki ilerlemeleri de dikkate alarak - yeniden gözden geçirme gereği doğdu. Bu nedenle, Incoterms'ler 1967, 1976, 1980, 1990, 2000 ve son olarak da 2010 yıllarında revize edilerek tekrar yayımlandı.

---

12 **Ramberg**, Incoterms® 2010, s. 17 – 18.

13 Incoterms® 2010, ICC Rules for the use of domestic and international trade terms, ICC Publication no. 715, Paris 2010.
Incoterms® 2010, bu çalışmanın yazarı tarafından Türkçeye çevrildi ve Milletlerarası Ticaret Odası Türkiye Millî Komitesi tarafından yayınlandı: Incoterms 2010: İç ve dış ticarete ilişkin ticari terimlerin kullanımı için ICC Kuralları, ICC Yayın no. 715, Ankara 2010**.**

14 Bkz. International Rules for the Interpretation of Trade Terms, Chambre de Commerce Internationale, 4. Bası, Paris 1936.

15 Bkz. International Rules for the Interpretation of Trade Terms, Chambre de Commerce Internationale, Brochure no. 166, Paris 1953; Bu yayınların gelişimi hakkında ayrıca bkz. **Eisemann, Fréderic / Derains, Yves**, La pratique des Incoterms, usages de la vente internationale, Paris 1998, s. 5 – 8; **Jolivet**, s. 53 - 54, § 62.

Incoterms®'in sürekli olarak gözden geçirilmesi ve yenilenmesindeki en önemli neden çağın ticari uygulamalarını izlemek gereksinimidir. Incoterms® kurallarının 1980'den bugüne onar yılda bir değiştirilmesi ticari uygulamaların da on yılda bir değiştiği anlamına gelmez. Ticari uygulamalar, teknolojik ilerlemelere de bağlı olmak üzere, çok daha hızlı gelişir. Ancak Incoterms® kurallarını çok sık değiştirmek metnin bilinirliğini ve uygulanabilirliğini azaltır. Bu nedenle, Incoterms® kuralları ancak yeni ve önemli ticari uygulamalar ortaya çıktığında değiştirilir[16].

Ticari uygulamaların değişmesinin yanı sıra, Incoterms®'in sürekli olarak gözden geçirilmesi ve yenilenmesindeki en önemli nedenler bir diğeri de, Incoterms®'in kullanımını ve anlaşılmasını kolaylaştırmak amacıyla sunum ve kaleme alınış şeklinde değişiklik yapmaktır[17].

Bu nedenle örneğin 1980 yılındaki gözden geçirme sırasında, 1953 yılında uygulamaya konulan "Vagonda Teslim (FOR / FOT)" ile 1976 yılında uygulamaya konulan "FOB Havalimanı" terimleri yerine, Taşıyıcıya Teslim (FCA) terimi kabul edildi[18]. Bu yeni terim ile deniz taşımalarında gittikçe artan şekilde kullanılan konteynerle taşımalara ilişkin sorunlar giderilmeye çalışıldı[19]. Zira taşıma alanında son 30 yılda görülen gelişmeler, deniz taşımalarında da malın "geleneksel FOB noktası" olarak anılan küpeşteden ziyade karada ve taşıma başlamadan önce kabul edilmesi yolunda bir uygulama yarattı. Ayrıca konteynere yüklenen mallar sadece deniz yoluyla değil, fakat farklı taşıma araçları ile kombine olarak da taşınabilir. Hâlbuki FOB terimi sadece denizyolu ile yapılan taşımalara özgüdür. İşte, malların her türlü taşıma aracı ile taşındığı ve taşıyıcıya yüklemeden önce karadaki bir noktada teslim edildiği durumları da kapsamak amacıyla FCA terimi kabul edildi.

1990 yılında yapılan değişikliklerde ise başlıca iki neden göze çarpar[20]. İlk neden elektronik bilgi transferinin ("*échanges de données informatiques -EDI-*") ticari hayatta gün geçtikçe daha fazla kullanılmasıydı. Ticari faturaların, gümrük işlemleri için gereken diğer belgelerin ve taşıma belgelerinin

---

16 **Ramberg**, Incoterms® 2010, s. 8.

17 **Glowik / Smyczek**, s. 281.

18 **David, Pierre H. / Stewart, Richard D.**, International Logistics: The Management of International Trade Operations, Mason, Ohio 2010, s. 117.

19 **Malların konteynerle taşınması tek tip taşıma türünden multimodal taşıma türüne geçilmesine neden oldu.** Bu durum da, FOR veya FOT gibi ticari terimlerin Incoterms kurallarından çıkarılmasını gerektirdi. Bkz. **Carr, Indira / Stone, Peter**, International Trade Law, New York 2010, s. 50.

20 Incoterms® 1990 hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Xueref, Carol**: "*Les Incoterms 1990*", in: Les contrats de vente internationale de marchandises (ed: Dessemontet), CEDIDAC, Lozan 1991, s. 143; **Bredow, Jens/ Seiffert, Bodo**, Incoterms 1990, Hagenbach 1990, s. 2 vd.; **Ramberg**, **Jan**, Guide to Incoterms® 1990 (Anılış: **Ramberg**, Incoterms® 1990), s. 8 vd.

elektronik olarak transferi birçok sorunu da beraberinde getirdi. Ancak Incoterms® 1990 ile EDI mesajı kullanılarak bu sorunların üstesinden gelmek hedeflendi[21]. İkinci neden ise taşıma alanında görülen yeni gelişmeler ve özellikle konteynerle taşımalar ile ro-ro taşımalarının yaygınlaşmasıydı[22].

Incoterms® 2000'nin getirdiği değişikliklerin nedeni bir yandan hükümlerde maddi değişikler yapılarak uygulamada sorun yaratan hükümlerin yeniden düzenlenmesi[23], diğer yandan da Incoterms®'in kullanımını ve anlaşılmasını kolaylaştırmak amacıyla, sunum ve kaleme alınış şekli açısından da iyileştirmeler yapmaktı[24].

Incoterms® 2010'unun hazırlanmasına neden olan etkenler ise birkaç başlık altında toplanabilir:

- **Doğru ticari terimin seçilmesi.** Incoterms® 2000'deki asıl sorun tarafların uygun ticari terimi seçmekte zorlanmasıydı. Kuralların tarafların seçimlerini doğru bir şekilde yapabilmelerini sağlayacak kadar açık olmadığı ileri sürülüyordu[25]. Milletlerarası Ticaret Odası'nın da yoğun desteğiyle, taraflara kolaylık sağlamak amacıyla, Incoterms® 2010, Incoterms® 2000'e göre ticari terimlerin yeni bir gruplandırmasını yaptı ve malların taşıma şeklini esas alarak iki grup terim öngördü. Birinci grupta Tüm Taşıma Türlerini Kapsayan Kurallar: EXW, FCA, CPT, CIP, DAT, DAP, DDP yer alıyor. İkinci grupta ise Deniz ve İçsu Taşımalarına Özgü Kurallar: FAS, FOB, CFR, CIF terimleri bulunuyor[26].

- **Incoterms®'in iç ticarette de kullanılması**. Avrupa Birliği ve NAFTA gibi ticaret birlikleri farklı ülkeler arasındaki gümrük for-

---

21 Bkz. Incoterms® 1990, Giriş, no. 3; **Ramberg**, Incoterms® 1990, s. 8, 32.

22 Bkz. Incoterms® 1990, Giriş, no. 4; **Ramberg**, Incoterms® 1990, s. 9.

23 Örneğin FAS (Gemi Doğrultusunda Masrafsız) ve DEQ (Rıhtımda Teslim) terimlerinde gümrükleme işlemleri ve gümrük vergilerinin ödenmesi sisteminin değiştirilmesi; FCA (Taşıyana Masrafsız) teriminde malların teslim yerinin yeniden düzenlenmesi; C Grubu terimlerde (CFR, CIF, CPT ve CIP) taşımaya ilişkin vergi, masraf ve harçların satıcıya ait olması. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Erdem**, Makaleler - Incoterms 2000, s. 224 – 225.

24 Örneğin Giriş'in zenginleştirilmesi, Giriş'te terminolojiye ilişkin açıklamalar yapılması, varyantlara ilişkin uyarılarda bulunulması ve terimlerde dipnotlar ile Giriş'e atıf yapılarak uygulamada yeknesaklık sağlanması. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Erdem**, Makaleler - Incoterms 2000, s. 223, 225-226.

25 Incoterms® 2010'un yenilenmesinden önce yapılan tüm çalışmalar tarafların doğru ticari terimi seçmekte zorlandığını açıkça ortaya koydu. Bkz. **Ramberg**, Incoterms® 2010, s. 9 ve 17; **Malfliet, Jonas**: 2011, s.163. Bkz. http://biblio.ugent.be/input/download?func=downloadFile&fileOId=1212631 (erişim: 10.10.2011)

26 **Ramberg**, Incoterms® 2010, s. 17; **Erdem**, Trade Usages, s. 252 – 253.

malitelerinin önemini ve etkisini azalttı. Bu nedenle Incoterms® 2010'un hem iç hem de dış ticarette kullanılmaya elverişli olduğu açıkça belirtildi[27]. Gerçekte 2000 versiyonuna kadar Incoterms® daima dış ticaret için tasarlandı ve bu amaçla kullanımı önerildi. Ancak bu kuralların iç ticarette de, uyarlanarak kullanımına, bir engel yoktu. ABD'de Yeknesak Ticaret Kanunu'nun ("*Uniform Commercial Code*") denizaşırı satışlara ilişkin hükümlerinin yürürlükten kaldırılmasıyla ortaya çıkan boşluğun Incoterms ile giderilmesi amaçlandı[28].

– **Elektronik iletişimin artan kullanımı.** Elektronik belgelerin gittikçe yaygınlaşan kullanımı bu belgelerin kağıt belgelerle olan ilişkisini ve kağıt belgeler karşısındaki gücünü açıkça düzenlemeyi gerekli kıldı. Zira kağıt belgeler hala en güçlü ispat aracı olarak kabul ediliyor. Böyle olunca, elektronik belgelerin de, kağıt belgeler gibi, hukuki önemi ve gücünün ifade edilmesi ve kağıt belgeler ile aynı seviyeye getirilmesi gerekti. Bu kapsamda, BOLERO ismi verilen ve belgenin içeriğini güvence altına alan bir sistem kuruldu[29] ve böylece elektronik belgelerin kağıt belgeler kadar güvenli olduğu açıklandı.

– **Malların dolaşımına ilişkin güvenlik endişeleri.** 11 Eylül 2001'de ABD'de gerçekleşen terörist saldırılar, milletlerarası ticarette de mallara ilişkin daha fazla güvenlik önlemi alınmasını gerektirdi. Incoterms® 2010 malların güvenliğine ilişkin düzenlemeler getirdi ve ticarete konu malın kişiler veya eşyalar için – malın kendisinden kaynaklan tehlikeler haricinde – herhangi bir tehlike oluşturmaması amacıyla, kontrolünün yapılmasını öngördü[30].

– **Güncel ticari gerçekliği yansıtmak ve modası geçmiş bakış açısından kaçınmak**. Ticaret hayatının dinamik yapısı bazı uygulamaların hızla değişmesine veya yenilenmesine neden olur. Incoterms® de ticari uygulamalarda bu değişiklikleri veya yenilikleri yansıtmalıdır. Örneğin piyasalarda bazı terimler, modern taşıma tekniklerine uygun olmadıkları veya diğer nedenlerle artık kullanılmıyor ve yeni terimlere gereksinim duyuluyorsa, bu gereklilikler

---

27 Bu konu Milletlerarası Ticaret Odası'nın yayımladığı Incoterms® 2010 kitabının önsözünde, MTO Başkanı, Sayın Rajat Gupta tarafından açıkça belirtilir. Bkz. Incoterms® 2010. Ayrıca bkz. Incoterms® 2010, Giriş, § 3.

28 **Luk, Kwai Wing**, International Trade Finance – A Practical Guide, Kowloon, Hong Kong 2011, s. 57; **Ramberg**, Incoterms® 2010, s. 9.

29 **Ramberg**, Incoterms® 2010, s. 40 – 41. Incoterms® 2010 metni açıkça elektronik belgelerin kağıt belgelere eşit olduğunu belirtir. Incoterms® 2010, Giriş, § 8.

30 Bkz. Incoterms® 2010, Giriş, § 7.

Incoterms®'e yansıtılmalıdır. Bu nedenle Incoterms® 2010'da köklü değişiklikler yapıldı; yeni terimler eklendi ve artık kullanılmayan veya güncelliğini yitirmiş terimler ayıklandı.

C. INCOTERMS® 2010 İLE GETİRİLEN DEĞİŞİKLİKLER

Incoterms® 2010'un hazırlık çalışmaları yaklaşık iki yıl sürdü ve geniş bir katılım ile gerçekleştirildi. ICC Milletlerarası Ticaret Hukuku ve Uygulamaları Komisyonu tarafından oluşturulan "Incoterms® Çalışma Grubu" çeşitli taslaklar hazırladı ve bu taslaklar Milli Komiteler aracılığı ile ilgili çevrelerin bilgi, görüş ve eleştirilerine açıldı. Millî Komitelerden gelen görüşler de dikkate alınarak taslaklara son şekilleri verildi. Böylece Çalışma Grubu ile Milli Komiteler arasında sürekli bir diyalog sağlandı.

Başlangıçta az sayıda değişiklik yapılması amacıyla yola çıkıldıysa da, Incoterms® 2010'da çok köklü değişiklikler de yapıldı.

1. Maddî Değişiklikler

En önemli maddi değişiklikler şu konularda yapıldı.

a. Terimlerin sayısı 13'den 11'e indirildi ve yeni terimler eklendi

Taşıma şekli ne olursa olsun kullanılabilecek iki yeni terim kabul edildi ve bu yeni terimlerin kabulüyle işlevsiz kalan dört terim iptal edildi. Varma yerinde teslimi ifade eden iki yeni terimden birisi DAP (Belirlenen Yerde Teslim), diğeriyse DAT (Terminalde Teslim) olarak anılır.

DAP (Belirlenen Yerde Teslim), Incoterms 2000'de yer alan DAF, DES ve DDU terimlerinin yerine geçti. Diğer yeni terim DAT (Terminalde Teslim) ise Incoterms 2000'deki DEQ teriminin yerini aldı.

DAP teriminde teslim varma yerinde malların taşıma aracından boşaltılmaya hazır şekilde alıcının tasarrufuna bırakılmasıyla yerine getirilir. Bu halde, alıcının malı teslim almadan inceleme olanağı yoktur. Başka bir deyişle, mal zarar görmüş ise, alıcı bunu ancak malı teslim aldıktan sonra fark edebilir. Bu durumda da, maldaki zararın teslimden önce mi yoksa sonra mı meydana geldiğinin belirlenmesi sorun yaratabilir. DAP teriminin yerini aldığı DAF, DES ve DDU terimlerinde de teslim aynı şekilde ifa edilirdi. DAP teriminde taşıma aracı bir gemi, varma yeri olarak belirlenen yer de bir liman olabilir. Bu durumda DAP terimi DES teriminin kullanıldığı hallerde de sorunsuzca kullanılabilir.

DAF, DES ve DDU terimlerinin Incoterms® 2010 kapsamından çıkartılmalarının başlıca nedenleri şunlardır:

- DAF teriminin Incoterms® 2000'e konulmasının gerekli olup olmadığı Incoterms® 2000'in hazırlanması sırasında da çok tartışıldı. Zira tarafların DAF terimini sadece masrafların paylaşımından yararlanabilmek için seçebilecekleri düşünüldü. Ancak, tüm bu endişelere rağmen, bu tür taşımanın uygulamada halen kullanılması nedeniyle, yine de Incoterms® 2000'nin kapsamında bırakıldı[31]. Bununla beraber taraflar DAF terimini sadece masrafların paylaşımını öngördüğü için seçtiler ve DAF teriminin – hasarın geçişi gibi - düzenlediği diğer yükümlülükleri dikkate almadılar. Oysa masrafların paylaşımı için, taraflar DAF yerine DAP veya CIP terimlerini de tercih edilebilirdi. Bu nedenle, DAF terimi Incoterms® 2010 kapsamına alınmadı[32].

- DDU terimi ise, karışıklığa neden olduğu için, Incoterms® 2010 kapsamından çıkartıldı. Gümrük Birliği'ne taraf bir devletten vergisi ödenmemiş bir mal satın alındığında, bu malların, ihracat için, gümrüklü olarak mı yükleme yerine getirildiği veya boşlatma yerinde KDV vs. gibi vergilere tâbi olmaksızın mı vardığı tartışmalıydı. Bu sebeple, milli komiteler gümrüğe ilişkin bir sorun yaratmayacak bir terimin DDU yerine düzenlenmesini önerdi[33].

- DES terimi de, sorunsuz bir şekilde DAP terimi ile değiştirilebileceği için, Incoterms® 2010 kapsamından çıkarıldı[34].

DAT teriminde ise teslim malların varma yerinde, tıpkı iptal edilen DEQ teriminde olduğu gibi malların taşıma aracından boşaltılarak alıcının tasarrufuna bırakılmasıyla gerçekleşir. DAT terimindeki terminal bir liman içerisindeki herhangi bir alan, örneğin bir rıhtım da olabileceğinden, DAT terimi DEQ teriminin kullanıldığı durumlar için de kullanılabilir.

Bu yeni kurallarda da, tıpkı seleflerinde olduğu gibi, satıcı malları, tüm masrafları karşılamak (ithalat için gümrükleme masrafları hariç olmak kaydıyla) ve nefi ve hasar kendisine ait olmak üzere varma yerinde teslim eder.

DAT teriminin Incoterms® 2010 kapsamına alınmasındaki amaç ticari uygulamalardaki değişikliklerdir. Şöyle ki, satıcılar – masraf veya kalitenin korunması gibi sebeplerle – tedarik zincirinin başından sonuna kadar kontrolü ellerinde bulundurmak isterler[35]. Böylece, bu terim sayesinde satıcılar, malları varma yerinde taşıma aracından boşaltarak teslim ettikleri ana kadar mal üzerindeki gözetim ve denetimlerini sürdürürler.

---

31 **Ramberg**, Incoterms® 2000, s. 48.

32 **Malfliet**, s. 167.

33 **Malfliet**, s. 167.

34 **Malfliet**, s. 167.

35 **Malfliet**, s. 167.

Ayrıca DAT terimi, DEQ teriminin aksine, taraflara istedikleri taşıma türünü tercih etme imkânı da verir[36].

Yukarıdaki açıklamaların ışığında belirtmek gerekir ki, DAF, DES, DDU ve DEQ terimlerinin Incoterms® 2010'ndan çıkartılmış olması bunların artık kullanılmayacağı anlamına gelmez. Taraflar sözleşmelerinde yine bu terimlere atıfta bulunabilir. Ancak, taraflar bu terimler ile beraber Incoterms® 2010'a atıfta bulunurlarsa, asıl olarak Incoterms® 2000'e atıfta bulundukları varsayılır[37].

b. İç ve dış ticarette kullanım

Yukarıda da belirtildiği gibi, çeşitli ticaret birliklerinin kurulmasıyla önemini yitiren gümrük düzenlemeleri, Incoterms'in iç ticarette de zaten kullanılıyor olması ve ABD'de Yeknesak Ticaret Kanunu'nun yürürlükten kaldırılan hükümleri nedeniyle doğan boşluğun giderilmesi gereği karşısında, Incoterms® 2010'da kuralların sadece dış ticarette değil iç ticarette de kullanılabileceği açıkça belirtildi. Böylece Incoterms® 2010 kuralları, ithalat/ihracat işlemlerinin yerine getirilmesi borcunun, sadece gerekli olduğu durumlarda, bir başka ifadeyle dış ticarette, yerine getirilmesini değişik hükümlerde açıkça belirtir.

c. Hasarın geçişinde "küpeştenin aşılması" kavramının terk edilmesi

Incoterms'de teslim ve hasarın geçişi kural olarak aynı yerde gerçekleşir. Nitekim kurallarda A5 hükmü, hasarın malların A4 hükmü uyarınca teslim edildiği anda alıcıya geçmesini öngörür.

Incoterms 2000 versiyonu da dahil olarak bu genel kurala üç istisna vardı. CFR, FOB ve CIF terimlerinde hasar malların teslimiyle değil, malların küpeşteyi aşmasıyla alıcıya geçerdi. Incoterms 2000'nin hazırlık çalışmaları sırasında da hasarın bu şekilde geçişi eleştiri konusu yapıldı[38]. Ancak, bu düzenlemenin ilk terimlerden olan CFR, FOB ve CIF ile uygulamada köklü şekilde benimsenmesi karşısında bir değişikliğin yarardan çok karşılık yaratacağı endişesiyle Incoterms 2000'de CFR, FOB ve CIF terimlerinde hasarın geçişi açısından bir değişiklik yapılmadı.

Ancak Incoterms® 2010'da A4 maddesinde teslimin gemide (veya zaten bu şekilde teslim edilmiş mallar tedarik edilerek) yapılacağı belirtildi ve A5

---

36 **Reynolds, Frank**, Incoterms® for Americans® (Completely Rewritten For Incoterms® 2010), Toledo 2010, s. 85.

37 Bkz. **Ramberg**, Incoterms® 2010, s. 23.

38 **Burnett, Robin / Bath, Vivienne**, Law of international business in Australasia, Sidney 2009, s. 61.

maddesinde de hasarın teslimle beraber alıcıya geçeceği öngörüldü. Böylece çok uzun süredir anlam ve işlevini yitiren hasarın geçiş noktası olarak "küpeştenin aşılması" kavramı da terk edildi[39]. Bu yeni düzenleme hem günümüz ticari gerçeklerini daha iyi yansıttı, hem de hasarın geçişinin varsayımsal bir çizgi üzerinde bir o tarafa bir bu tarafa sallandığına ilişkin bakış açısını terk etti.

d. Elektronik iletişim

Incoterms'in önceki versiyonlarında EDI mesajları tarafından ikame edilecek belgelerin neler olduğu ismen sayılmıştı[40].

Incoterms® 2010 A1/B1 maddelerinde, elektronik iletişim araçlarına kağıt iletişim belgeleri ile aynı etki sağlandı. Bu amaçla tarafların bu konuda (elektronik iletişim araçlarının kağıt iletişim araçlarıyla aynı etkiyi sağlayacağı konusunda) anlaşması veya bu uygulamanın mutat olması gerekir. Bu yeni düzenleme elektronik iletişimin evrimine olanak sağlar.

e. Güvenlikle ilgili gümrük işlemleri

Özellikle 11 Eylül 2001'de New York'da gerçekleşen terörist saldırılardan sonra malların dolaşımına ilişkin güvenlik endişeleri daha da arttı. Malların kendi nitelikleri dışındaki nedenlerle yaşama ve mülkiyete tehdit oluşturmadığına dair bir denetim sistemi oluşturmak gereği doğdu.

Bu nedenle Incoterms® 2010 A2/B2 ve A10/B10 hükümleriyle, taraflara güvenlikle ilgili gümrük işlemlerinin yerine getirilebilmesi bakımından gözetim zincirine ilişkin bilgi sağlama ve gerekli belgelerin elde edilmesi konusunda yardımda bulunma veya ilgili belgeleri bizzat alma yükümlülüğü öngörülür.

Ayrıca tanımlarda gümrük işlemlerinin uygulanacak gümrük mevzuatı uyarınca güvenliğe, bilgilendirmeye ve fiziki denetime ilişkin borçları içerebileceği belirtilir[41]

---

39 Bu konudaki eleştirilerim açısından bkz. **Erdem**, **H. Ercüment,** "Denizaşırı Satış Olarak FOB Satış", Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler, İstanbul 2008, s. 186; **Erdem**, **H. Ercüment**, Sif Satışlar, İstanbul 1998, s. 187 – 189 (Anılış: **Erdem**, Sif Satışlar). Ramberg de eleştirilerini Incoterms® 1980'in hazırlanması esnasında dile getirmiştir. Doktrindeki diğer eleştiriler için bkz. **Jolivet**, s. 287 vd.

40 EDI mesaj sistemi ile elektronik iletişimin sağlanması Incoterms® 1990 ile sağlandı. Bkz. **Branch, Alan E.**, International purchasing and management, Singapur 2001, s. 292; **Yiannopoulos, Athanassios N. (Editör)**, Ocean bill of lading: traditional forms, subsitutes and EDI systems - XIVème Congrès International de Droit Privé, Lahey 1995, s. 99.

41 Bkz. Incoterms® 2010, Giriş, s. 16.

f. Terminal elleçleme masrafları

Incoterms C (CPT, CIP, CFR, CIF) ve D grubu terimleri (DAT, DAP, DDP) uyarınca malların varma yerine taşınması için gereken taşıma sözleşmesini yapmak ve ilgili masrafları ödemek satıcının borcudur. C Grubu terimlerde satıcı bu sözleşmeyi kendi adına ve fakat alıcı hesabına yapar ve ödediği navlun ve diğer taşıma masraflarını da satış bedeline dahil eder. D grubu terimlerde ise mallar varma yerinde teslim edileceğinden, satıcı taşıma sözleşmesini kendi adına ve hesabına yapar.

Doktrinde Incoterms kuralları uyarınca taşıma sözleşmesinin ana taşımayı, başka bir deyişle malın yükleme yerinden boşaltma yerine kadar taşınmasını, yoksa malların yükleme yerine kadar da (*ön taşıma – pre carriage*) taşınmasını ve hatta boşaltma yerinden alıcıya kadar da taşınmasını (*son taşıma – post carriage*)[42] kapsayıp kapsamadığı konusunda açık olmadığı ileri sürülür[43]. Ancak bu görüşe katılmak olanağı yoktur. Incoterms kurallarında düzenlenen ana taşımadır ve hangi taşımanın ana taşıma olduğu da her bir terime göre ayrıca belirlenir[44]. Örneğin CIF teriminde satıcı malları teslim borcunu malları kendisi tarafından akdedilen taşıma sözleşmesi uyarınca yükleme limanında gemiye yüklemekle yerine getirir. Buradaki taşıma bu şekilde yüklenen malların varma limanına ulaşmasına kadar süren taşımadır. Gerek malların satıcı tarafından yükleme limanına getirilmesine kadar olan taşıma (ön taşıma) gerekse boşaltma limanından alıcının işletmesine veya deposuna kadar olan taşıma (son taşıma) CIF teriminde öngörülen taşımanın kapsamında değildir.

Taşıma masrafları çoğu zaman malların elleçlenmesi ve liman içinde veya konteyner terminalleri arasında taşınması masraflarını da kapsar. Taşıyıcı veya terminal işleticisi bu masrafları ayrıca malları teslim alan alıcıdan da isteyebilir. Özellikle C grubu terimlerde alıcı bu masrafları iki kez ödemek zorunda kalabilir. Zira, satıcı tarafından ödenen navlun ve taşıma masraflarını içine dahil edilen elleçme masrafları satıcı tarafından satış bedeline dahil edilerek zaten alıcıdan tahsil edilir.

Terminal elleçleme masrafları Incoterms® açısından yeni bir konu değildir. Bu masraflar Incoterms 2000'nin hazırlık çalışmaları sırasında da tartışıldı, ancak özel bir düzenleme öngörülmedi. Bu defa Incoterms® 2010 A6/B6 hükmünde öngörülen düzenleme terminal elleçleme masraflarının tekrar tahsilinin önlenmesine yöneliktir ve masrafların nasıl dağılacağı ayrıntılı olarak öngörülür.

---

42 Ana taşıma, ön taşıma ve son taşıma için, bkz. **Reynolds**, s. 13.

43 **Jolivet**, s. 165.

44 Bu yönde bkz. **Chevalier, Denis**, Les Incoterms, Tous les mécanismes, Moci 1994, s. 15; **Jolivet**, s. 266, dn. 125.'den naklen.

g. Zincirleme Satışlar ("***String Sales***")Emtia ("*commodity*") satışında mallar taşınmaktayken tekrar tekrar, zincirleme olarak ("*in string*"), satılabilir. Zira emtianın fiyatı piyasaya göre yükselebilir veya düşebilir ve taraflar bu fiyat değişikliklerinden yararlanmak isterler. Ancak bu tür zincirleme satışlarda zincirin ortasında yer alan satıcı malı "göndermez", zira mallar zaten ilk satıcı tarafından gönderilmiştir. Bu nedenle zincirin ortasında yer alan bir satıcı ancak gönderilmiş malları "tedarik eder".

Incoterms® 2010'da, malların gönderilmesi borcuna alternatif olarak, zincirleme satışlar düşünülerek, "gönderilmiş malların tedarik edilmesi" borcuna yer verilir.

2. Şeklî Değişiklikler

Yapılan değişikliklerin bir nedeni de Incoterms®'in kullanımını ve anlaşılmasını kolaylaştırmak olduğundan, sunum ve kaleme alınış şekli açısından da iyileştirmeler yapılmıştır. En önemli şeklî değişiklikler şu noktalarda toplanabilir:

a. Incoterms® 2010 Kurallarının Gruplandırılması Değiştirildi

Yukarıda da açıklandığı üzere, Incoterms 2000'deki asıl sorun tarafların uygun ticari terimi seçememeleriydi. Incoterms 2000'de terimler dört grup altına toplanmıştı. Bunlar: E grubu (EXW): F grubu (FAS, FCA, FOB); C grubu (CFR, CIF, CPT, CIP) ve D grubuydu (DAF, DES, DEQ, DDU, DDP)[45].

Incoterms® 2010'nun getirdiği yeni gruplama ise malların taşıma şeklini esas alarak iki grup terim öngörür. Birinci grupta Tüm Taşıma Türlerini Kapsayan Kurallar: EXW, FCA, CPT, CIP, DAT, DAP, DDP yer alır. İkinci grupta ise Deniz ve İçsu Taşımalarına Özgü Kurallar: FAS, FOB, CFR, CIF terimleri bulunur.

Bu yeni ayrımın nedeni kanımca, nitelikleri gereği sadece deniz ve içsu taşımalarında kullanılabilen terimleri (FAS, FOB, CFR ve CIF) diğerlerinden ayırmaktır. Zira bu gruptaki taşıma aracı mutlaka bir deniz veya içsu gemisi olmalıdır. Ancak uygulamada bu terimlerin de niteliklerine uygun olmasa dahi diğer taşıma şekilleri için de kullanıldığı görülür. Bu yeni gruplandırmayla hatalı kullanımların önüne geçilmek istenir.

İlk gruptaki terimler her türlü taşıma aracı ve bu arada taşımanın bir kısmı deniz veya içsularda gerçekleşse de kullanılabilir. Sadece denizde gerçekleşecek bir taşıma için Tüm Taşıma Türlerini Kapsayan Terimlerin kulla-

---

45 Bu ayrım ve her grup hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. **Erdem**, Makaleler - Incoterms 2000, s. 228-230, 233 vd.

nılması pek pratik olmayabilir, zira bu durum için öngörülen özel terimler vardır.

Bu yeni gruplamaya rağmen, hala E, F, C ve D grubu terimlerinden söz edilebileceği kanısındayım. Zira bu harflerle adlandırılan gruplar, aynı harfle başlayan terimlerin ortak özelliklerini de gösterir. Örneğin F grubundaki tüm terimlerde taşıma alıcı tarafından organize edilir ve taşıma masrafları da alıcı tarafından ödenir. C grubundaki tüm terimlerde de taşıma satıcı tarafından düzenlenir ve taşıma masrafları da satıcı tarafından karşılanır. Gerek F grubundaki gerekse C grubundaki terimlerde satıcı malları teslim borcunu yükleme yerinde ifa eder. Bu nedenle harflerle başlayan terimler yüklemede satışlardır ("*shipment contracts*"). D grubu varma yerinde teslimi gösterir; bu nedenle bunlar boşaltmada satışlardır ("*arrival contracts*"). Satıcı malları teslim borcunu varma yerinde ifa eder[46].

b. Rehber Açıklamalar

Her bir Incoterms® 2010 teriminden önce bir Rehber Açıklama'ya yer verildi. Bu Rehber Açıklama ilgili kuralı açıklayan bir şema içerir ve kurala ilişkin esaslı konuları açıklar. Örneğin bu terimin hangi hallerde kullanılması gerektiği, özellikleri, masrafların nasıl paylaşılacağı, hasarın nerede alıcıya geçeceği, ne tür sözleşmeler için uygun olmadığı gibi konuları ele alır[47]. Incoterms 2000'de Rehber Açıklama yoktu ancak Rehber Açıklama'da yer alan bazı önemli noktalar Giriş bölümünde belirtilmişti[48].

Rehber Açıklamalar Incoterms® kurallarının parçası değildir; kullanıcıya en uygun Incoterms® kuralının seçimi ile tam ve etkin kullanımı için yol göstermeyi amaçlar. Bu nedenle kullanıcıların Rehber Açıklamaları dikkatle okumaları ve seçtikleri terimin somut olaya uygun olup olmadığını her defasında kontrol etmeleri önerilir.

c. Giriş

Incoterms® 2010'un Girişinde de bazı yenilikler yapıldı. Zira Incoterms 2000'nin Girişi terimlerin dış ticarette kullanılmaları esas alınarak hazırlanmıştı. Oysa, Incoterms® 2010 terimlerin dış ticarete özgü olarak kullanımında vazgeçerek, bunları "*iç ve dış ticarete ilişkin ticari terimler*" olarak adlandırdı. Bu nedenle Girişin de bu yapıya uygun olarak yeniden ele alınması gerekti.

---

46 Yüklemede satışlar ve boşaltmada satışlar ayrımı ve her bir satış türünün özellikleri için bkz. **Erdem**, Sif Satışlar, s. 53 – 55; **Jolivet**, s. 202 vd.

47 Bkz. Incoterms® 2010, s. 40 – 41. § 4.

48 Bkz. **Reynolds**, s. 6.

Ayrıca, Incoterms 2000'deki Giriş'in çok uzun olması, okunurken bazı önemli noktaların gözden kaçırılmasına neden oluyordu. Bu nedenle, Giriş kısaltıldı ve böylece okuma kolaylığı sağlandı[49].

Giriş bölümü, Incoterms® 2010 kurallarının kullanımı ve yorumu hakkında genel bilgi vermek amacıyla hazırlandı. Kuralların bir parçası değildir[50].

Giriş'in hemen başlangıcına "Incoterms® 2010 Kuralları Nasıl Kullanılır?" başlığı altına Incoterms® 2010'nun doğru kullanımı için öneriler getirilir. İlk olarak Incoterms® 2010 kurallarına satım sözleşmesinde atıfta bulunulması gerektiğinin altı çizilir. Sonra uygun Incoterms kuralı seçmenin önemi vurgulanır. Yer veya limanın mümkün olan en açık şekilde belirlenmesinin önemi üzerinde durulur. Bu başlık altında son olarak Incoterms® 2010 kurallarının eksiksiz bir satım sözleşmesi sunmadığı hatırlatılarak, Incoterms kurallarının düzenlemediği konuların satım sözleşmesinde ele alınması gerektiği hatırlatılır.

Giriş'de daha sonra "Incoterms® 2010'un temel özellikleri" başlığı altında, Incoterms® 2010 ile ilgili genel açıklamalarda bulunulur ve getirilen yeniliklerle önemli görülen konular açıklanır.

Giriş "Incoterms Kurallarının Değişkenleri ("Varyantları")" başlığı altında, değişkeleri ele alır ve bu değişkelerin kurallarda düzenlenmediğini belirtir.

Giriş bölümü "Incoterms® 2010 kurallarında kullanılan terimlerin açıklaması" ile sona erer.

d. Tanımlar

Incoterms® 2010'da terimlerin kendi kendilerini açıklaması hedeflenir. Ancak kullanıcılara yardımcı olmak üzere Kurallar'da sıklıkla kullanılan kavramların açıklanmasına ilişkin tanımlar eklendi. Zira bu kavramlar zaman zaman farklı hukuk sistemlerinde farklı anlamlar içerir. Incoterms® 2010'da açıklanan kavramlar Incoterms 2000'de açıklananlardan farklılık gösterir[51]. Bu kapsamda Incoterms® 2010'da taşıyıcı, gümrük işlemleri, tes-

---

49 Bkz. **Reynolds**, s. 5.

50 Bkz. Incoterms® 2010, Giriş, s. 16.

51 Incoterms 2000'de "yükleten ('shipper')", "teslim ('delivery')", "mutad ('usual')", "harçlar ('charges')", "limanlar, yerler, noktalar ve mahaller ('ports, places, points and premises')", "gemi ve tekne ('ship and vessel')", "kontrol ve muayene ('checking and inspection')" terimleri ele alındı. Ayrıca bkz. **Erdem**, Makaleler - Incoterms 2000, s. 226.

lim, teslim belgeleri, elektronik kayıt veya işlem, ambalaj kavramları açıklanır.

e. Varyantlar

Uygulamada tarafların bir Incoterms®'e sözcükler ekleyerek, herhangi bir terim için varyant (değişke) yarattıkları gözlemlenir. Incoterms® bu şekilde yapılacak değişiklikleri yasaklamaz. Ancak bu değişikliklerle ilgili özel bir düzenleme de getirmez. Sadece kullanıcıları, getirdikleri değişiklerin sonuçlarını satım sözleşmesinde düzenlemeleri hakkında uyarır[52]. Zira Incoterms kullanıcılara güvenli bir kurallar demeti sunar. Taraflar bu kurallardan ayrıldıkları, bu kuralları kendi arzularına göre şekillendirdikleri her durumda Incoterms'in sağladığı güvenli limandan da ayrılmış olur. Bu nedenle, sözleşme serbestliği ilkesi çerçevesinde, öngördükleri değişikliklerin de sonuçlarını düzenlemeleri önerilir. Örneğin taraflar masrafların paylaşımını sözleşmeyle değiştiriyorlarsa, hasarın geçişini de değiştirmek isteyip istemediklerini açıkça düzenlemeleri doğru olur[53].

D. SONUÇ

Incoterms® 2010 kurallarındaki yeni düzenlemeler ticaret hayatındaki güncel gelişmeleri ve yenilikleri yansıtır. Incoterms® 2010 kuralların sunumunda bir değişikliğe gitmese de, artık güncelliğini kaybeden ve az kullanılan DAF, DES, DEQ ve DDU kurallarını iptal edip yerlerine DAT ve DAP kurallarını getirmekle önemli bir reform yaptı. Ayrıca kurallarda Incoterms® 2010'un sadece milletlerarası satımlarda değil ve fakat iç satımlarda da kullanılacağı açıkça belirterek Incoterms'lerin kullanım alanı çok genişletildi.

---

52 Bkz. Incoterms® 2010, s. 16.

53 Bkz. Ramberg, Incoterms® 2010, s. 41.

Kaynakça

Branch, Alan E., International purchasing and management, Singapur 2001.

Bredow, Jens/ Seiffert, Bodo, Incoterms 1990, Hagenbach 1990.

Burnett, Robin / Bath, Vivienne, Law of international business in Australasia, Sidney 2009.

Carr, Indira / Stone, Peter, International Trade Law, New York 2010.

David, Pierre H. / Stewart, Richard D., International Logistics: The Management of International Trade Operations, Mason, Ohio 2010.

Drettmann, Anne-Katherin: *"Would English law on trade usages benefit from adopting a more familiar approach such as seen in other jurisdictions as well as in international conventions?"*, Ağustos 2009, s. 163 – 179, http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/drettmann.html#41 (erişim: 10.10.2011).

Eismann, Fréderic / Derains, Yves, La Pratique des Incoterms, usages de la vente internationale, Paris 1998.

Erdem, H. Ercüment, Sif Satışlar, İstanbul 1998 (Anılış: **Erdem**, Sif Satışlar).

Erdem, H. Ercüment: *"The role of trade usages in ICC Arbitration"*, in Liber Amicorum en l'honneur de Serge Lazareff, Paris 2011, s. 247 – 265 (Anılış: **Erdem**, Trade Usages).

Erdem, H. Ercüment: "Incoterms 2000", Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler, İstanbul 2008, s. 219 – 254 (Anılış: **Erdem**, Makaleler).

Erdem, H. Ercüment: "Denizaşırı Satış Olarak FOB Satış", Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler, İstanbul 2008, s. 139-195.

Fazio, Silvia, The harmonization of international commercial law, Alphen aan den Rijn 2007.

Glowik, Mario / Smyczek, Slowomir, International Marketing Management: Strategies, Concepts and Cases in Europe, Münih 2011.

Hinkelman, Edward G., Dictionary of International Trade, Novato, Kaliforniya2005.

Incoterms 2000, ICC Publication No.560, Eylül 1999.

Incoterms® 2010, ICC Rules for the use of domestic and international trade terms, ICC Publication no. 715, Paris 2010.

International Rules for the Interpretation of Trade Terms, Chambre de Commerce Internationale, Brochure no. 166, Paris 1953.

International Rules for the Interpretation of Trade Terms, Chambre de Commerce Internationale, 4. Bası, Paris 1936.

Jacquet, Jean-Michel / Delebecque, Philippe, Droit du commerce international, Paris 2000.

Jolivet, Emmanuel, Les Incoterms – Étude d'une norme du commerce international, Paris 2003.

Klotz, James, M., International sales agreements: an annotated drafting and negotiating guide, Alphen aan den Rijn 2008.

Luk, Kwai Wing, International Trade Finance – A Practical Guide, Kowloon, Hong Kong 2011.

Malfliet, Jonas: *"Incoterms 2010 and the mode of transport: how to choose the right term?"*, 2011, http://biblio.ugent.be/input/download?func=downloadFile&fileOId=1212631 (erişim: 10.10.2011).

Ramberg, Jan, Guide to Incoterms® 1990 (Anılış: **Ramberg**, Incoterms® 1990),

Ramberg, Jan, ICC Guide to Incoterms® 2010 (Anılış: **Ramberg**, Incoterms® 2010), Paris 2011.

Reynolds, Frank, Incoterms® for Americans® (Completely Rewritten For Incoterms® 2010), Toledo 2010.

Xueref, Carol: "*Les Incoterms 1990*", in: Les contrats de vente internationale de marchandises (ed: Dessemontet), CEDIDAC, Lozan 1991, s. 131 - 156.

Yiannopoulos, Athanassios N. (Editör), Ocean bill of lading: traditional forms, subsitutes and EDI systems, XIVème Congrès International de Droit Privé, Lahey 1995.

Ziegler, Jacob S. / Lerner, Shelom, "New developments in international commercial and consumer law", Conference, Oxford 1998.

Bkz. **Ramberg**, Incoterms® 2010, s. 41.

Arama İşlemi Bakımından Şirket Avukatının Şirket İçindeki Çalışma Yeri Avukatın Bürosu Sayılabilir Mi?

- Karar Çevirisi ve Değerlendirme -

*Serap KESKİN-KİZİROĞLU**

I- GİRİŞ: Avrupa Toplulukları Mahkemesi'nin ya da diğer deyişle Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın (ATAD) Büyük Dairesi'nin 14 Eylül 2010 tarihli ve C-550/07 P sayılı kararı, herhangi bir şirkette, şirket avukatı olarak çalışan avukatların bu işyerindeki çalışma odalarının, arama işlemi bakımından avukat bürosu niteliği dolayısıyla tanınan özel koşullara tabi olup olamayacağı ile ilgilidir.

Avrupa Toplulukları Mahkemesi'ndeki uyuşmazlıkta, şirket avukatının şirketteki çalışma yerinin, Rekabet Hukuku çerçevesinde yapılacak aramada, şirket içinde aramanın yapılacağı diğer yerler veya odalarla bir tutulup tutulamayacağı tartışma konusu olmuştur. Dolayısıyla, şirketin herhangi bir çalışanının odası gibi kabul edilip, arama işlemine tabi tutulan şirket avukatının şirketteki çalışma odasında ya da biriminde yapılan aramanın hukuka uygun olup olmadığı, çözümü gerektiren bir hukuksal sorun olarak ortaya çıkmıştır.

Bu konu, Yüksek Mahkeme Tüzüğü'nün 56.maddesine göre, 30 Kasım 2007 tarihinde açılan bir kanun yolu davasıyla Büyük Daire'nin önüne gelmiştir.

II- KARARIN ÇEVİRİSİ: Büyük Daire'nin Kararı'nın Almanca'dan yapılan çevirisi şöyledir:

"Hüküm"

1 Uyuşmazlığın taraflarından olan Akzo Nobel Chemicals Ltd Şirketi (Akzo) ile Akcros Chemicals Ltd Şirketi (Akcros), kanunyoluna başvurarak,

---

* Prof. Dr., Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Avrupa Toplulukları İlk Derece Mahkemesi'nin, 17 Eylül 2007 tarihli, Akzo Nobel Chemicals ve Akcros Chemicals/Komisyon, T-125/03 ve T-253/03 sayılı hükmünün (kısaca temyiz edilen hüküm denecektir) bozulmasını talep etmişlerdir. Gerekçeleri, Akzo şirketinin avukatı/hukuk danışmanı ile olan yazışmaların gizliliğinin korunması isteminin Mahkeme'ce reddedilmiş olmasıdır.

I- Birlik Hukuku:

2 Konsey'in, 06 Şubat 1962 tarih ve 17 sayılı Tüzüğü'nün 14. maddesi ve Sözleşme'nin 81. ve 82. maddelerine yönelik ilk Yürürlük Tüzüğü (ABL.[1] 1962, Nr.13, s.204) şöyledir:

"1. Komisyon, Birlik Çalışma Usulü Sözleşmesi'nin (AEUV)[2] 105.maddesindeki ve aynı Sözleşme'nin 103.maddesinin öngördüğü kuralların kendisine verdiği görevlerin yerine getirilmesi amacıyla işletmelerde ve işletme birliklerinde her türlü gerekli denetimi gerçekleştirebilir. Bu amacı yerine getirmek üzere, Komisyonun kendilerine görev verilmiş memurları şu yetkilere sahiptirler:

a) Defterleri ve diğer ticari belgeleri incelemek,

b) Defterlerin ve ticari belgelerin suretlerini ya da örneklerini almak,

c) Araştırma yapılan yerde sözlü ifade talep etmek,

d) İşletme sahibine ait her yere, taşınmazlara ve taşıma araçlarına girmek.

2. Komisyon'un denetleme yapmakla görevlendirilmiş memurları, yetkilerini, yazılı bir denetlemeyle görevlendirme belgesini ibraz etmek kaydıyla kullanabilirler…

3. İşletmeler ve işletme birlikleri, Komisyon'un emredici nitelikteki denetleme kararına katlanmakla yükümlüdürler. Komisyon kararı, denetimin konusunu ve amacını tanımlar, denetimin başlangıç zamanını belirler ve zorlayıcı önlemler ile Komisyon kararına karşı mahkeme önünde dava açma hakkına dikkat çeker.

…"

---

1 Avrupa Birliği Resmi Gazetesi (çevirenin notu).

2 Avrupa Birliği'nin Çalışma Usulü Hakkında Sözleşme (**Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union=** AEUV ya da AEU-Sözleşmesi) (çevirenin notu).

II- Maddi Olay:

3 Temyiz edilen hükümde, Mahkeme, esaslı maddi olayı şöyle özetlemiştir:

1. 10 Şubat 2003 tarihinde Komisyon, C (2003) 559/4 sayılı kararıyla, Komisyon'un 30 Ocak 2003 tarihli, C (2003) 85/4 sayılı kararında değişiklik yaptığını açıklamıştır. Bu kararla Komisyon, özellikle Akzo ve Akcros işletmeleri ile onların yan kuruluşlarına, 17 numaralı Tüzüğün 14.maddesinin 3.paragrafına göre, Komisyon'un emredici denetleme kararlarına katlanma yükümlülüğü yüklemiştir. Söz konusu denetlemelerin amacı da rekabete aykırı uygulamalarla ilgili delillerin gösterilmesi olarak belirlenmiştir.

2. 12 ve 13 Şubat 2003 tarihlerinde Komisyon'un memurları, Britanya Rekabet Kurumu OFT'nin (Office of Fair Trading) temsilcilerinin desteğiyle, Komisyon'un denetleme kararı gereğince bir denetimi, davacıların Eccles, Manchester'da (Birleşik Krallık) bulunan işletmelerinde yürütmüşlerdir. Komisyon memurları bu denetimde, yazılı belgelerden çok miktarda kopyalar çıkartmışlardır.

3. Bu önlemler alınırken davacıların temsilcisi, belirli belgelerin, müvekkil ile avukat arasındaki iletişimin gizliliği koruması altında bulunması gerektiğine, Komisyon memurlarının dikkatini çekmiştir (legal professional privilege, LPP; Avukatlık Sırrı).

4. Bunun üzerine Komisyon memurları da davacıların temsilcisine, söz konusu belgelerin gizlilik koruması altındaki belgelerden olup olamayacağı konusunda kendi özgün düşüncelerini oluşturabilmek amacıyla ilgili belgeler üzerinde yüzeysel bir arama işlemi yapmak zorunda olduklarına dikkati çekmişlerdir. Uzun tartışmalardan ve Komisyon memurları ile Britanya Rekabet Kurumu OFT'nin memurlarının, soruşturma önlemlerinin engellenmesinin sonuçlarına davacıların temsilcisinin dikkatini çekmelerinden sonra, ilgili belgeleri, denetimden sorumlu olan kişinin, davacıların temsilcilerinden birinin yanında inceleyebileceğine karar verilmiştir.

5. İlgili belgelerin incelenmesinde, sonradan Komisyon tarafından çift yönlü ele alınmış beş yazılı belge üzerinde tartışma çıkmıştır.

…

8. Üçüncü sırada yer alan tartışmalı belgeler, Akcros'un Genel Müdürü'nün el yazısıyla yazdığı notlardan oluşan bir dizidir. Davacıların tanımlamasına göre bu notlar, çalışanlarla yapılan konuşmalarda hazırlanmış ve A Serisinin makine yazısı notlarının kaleme alınmasında kullanılmıştır. Nihayet tartışmalı son her iki belge ise Akcros'un Genel Müdürü… ve Akzo'nun koordinatörü… ile Hollanda avukatlarından biri olan, karar açısın-

dan önemli olan zaman diliminde Akzo'nun Hukuk Bölümüne dahil, diğer deyişle bu işletmede sabit bir ücretli memur ilişkisi bulunan Bay (S) arasındaki Rekabet Hukuku üzerine iki e-mektuptur.

9. Adı geçen bu son üç belge üzerindeki aramadan sonra denetim sorumlusu, davacıların açıklamalarından sonra bu belgelerin avukat ve müvekkili arasındaki iletişimin gizliliği koruması altında olmadığı kararına ulaşmıştır. Devamında bu belgelerden birer kopya çıkartmış ve bunları mühürlü bir zarf içinde ayrı tutmaksızın dosyaya yerleştirmiştir. Davacılar bu üç belgeyi "B Serisi" içinde dosyalamışlardır.

10. 17 Şubat 2003 tarihinde davacılar, kendi görüşlerince B Serisindeki yazılı belgelerin gizlilik koruması altında olduğu gerekçesini içeren bir mektupla durumu Komisyon'a bildirmişlerdir.

11. 01 Nisan 2003 tarihli bir yazıyla Komisyon, davacılara, 17 Şubat 2003 tarihli mektuplarında ileri sürdükleri dayanaklarının, söz konusu yazılı belgelerin gerçekten gizlilik kapsamında oldukları konusunda kendilerini ikna edemediğini bildirmiştir. Bununla beraber Komisyon, davacıların, ulaşılan bu ilk kararlar hakkında iki haftalık bir süre içinde görüş bildirme olanağına sahip olduklarına, bu sürenin bitiminde Komisyon'un kesin bir karara varacağına dikkatlerini çekmiştir.

…

14. 08 Mayıs 2003 tarihinde Komisyon, C (2003) 1533 sayılı Kararıyla sonuca ulaşmıştır. Bu kararda Komisyon, tartışmalı belgeler için avukat ve müvekkili arasındaki iletişimin gizliliği koruması başvurusunu, 17 Nr.'lı Tüzüğün 14.maddesinin 3.paragrafına göre reddetmiştir (Bundan sonra 08 Mayıs 2003 tarihli Ret Kararı olarak anılacaktır). Bu kararın 1.maddesinde Komisyon, davacıların, B Serisi belgelerin kendilerine geri verilmesine ve bu belgelerin Komisyon nezdinde bulunan kopyalarının tümünün yok edilmesinin onaylanmasına ilişkin başvurusunu geri çevirmiştir…

…

18. 08 Eylül 2003 tarihinde Komisyon, Mahkeme Başkanı'nın talimatı üzerine kendisine, B Serisindeki yazılı belgelerden bir kopyayı gizlilik içinde sunmuştur."

III- Mahkeme Önündeki Yargılama ve Temyiz Edilen Hüküm

4 Davacıların 11 Nisan ve 04 Temmuz 2003 tarihinde Mahkeme'de açtıkları her iki davanın konusu, ilk olarak, Komisyon'un 10 Şubat 2003 tarih ve C (2003) 559/4 sayılı kararının ve gerektiği takdirde Komisyon'un,

Akzo ve Akcros ile yan kuruluşlarına 17 Nr'lı Tüzüğün 14.maddesinin 3. paragrafında yer alan denetlemelere katlanma yükümlülüğü getiren 30 Ocak 2003 tarihli ve C (2003) 85/4 sayılı kararının bozulması istemi ve Komisyon'a, söz konusu denetim çerçevesinde elkonulan belirli yazılı belgelerin kendilerine geri verilmesi ve bunların içeriklerinin kullanılmasını yasaklayan bir talimat verilmesi istemidir. İkinci olarak davanın konusu, 08 Mayıs 2003 tarihli Ret Kararının bozulması istemidir.

5 Temyiz edilen hükümle Mahkeme, denetleme kararının bozulması istemini yerinde bulmayarak ve 08 Mayıs 2003 tarihli Ret Kararının bozulması istemini de gerekçesiz görerek ret kararı vermiştir.

IV- Yargılamanın Taraflarının Dilekçeleri

6 Akzo ve Akcros,

-- Akzo'nun kendi çalışanı olan hukuk danışmanıyla olan iletişiminin avukatlık sırrı koruması altında görülmesi istemini reddeden Mahkeme hükmünün bozulmasını,

-- B Serisi Belgeler arasındaki, Akzo'nun kendi çalışanı olan hukuk danışmanı ile haberleştiği e-mektupların geri verilmesini reddeden 08 Mayıs 2003 tarihli Ret Kararının bozulmasını ve

-- Kanunyolu masraflarının ve Mahkeme önündeki davada ortaya çıkan masraflardan, kanunyolu davasında ileri sürülen temyiz nedeni ile ilgili olanlarının Komisyon'a yükletilmesi isteminde bulunmuşlardır.

7 İlk derece yargılamada davanın katılanı (Streithelfer) olan Avrupa Barolar Konseyi (Le Conseil des barreaux européens), temyiz dilekçesinde Yüksek Mahkeme'den,

--- Akzo Şirketi ile avukatı Bay (S) arasındaki iletişimin, gizlilik korumasından yararlandırılmasını reddeden Mahkeme kararını bozmasını ve 08 Mayıs 2003 tarihli Ret Kararını yok saymasını ya da ikincil olarak, dava açısından sorunun karar verebilme olgunluğunda bulunmadığı yorumunu yaparak, davayı Mahkeme'ye geri göndermesini ve

--- kanunyolu yargılamasındaki masraflar ile Mahkeme önündeki yargılamada ortaya çıkan masraflardan kanunyolunda ortaya atılan sorunlarla ilgili olanlarının Komisyon'a yükletilmesini istemiştir.

8 İlk derecedeki yargılamada davanın katılanı (Streithelfer) olan **Hollanda Avukatlar Birliği,**

-- Akcros'un Genel Müdürü ile Akzo'nun çalışanı olan Avukat arasındaki karşılıklı iki e-mektubun, bu işyeri çalışanı avukat ile Akzo arasındaki iş

ilişkisi nedeniyle, Ortaklık Hukukunun temel ilkesi olarak avukat ile müvekkili arasındaki sırların korunması ilkesiyle korunmadığına dair Akzo tarafından gündeme getirilen dava nedenini reddeden kararının bozulmasını,

--- Komisyon'a muhakeme masraflarının yükletilmesini, talep etmiştir.

9. 10.11. paragraflarda Avrupa Şirket Avukatları Birliği (Die European Company Lawyers Association), Amerika Şirket Avukatları Birliği Avrupa Bölümü (Die American Corporate Counsel Association, ACCA, European Chapter), Uluslararası Barolar Birliği (Die International Bar Association) benzer istemlerde bulunmuşlardır.[3]

12 Büyük Britanya Birleşik Krallığı, Kuzey İrlanda ve İrlanda ve Hollanda Krallığı, Akzo ve Akcros'un taleplerine katılmışlardır.

13 Komisyon,

--- Kanunyolunun reddedilmesini ve

--- masrafların kanunyolu davacılarına yüklenmesini talep etmiştir.

V- Kanunyoluna Dair

A- Kanunyolunun Konusu

14 Kanunyolu, özellikle B Serisi belgelerin bir kısmıyla ilgili olup bunlar, Akcros'un Genel Müdürü ile Bay S arasındaki karşılıklı her iki e-mektuptur. Bay S, kanunyolu davacılarının işletmelerinde Birleşik Krallıkta yürütülmüş denetlemelerin yapıldığı zamanda, Hollanda'da avukatlık ruhsatı bulunan bir avukat olarak, Britanya Hukuku'nun bir şirketi olan Akzo'nun Hukuk Bölümünde çalışmaktaydı. Komisyon, bu e-mektupların kopyalarını dava dosyasına koymuştur.

15 Komisyon, 2003 yılında Akzo ve Akcros'un işyerlerinde yürütülen denetlemeler nedeniyle yapılan yargılamada 11 Kasım 2009 tarihinde verdiği kararda hükmettiği para cezasını, tartışmalı her iki e-mektupa dayandırmadığını bildirmiştir. Yine Komisyon'un savına göre, bu e-mektuplar bakımından ulusal rekabet makamlarıyla hiçbir bilgi alışverişinin bulunmadığı da tartışmasızdır.

---

3 Bu paragrafların özet çevirisidir. (çevirenin notudur.)

B- Kanunyolu Davacılarının Korunan Hukuksal Yararlarına Dair

1. Yargılamanın Taraflarının İleri Sürdükleri

16 Komisyon ilkönce Akzo ve Akcros'un hukuken korunan yararları konusunu ortaya koymuştur. Her iki e-mektup, 18 Mayıs 1982 tarihli AM & S Avrupa/Komisyon (155/79, 1982, 1575) sayılı kararda 21. ve 22. paragraflarda belirtilen, avukat ile müvekkili arasındaki iletişimin gizliliği için ilk koşulu oluşturan, savunma hakkının yerine getirilmesi çerçevesinde bir hukuksal bilgi isteminde ve paylaşımında bulunulması koşulunu sağlamamaktadır. İlk e-mektubun, üçüncü bir kişiye gönderilecek bir yazının taslağı hakkında görüş ricası içerdiği; ikinci e-mektubun ise basit biçim değişikliklerine ilişkin olduğu ileri sürülmektedir.

17 Dolayısıyla her iki belge, her durumda, avukat ile müvekkili arasındaki hukuksal haberleşme olarak kabul edilemez.

18 Ayrıca, kanunyolu davacıları, tartışmalı belgelerin, 18 Mayıs 1982 tarihli AM & S Avrupa/Komisyon (155/79, 1982, 1575) sayılı kararda 21. ve 22. paragraflarda belirtilen, avukat ile müvekkili arasındaki iletişimin gizliliği için ilk koşul olan, savunma hakkının yerine getirilmesi çerçevesinde bir hukuksal bilgi isteminde ve paylaşımında bulunulması koşulunu içerdiğini iddia etmemişlerdir.

19 Sonuç olarak, Komisyon'a göre, Akzo ve Akcros'un hukuken korunan yararları en geç, Komisyon'un, aleyhlerine para cezasına hükmettiği 11 Kasım 2009 tarihli karar gününde tükenmiştir.

20 Akzo ve Akcros, Mahkeme'nin her iki e-mektubun içeriğini hiçbir zaman araştırma konusu yapmadığı savına karşı gelmektedirler. Bu hususun, söz konusu belgelerin gizliliği ilkesinin, dışarıdaki bir avukatla iletişimi oluşturmadığından uygulama alanı bulamayacağına hükmeden 08 Mayıs 2003 tarihli Ret Kararı'yla ispat edildiği savındadırlar. Bundan başka, bu kararla gizlilik korumasının, söz konusu belgelerin içeriği dolayısıyla değil, münhasıran ilgili avukatın statüsü temelinde istisna tutulduğu ileri sürülmüştür.

21 Sonuç olarak, gizlilik ilkesine göre korumanın sağlanabilmesi için gerekli olan, her iki e-mektubun ilk koşulu yerine getirip getirmediği sorununun maddi bir sorun oluşturup, bunun hakkında henüz bir karar verilmemiş olduğunu ileri sürmektedirler. Bu sorunun, hukuksal sorunla sınırlı olduğundan, yürütülmekte olan yargılamada karara bağlanamayacağı ileri sürülmektedir.

2. Yüksek Mahkeme'nin Değerlendirmesi

22 Mahkeme kararının ilanına kadar hukuksal yararın değişemezliğinin bir geçerlilik koşulu olduğuna ilişkin Komisyon tarafından ileri sürülen itiraz gözönünde tutulmak zorundadır. (Bkz. Flaherty v.d./Komisyon, C-373/06 P, C-379/06 P ve C-382/06 P, Slg. 2008, I-2649, prg.25, 17 Nisan 2008 tarihli Karar ve orada değinilen içtihat)

23 Yüksek Mahkeme devamla, kanunyolunun, kanunyoluna başvuran tarafa sonuçta bir yarar sağlayacak olması durumunda hukuksal yararın varolacağını ifade etmektedir. (Bkz. Parlament/Samper, C-277/01 P, Slg. 2003, I-3019, prg.28, 03 Nisan 2003 tarihli ve Wunenburger/Komisyon, C-362/05 P, Slg. 2007, I-4333, prg.42, 07 Haziran 2007 tarihli Hükümler ve Saint-Gobain Glass Almanya/Komisyon, C-503/07 P, Slg. 2008, I-2217, prg. 48, 08 Nisan 2008 tarihli Karar ve orada değinilen İçtihat).

24 Yürütülmekte olan kanunyolu yargılamasında Komisyon'un öne sürdüğü, Akcros'un Genel Müdürü ile Bay S arasındaki karşılıklı her iki e-mektup için, avukat ile müvekkili arasındaki iletişimin gizliliğinin açıkça istenemeyeceği görüşü, kanunyolu davacılarının hukuksal yararlarını zedelemeye elverişli değildir. Avukat ile müvekkili arasındaki gizlilik korumasının tartışmalı her iki e-mektup için istenemeyeceğine ilişkin Mahkeme'nin haklı olarak karar verdiğini ispat ettiği ileri sürülen bu argüman, aslında kanunyolunun geçerliliğiyle değil, gerekçesiyle ilgilidir.

25 11 Kasım 2009 tarihli Kararın ilanının, kanunyolu davacılarının yürütülmekte olan yargılamayı sürdürmekteki yararlarını düşürdüğüne (tükettiğine) dair Komisyon'ca ileri sürülen düşünceye ilişkin olarak, temyiz edilen hükmün konusu olan 08 Mayıs 2003 tarihli Ret Kararıyla Komisyon'un, kanunyolu davacılarının, Akcros'un Genel Müdürü ve Bay S arasındaki her iki e-mektubun kendilerine geri verilmesine ve Komisyon'un, bu belgelerin Komisyon'da bulunan tüm kopyalarının yok edilmesini onaylamasına yönelik başvurusuna onay vermekten kaçınmış olduğunu saptamak gerekir. Denetlemelerde, avukat ile müvekkili arasındaki iletişimin gizliliğinin ihlali, ilk olarak Komisyon'un esasa ilişkin bir kararında koruma altındaki bir belgeye dayanması durumunda ortaya çıkmayıp, daha öncesindeki bir zaman diliminde Komisyon'un bir görevlisinin böyle bir belgeye elkoyması durumunda ortaya çıkar. Buna göre, kanunyolu davacılarının hukuksal yararının varlığı en azından, Komisyon'un 08 Mayıs 2003 tarihli Ret Kararı'ndan anlaşılan belgeleri ya da bunlardan birer kopyayı elinde bulundurduğu sürece tanınmak zorundadır.

26 Bu durumda, yürütülmekte olan yargılama çerçevesinde Akzo ve Akcros'un korunan bir hukuksal yararının varlığı tanınmıştır.

C- Gerekçeye Dair

27 Akzo ve Akcros, kanunyolu davalarını üç kanunyolu nedenine dayandırmaktadır. Bunlardan birincisi asıl kanunyolu nedeni, ikincisi ve üçüncüsü ise yardımcı kanunyolu nedeni olarak öne sürülmüştür.

28 Tüm kanunyolu nedenleri, temyiz edilen hükmün 165-185 nolu paragraflarına karşı yöneltilmiştir. Kanunyolu davacıları, esas itibariyle, Mahkeme'nin, Bay S ile yapılan her iki e-mektuplaşmayı avukat ve müvekkili arasındaki iletişimin gizliliği koruması altında saymayı haksız olarak reddettiğini ileri sürmektedir.

29 İlk derecede davanın katılanı olan Avrupa Şirket Avukatları Birliği (European Company Lawyers Association) ve Yüksek Mahkeme önünde davanın katılanı olan İrlanda'nın öne sürmüş olduğu, Mahkeme'nin, temyiz edilen hükümle mülkiyet hakkı ve meslek özgürlüğünü (berufsfreiheit) zedelemiş olduğu savına ilişkin olarak, bu nedenlerin, ilk derecede, ne Akzo ne de Akcros tarafından öne sürülmüş olduğunu saptamak gerekmektedir. Dolayısıyla, bu gerekçeler geçersiz kabul edilerek reddedilmek zorundadır.

1. Birinci Kanunyolu Nedenine Dair

30 Akzo ve Akcros birinci kanunyolu nedeninin gerekçesine ilişkin olarak iki hususa dayanmaktadır. Birincisi, Mahkeme, AM & S Avrupa/Komisyon Hükmünde ifade edildiği üzere kendisiyle iletişimde bulunulan avukatın mesleki statüsü bakımından gizlilik ilkesine dair bu ikinci koşulu yanlış yorumlamıştır ve ikincisi bu yorumla eşitlik ilkesini zedelemiştir.

31 Komisyon, temyiz nedenini gerekçesiz görmektedir.

a) Birinci Argümana Dair

i) Yargılamanın Taraflarının İleri Sürdükleri

32 Akzo ve Akcros, Mahkeme'nin, avukatın statüsü ile ilgili gizlilik ilkesinin ikinci koşulu bakımından AM & S Avrupa/Komisyon hükmünün, haksız yere "sözel ve eksik" bir yorumunu, temyiz edilen hükmün 166. ve 167. paragraflarında yaptığını iddia etmektedir. Onlara göre, bu koşul amaca uygun yorumlanmalıydı ve sonuçta, tartışmalı yazışmaların adı geçen ilkenin koruması altında bulunduğu sonucuna ulaşılmalıydı.

33 Onlara göre, AM & S Avrupa/Komisyon Hükmünün 21. ve 24. paragraflarının birlikte değerlendirilmesi, Yüksek Mahkeme'nin, bir iş ilişkisinin varlığını avukatın bağımsız olmamasıyla karşılaştırmadığını göstermektedir.

34 Akzo ve Akcros ile davanın katılanlarından bazıları, avukat bağımsızlığının ölçütünün şirket avukatlarını dışlayacak şekilde yorumlanamayaca-

ğını vurgulamaktadırlar. Bunlara göre, avukatlık ruhsatı bulunan şirket mensubu bir hukukçu, yalnızca kendi meslek ve konumunun yükümlülükleri temelinde, tıpkı dışarıdaki bir avukat gibi bağımsızdır. Ayrıca, bir "advocaat in dienstbetrekking", yani, Hollanda Hukuku'na göre bir iş ilişkisi içinde bulunan bir avukatın yararlandığı bağımsızlık güvenceleri de özel önem taşımaktadır.

35 Bu davada ileri sürülen meslek ve konum kuralları, iş ilişkisini, bağımsız avukat kavramı ile birleşebilir kılmıştır. Bay S'yi, çalışanı olduğu şirkete bağlayan sözleşme, şirketin, avukatın görevlerini bağımsız olarak yerine getirmesine saygı duymasını ve bu görevler üzerinde etkisi olabilecek her hareketten kaçınmasını öngörmektedir. Bu sözleşme temelinde Bay S, kendisine Hollanda Barosu'nca verilen tüm mesleki görevleri yerine getirme hakkına da sahiptir.

36 Bundan öte, çalışan avukat, görülmekte olan hukuksal konuda söz konusu olan bir davranış tüzüğüne ve Hollanda Barosu'nun denetimine tabidir. Ayrıca, işletmeci ile onun hukuk danışmanı avukat arasındaki muhtemel görüş ayrılıklarının tarafsız biçimde giderileceğine yönelik, ek bir dizi güvenceler hukuk kurallarıyla belirlenmiştir.

37 Komisyon'un görüşüne göre Mahkeme gizlilik ilkesini doğru uygulamıştır. (Komisyon'a göre=çev. notu) AM & S Avrupa/Komisyon Kararı'nın 24-26. paragraflarından, bir avukatla iletişimin bu ilkeye göre korunabilmesi için zorunlu temel unsurun, avukatın, müvekkilin çalışanı olmamasında bulunduğu sonucu çıkarılmaktadır.

38 Eğer Yüksek Mahkeme, gizlilik ilkesinin, kendisine bilgi için başvuran kişinin yanında hizmetli olan avukatla iletişim bakımından da geçerli olmasını isteseydi, AM & S Avrupa/Komisyon Kararında ortaya koyduğu üzere, ikinci koşulun uygulanma alanını sınırlamazdı.

39 Yüksek Mahkeme, AM & S Avrupa/Komisyon Kararında, avukatları her iki kategoriden biri içinde sınıflandırmıştır. Şöyle ki; bir yandan bağımlı çalışan ve hizmetli avukatlar ve diğer yandan bir iş sözleşmesiyle bağlı olmayan avukatlar. Bunlardan yalnızca ikinci kategoride yer alan avukatlarca kaleme alınan belgelerin gizlilik ilkesiyle korunduğu kabul edilmelidir.

ii) Yüksek Mahkeme'nin Değerlendirmesi

40 AM & S Avrupa/Komisyon Kararında Yüksek Mahkeme, o zaman, üye devletlerin iç hukuklarında bulunan ortak ölçütleri ve karşılaştırmalı koşulları göz önünde tutarak, bu kararın 21 nolu paragrafında, avukat ile müvekkili arasındaki iletişimin gizliliğinin Avrupa Topluluk Alanı üzerinde korunmak zorunda olduğuna karar vermiştir. Bununla birlikte Yüksek Mahkeme

aynı paragrafta, bu korumanın sağlanmasının, iki koşulun aynı anda bulunmasına bağlı olduğunu ifade etmiştir.

41 Yüksek Mahkeme bu bakımdan, avukatla yazışmanın, bir yandan "müvekkilin savunma haklarının" kullanılmasıyla bağlantılı olması ve diğer yandan "bağımsız avukatlarca," yani müvekkile bir hizmet sözleşmesiyle bağlı olmayan avukatlarca yapılan bir yazışmanın söz konusu olması zorunluluğuna vurgu yapmıştır.

42 Bu ikinci koşula ilişkin olarak Yüksek Mahkeme, AM & S Avrupa/ Komisyon Kararının 24 nolu paragrafında, avukatın, yazışmalarına korunma değerini kazandıran bağımsız bir statüsünün bulunması zorunluluğuna ilişkin isteminin, adalet hizmetinin birlikte bir sağlayıcısı olarak, tam bağımsızlık içinde ve öncelikli yararı olarak müvekkile, bu bağımsızlığı gerektiren hukuksal desteği sağlamak durumunda olan avukatın işlevindeki özelliğe dayandığını ifade etmektedir. Diğer taraftan, kamu yararıyla belirlenen ve denetlenen mesleki görevler bu korumaya karşı durmaktadırlar. Yüksek Mahkeme'nin, adı geçen ilgili paragrafında ifade ettiği gibi, böyle bir düşünüş biçimi üye devletlerin ortak hukuk geleneklerine uygun düşmektedir. Bu düşünüş biçimi, Yüksek Mahkeme Tüzüğü'nün 19.maddesinden anlaşılacağı gibi, Birlik Hukuku'nda da yansımasını bulmuştur.

43 Bu düşünceler temelinde Yüksek Mahkeme, adı geçen kararın 27. paragrafında, koruma kapsamında sayılabilecek yazılı iletişimin "bağımsız, yani müvekkiline bir iş ilişkisiyle bağlı olmayan avukat"la yapılması zorunluluğuna karar vermiştir.

44 Buna göre bağımsızlık zorunluluğu, avukatla müvekkili arasında herhangi bir iş ilişkisinin bulunmaması koşulunu doğurmaktadır. Böylece, gizlilik ilkesi gereğince sağlanan koruma, bağlı avukatla işletme içi ya da grup şirket içi yazılı iletişime genişlemez.

45 Yüksek Mahkeme Savcısı'nın, sonsöz metninin 60 ve 61 no'lu paragraflarında ifade ettiği gibi, avukatın bağımsızlığı kavramı yalnızca olumlu, yani meslek hukuku kurallarına (standesrechtlich) bağlılığa dayanmak suretiyle değil, ayrıca olumsuz, yani bir hizmet, diğer deyişle bir iş ilişkisinin bulunmamasına dayanmak suretiyle de belirlidir. Bir bağlı avukat, avukatlık ruhsatına ve bununla beraber gelen meslek hukuku kurallarına bağlılığa rağmen, dışarıda bir avukatlık bürosunda faaliyet gösteren avukatın müvekkiline karşı bağımsızlığı seviyesine, kendi işvereninden bağımsızlığı hususunda ulaşamaz. Bu koşullar altında bağımlı avukat, kendi mesleki yükümlülükleri ve müvekkilinin amaçları arasındaki muhtemel gerilimin üstesinden, dışarıdaki bir avukata göre daha zor gelebilir.

46 Bay S'nin bağımsızlığını ispat etmek amacıyla kanunyolu davacılarının ileri sürdükleri mesleki kurallara gelince; Akzo ve Akcros tarafından

tanımlanan mesleki organizasyon kurallarının, Hollanda Hukuku'nda bağımlı avukatın durumunu işletme içinde kuvvetlendirebilmesine rağmen, bunların, dışarıdaki bir avukatın bağımsızlığıyla karşılaştırılabilecek bir bağımsızlığı sağlamaya elverişli olmadığı da saptanmak zorundadır.

47 Görülmekte olan davada geçerli olan, Hollanda Hukuku'nun özel düzenlemeleri temelindeki mesleki kurallara karşın bağımlı avukat, mesleğini icra ederken sahip olduğu güvenceler dolayısıyla dışarıdaki bir avukatla aynı kefeye konulamaz. Çünkü bağımlı avukat, kendi işvereninin takip ettiği işletme stratejilerini gözden uzak tutmasına doğal olarak izin vermeyen bir bağlı çalışan konumunda bulunmaktadır ve dolayısıyla mesleki bağımsızlık içinde hareket etme ehliyeti tartışmalıdır.

48 Buna ek olarak, bağlı avukatın, kendi iş sözleşmesi çerçevesinde, örneğin, görülmekte olan davada olduğu gibi, Rekabet Hukuku'nun koordinasyonu gibi işletmenin ticaret politikası üzerinde etkileri olabilecek başka görevleri yerine getirmekle de yükümlü kılınmış olabilmesi gelir. Bu tarz görevler ise, ancak, avukatın kendi işverenine olan sıkı bağlılığını kuvvetlendirebilir.

49 Bu nedenle bağlı avukat, işverenine olan hem kendi ekonomik bağımlılığı hem de sıkı bağlılığı temelinde, dışarıdaki bir avukatla karşılaştırılabilir bir mesleki bağımsızlıktan yararlanamaz.

50 Sonuç olarak Mahkeme, AM & S Avrupa/Komisyon Kararında tanımlanan gizlilik ilkesinin ikinci koşulunun uygulanmasında bir hukuksal hatada bulunmamıştır.

51 Buna uygun olarak, Akzo ve Akcros'un ilk temyiz nedeni çerçevesinde öne sürülen ilk arguman kabul edilemezdir.

b) İkinci Argümana Dair

i) Yargılamanın Taraflarının İleri Sürdükleri

52 Akzo ve Akcros, temyiz edilen hükmün 174 nolu paragrafında Mahkeme'nin, bağlı bir avukatla iletişimin, gizlilik ilkesine göre korunmasının kabul edilmemesinin eşitlik ilkesini zedelediğine ilişkin savı haksız yere reddettiğini ileri sürmektedir. Görülmekte olan davada geçerli olan mesleki ve konumsal yükümlülüklerle sağlanan bağımsızlık, bu ilkenin kapsamının araştırılmasındaki temel ölçüt olmalıdır. Bu ölçüte göre, bir baro ya da bir avukat birliğinden ruhsatlı bağlı avukatın konumu, dışarıdaki avukatların herhangi birinden farklılık göstermez.

53 Komisyon'un görüşüne göre Mahkeme, temyiz edilen hükmün adı geçen paragrafında, haklı olarak, bağlı avukatların ve dışarıdaki avukatla-

rın, birincilerinin, özellikle kişisel, işlevsel, yapısal ve hiyerarşik olarak yanında çalıştıkları işverene aidiyeti nedeniyle, açıkça, benzeştirilemeyecek farklı bir durumda bulunduğu sonucuna varmıştır.

ii) Yüksek Mahkeme'nin Değerlendirmesi

54 Eşitlik ilkesi, Birlik Hukuku'nun, Avrupa Birliği Temel Haklar Antlaşması'nın 20. ve 21. maddelerinde yer alan genel bir ilkesidir.

55 Devamlı içtihada göre bu ilke, benzer olguların farklı ve farklı olguların da aynı işleme tabi tutulmamasını gerektirir. Meğer ki böyle bir işlem nesnel olarak haklı olsun. (Bkz. IATA ve ELFAA, C-344/04, Slg.2006, I-403, prg.95, 10 Ocak 2006 tarihli; Advocaten voor de Wereld, C-303/05, Slg.2007, I-3633, prg.56, 3 Mayıs 2007 tarihli ve Arcelor Atlantique et Lorraine v.d. C-127/07, Slg. 2008, I-9895, prg.23, 16 Aralık 2008 tarihli kararlar)

56 Her iki kategori avukatların herbirinin mesleki statüsünün esaslı unsurlarına gelince, temyiz konusu hüküm 45-49. paragraflarında, hizmetli avukatın (angtestellter Anwalt) avukatlık ruhsatına ve bir seri meslek hukuku düzenlemelerine bağlılığına karşın, kendi işvereninden bağımsızlığı konusunda, dışarıdaki bir avukatık bürosunda faaliyet gösteren bir avukatın müvekkilinden bağımsızlığı derecesinde bir bağımsızlıktan yararlanamayacağını kabul etmektedir.

57 Yüksek Mahkeme Savcısı'nın, sonsöz metninin 83 no'lu paragrafında ifade ettiği gibi, bağımsızlık açısından bu fark, yalnızca ulusal yasakoyucunun- görülmekte olan davada Hollanda- dışarıdaki avukatlar ile bağlı avukatları eşit kılmaya çalışmış olması nedeniyle hesaba katılmamıştır. Çünkü böyle bir eşitlik, bir işletmede çalışan hukukçunun, avukat olarak ruhsat alabilmesinin biçimsel yönüyle ve kendisi için böyle bir ruhsatnameden kaynaklanan mesleki bağlılıklarla ilgilidir. Buna karşın, bu hukuksal çerçeve koşulları, bir iş ilişkisi içinde bulunan avukatın, kendi işletmesiyle ekonomik bağımlılığı ve kişisel özdeşleşmesi noktasında hiçbir şeyi değiştirmemektedir.

58 Bu düşüncelerden çıkan sonuç, bağlı avukatın dışarıdaki herhangi bir avukattan esaslı olarak farklı bir pozisyonda bulunduğudur. Öyle ki, ilgili durumlar bu hükmün 55.paragrafında ifade edilen içtihat anlamında karşılaştırılabilir değildir.

59 Bundan dolayı Mahkeme, haklı olarak eşitlik ilkesine karşı bir aykırılığın saptanamayacağı sonucuna ulaşmıştır.

60 Buna uygun olarak, ilk temyiz nedeni çerçevesinde öne sürülen ikinci arguman da kabul edilemezdir.

61 Böylelikle bu temyiz nedeni bütünüyle reddedilmiştir.

2. İkinci Temyiz Nedenine Dair

62 Yüksek Mahkeme'nin, Mahkeme'nin AM & S Avrupa/Komisyon Kararını doğru yorumladığı görüşünü temsil ettiği ve Yüksek Mahkeme'nin, 1982 yılında ilan edilen bu kararla, bir iş ilişkisiyle bağlı avukatlarla iletişimi, gizlilik ilkesine göre korumanın dışında bırakmak istediği konusu için, Akzo ve Akcros, yardımcı nitelikte ikinci bir temyiz nedenini ileri sürmektedirler. Gerekçelerine ilişkin olarak, her biri iki alt bölüm içeren iki argumana dayanmaktadırlar.

63 İlk argumanları çerçevesinde kanunyolu davacıları, bir dizi dava katılımcısı (Streithelfern) tarafından destekli, bir yandan ulusal hukuk sistemlerinin, diğer yandan Birlik Hukuku'nun gelişmesini dayanak almaktadırlar. İkinci argumanlarıyla Akzo ve Akcros bir yönden savunma haklarına diğer yönden hukuksal güvenlik ilkesine dayanmaktadırlar.

64 Komisyon'un görüşüne göre, öne sürülen argumanlardan hiçbiri temyiz nedenine dayanak oluşturamaz.

a) İlk Argümanın Birinci Bölümüne Dair (Ulusal Hukuk Sistemlerinin Gelişmesi)

i) Yargılamanın Taraflarının İleri Sürdükleri

65 Akzo ve Akcros, 1982 yılından beri hukuk alanındaki önemli gelişmeler dolayısıyla Mahkeme'nin, avukat ile müvekkil arasındaki iletişimin gizliliği ilkesi bakımından AM & S Avrupa/Komisyon Kararının yeni bir yorumunu yapması gerektiği savını gündeme getirmiştir.

66 Ulusal hukuk düzenlemelerinde işletme çalışanı hukukçularla iletişime gizlilik korumasının, haksız yere, oybirliğiyle ve açıkça tanınmadığı gerekçesiyle, Mahkeme'nin, gizlilik ilkesinin özel uygulama alanında bir genişlemeyi, temyiz edilen hükmün 170 ve 171. paragraflarında haksız olarak reddettiği savı vardır. Ulusal alandaki yeknesak bir eğilimin yokluğuna rağmen Birlik Hukuku, savunma haklarının korunması için, bazı ulusal hukuk düzenlemelerinde konulmuş olanlara göre, daha yüksek bir seviyeye sahip olduğu savlanan hukuksal ölçütler koyabilirdi.

67 Komisyon, kanunyolu davacılarının, ileri sürülen temyiz nedeniyle, Yüksek Mahkeme'den aslında AM & S Avrupa/Komisyon Kararından çıkan içtihadı değiştirmesini rica ettiklerinin farkına varmıştır.

68 Kanunyolu davacıları, Mahkeme'nin kararında ulaştığı, bağlı avukatla iletişimin gizlilik ilkesine göre korunması hususunda üye devletlerin

hukuk düzenlerinde çoğunluk eğiliminin bulunmadığı sonucunu tartışmaya açmamaktadırlar.

ii) Yüksek Mahkeme'nin Değerlendirmesi

69 Yüksek Mahkeme, AM & S Avrupa/Komisyon Kararındaki ifadelerinde, Rekabet Hukuku alanında denetim usulünde gizliliğin korunması ilkesi bakımından, Birlik Hukuku'nun bu alanında üye devletlerin hukuk düzenlerine ortak temel ilkeleri ve avukatlar ve onların müvekkilleri arasındaki, örn. belirli iletişimin gizliliğinin sağlanmasına ilişkin konseptin hesaba katılması zorunluluğunu ayırt etmiştir (Bkz. adı geçen Kararın 18.paragrafı). Bu amaçla Yüksek Mahkeme farklı hukuk düzenlerini birbiriyle karşılaştırmıştır.

70 AM & S Avrupa/Komisyon Kararının 19 ve 20. paragraflarında Yüksek Mahkeme, avukat ve müvekkil arasındaki yazılı iletişimin korunmasının prensipte tanındığını, ancak buna rağmen, bunun yürürlük alanı ve farklı ulusal hukuk kurallarındaki uygulaması için kabul edilen ölçütler açısından farklılık bulunduğunu saptamıştır. Bu karşılaştırma temelinde Yüksek Mahkeme, anılan Kararın 21.paragrafında tanımlanan her iki koşul yerine getirildiği takdirde, Birlik Hukuku'na göre avukat ve müvekkil arasındaki yazılı iletişimin gizliliğinin korunmak zorunda olduğunu, hiç şüphesiz tanımıştır.

71 Mahkeme, temyiz edilen hükmün 170. paragrafında kendi açısından, gerçi işletme çalışanı hukukçunun rolünün, bu role özel tanınmışlığını ve bu hukukçuyla iletişimin gizliliğinin korunmasının, 2004 yılında, AM & S Avrupa/Komisyon Kararının ilanı zamanına göre nispeten daha da genelleşmiş olduğunu, ancak yine de üye devletlerin hukuk düzenlerinde yeknesak ve net bir çoğunluk eğiliminin görülemediğini saptamıştır.

72 Bundan başka, temyiz edilen hükmün 171. paragrafından, Mahkeme'ce gerçekleştirilen karşılaştırmalı hukuk yapan bir incelemeye göre, üye devletlerin çoğunun, halen daha şirket çalışanı hukukçuları, avukat ve müvekkili arasındaki iletişimin gizliliği korumasının dışında tuttukları anlaşılmaktadır. Buna ek olarak, pek çok üye devlette, şirket çalışanı hukukçulara avukat olarak ruhsat verilmemekte ve böylelikle avukatlık statüsü alamamaktadırlar.

73 Bundan öte, üye devletlerin hukuk düzenlerinde bağlı avukatlar ve serbest çalışan avukatların eşitliğine yönelik genel bir eğilimin bulunmadığının saptanabileceğini Akzo ve Akcros bizatihi kabul etmişlerdir.

74 Bu nedenle Avrupa Birliğinin 27 üye devletinin hukuk düzenleri açısından, bağlı avukatlarla işletme ya da grup içi iletişimin gizliliğinin korunması lehine ağırlıklı bir eğilimin bulunmadığı saptanabilir.

75 Bu koşullar altında ve kanunyolu davacılarının ispat etmeye çalıştıklarının aksine, Hollanda'da bulunan hukuksal düzenleme, ne üye devletlerde artan oranda onay gören bir eğilimin göstergesi olarak görülebilir, ne de gizlilik ilkesinin kapsamını araştırmak için esaslı bir dayanak noktası olarak görülebilir.

76 Yüksek Mahkeme'nin yorumuna göre Birliğe üye devletlerde hukuksal durum, AM & S Avrupa/Komisyon Kararının ilanından bu yana yıllar içinde, içtihatta, bağlı avukatlara gizlilik koruması tanınması anlamında bir gelişmeyi haklı göstermeyi haklı kılabilecek bir ölçüde gelişmemiştir.

77 Bu nedenle ilk argumanın birinci bölümü reddedilmek zorundadır.

b) İlk Argümanın İkinci Bölümüne Dair (Birlik Hukuku'nun Gelişmesi)

i) Yargılamanın Taraflarının İleri Sürdükleri

78 Akzo ve Akcros, temyiz edilen hükmün 172 ve 173. paragraflarında Mahkeme'nin, özellikle Konsey'in, Sözleşme'nin 81 ve 82. maddelerinde kaleme alınmış bulunan Rekabet Hukuku Kurallarının (Birlik Resmi Gazetesi L 1, S.1) uygulanmasına yönelik 16 Aralık 2002 tarihli (AT) 1/2003 Nr.'lı Tüzüğü'nün yürürlüğe girmesinden ortaya çıkan Birlik Hukukunun gelişiminin anlamını yanlış değerlendirdiğini ileri sürmektedirler.

79 Kartel Yargılama Hukukunun modernizasyonu, hizmetli avukatlar işletmeye ve işletmenin ticari işlerine dair iç bilgilere dayanabileceğinden, Kartel Hukukuna aykırılıkların engellenmesindeki önleyici işlevi azımsanamayacak olan işletme içi hukuksal danışmayı, gittikçe artan oranda bir gereksinime dönüştürmüştür.

80 Ayrıca Birlik Rekabet Hukukunun usulüne uygun uygulanması bakımından Hukuka Uygunluk Programlarının (Compliance Programları) arzulanan yürürlüğü, bağlı avukatlarla işletme ya da grup içi iletişimin güvenilir atmosferde gerçekleşebilmesini gerektirmektedir.

81 Komisyon'un görüşüne göre, temyiz edilen hükümde Mahkeme'nin ifadeleri, Akzo ve Akcros tarafından ileri sürülen aykırılıklara yönelik hiçbir hukuksal hata içermemektedir.

82 Komisyon, 1/2003 Nr.'lı Tüzüğün kurallarının, avukat ve müvekkil arasındaki iletişimin gizliliğinin korunmasının geçerlilik alanı üzerinde hiçbir etkisinin bulunmadığının altını çizmektedir.

ii) Yüksek Mahkeme'nin Değerlendirmesi

83 Gerçi, 1/2003 Nr.'lı Tüzükle, Birliğin Rekabet Hukukunun Yargılama Hukuku kuralları büyük ölçüde değişmiştir; ancak bu kuralların, avukatlık sırrı bakımından serbest çalışan avukatlar ile bağlı avukatlar arasında bir eşitliği sunduğuna dair hiçbir veri yoktur. Çünkü bu ilke hiçbir surette bu Tüzüğün konusu değildir.

84 1/2003 Nr.'lı Tüzüğün 20.maddesindeki hükümlerden, Komisyon'un, işletmede gerekli tüm denetimleri yapabileceği ve bu bağlamda, hangi biçimde bulunduğundan bağımsız olarak kitapları ve diğer işletme belgelerini inceleyebileceği gibi, bu kitaplardan ve belgelerden kopyalar ya da hangi şekilde olursa olsun suretler hazırlayabileceği ya da alabileceği anlaşılmaktadır.

85 Bu Tüzük, 17 Nr.'lı Tüzüğün 14.maddesinin 1. paragrafının a ve b bentlerindeki gibi, Komisyon'un yetkilerini ayrıca geniş bir çerçeveye oturtmuştur. 1/2003 Nr.'lı Tüzüğün 25. ve 26. gerekçe açıklamalarından anlaşıldığı gibi, Rekabet Hukuku kurallarına aykırılığı ortaya çıkarmak gittikçe zorlaştığından, Komisyon'un, özel konutlar dâhil ticari belgelerin bulunabileceği her mekâna girebilmeye yetkili olması, rekabette etkin bir koruma için gereklidir ve bu yetki etkili denetimlerin yararınadır.

86 Böylece, 1/2003 Nr.'lı Tüzük, kanunyolu davacılarının kabul ettirmek istediklerinin aksine, müvekkilleriyle iletişimin gizliliğinin korunması açısından dışarıdaki avukatlarla bağlı avukatlar arasında bir eşitliği düzenlemeye yönelik olmayıp, aksine, Komisyon'un denetim yetkilerinin çerçevesini, özellikle böyle önlemlerin konusu olabilecek belgelerle ilgili olarak kuvvetlendirmeye yöneliktir.

87 Dolayısıyla, Rekabet Hukuku alanında yargılama kurallarındaki özellikle 1/2003 Nr.'lı Tüzük'ten doğan değişiklik de, AM & S Avrupa/Komisyon Kararıyla gerekçelendirilen içtihatta bir değişikliği haklı kılamaz.

88 Bu nedenle ilk argumanın ikinci bölümü de reddedilmek zorundadır.

89 Sonuç olarak, ikinci temyiz nedeni çerçevesinde öne sürülen ilk argüman tümüyle reddedilmek zorundadır.

b) İkinci Argümanın İlk Bölümüne Dair (Savunma Hakları)

i) Yargılamanın Taraflarının İleri Sürdükleri

90 Akzo ve Akcros, müvekkil ile avukat arasındaki iletişimin korunmasının geçerlik alanının, temyiz edilen hükmün 176. paragrafında Mahkeme tarafından yapılan yorumuyla, işletmenin savunma haklarının korunmasın-

daki seviyenin düşürüldüğünü ileri sürmektedirler. Onlara göre, bağlı bir avukatla işletme ya da grup içi yazılı iletişim, avukatlık sırrı koruması altında bulunmazsa eğer, böyle bir avukat aracılığıyla hukuksal danışmadan yararlanmak öyle değerli olmayacağı gibi, yararları da sınırlı kalır.

91 Komisyon, kanunyolu davacılarının öne sürdüklerinin aksine, gizlilik ilkesinin uygulanma alanının Mahkeme tarafından dayandırılan yorumuyla savunma haklarının hiçbir surette zedelenmiş olmadığı görüşündedir.

ii) Yüksek Mahkeme'nin Değerlendirmesi

92 Savunma haklarının sağlanması, özellikle para cezası ya da idari para cezası yaptırımıyla sonuçlanabilen bütün yargılamalarda, Birlik Hukuku'nun, Yüksek Mahkeme içtihadında süreklilik kazanmış (Bkz. Thyssen Çelik/Komisyon, C-194/99 P, Slg.2003, I-10821, Prg.30, 2 Ekim 2003 tarihli; Showa Denko/Komisyon, C-289/04 P, Slg. 2006, I-5859, Prg.68, 29 Haziran 2006 tarihli ve Grup Danone/Komisyon, C-3/06 P, Slg. 2007, I-1331, Prg.68, 8 Şubat 2007 tarihli Kararlar) ve Birlik Temel Haklar Antlaşması'nın 48. maddesinin 2. paragrafında yer almış olan temel bir ilkesini oluşturur.

93 İleri sürdükleri savla kanunyolu davacıları, savunma haklarının, bir hukuk danışmanının serbest seçimi temelinde, danışma, savunma ve temsil edilme olanağını kapsamak zorunda olduğunu ve ilgili avukatın mesleki konumundan bağımsız olarak müvekkil ve avukat arasındaki iletişimin gizliliğinin korunmasının savunma haklarından sayıldığını ispat etmeye çalışmaktadırlar.

94 Buna ek olarak, bir işletmenin kendi bağlı avukatının katılımında, bağımsız bir üçüncü kişiyle değil, aksine, avukatlık ruhsatından kaynaklanan bazı mesleki yükümlülüklerine rağmen, kendi çalışanlarından biriyle işi bulunduğu saptanmak zorundadır.

95 Ayrıca ek olarak, hukuksal danışma, savunma ve temsil edilmede, işletmede ya da grup şirkette çalışan bir bağlı avukatın çağırılması kapsamda görülse bile, bunun, bağlı avukatın iş görmesi durumunda, mesleğin icrası ile ilgili belirli kısıtlamaların ve usullerin uygulanmasını, bunu savunma haklarına müdahale olarak görmeksizin engellemeyeceği hususu gelir. Sonuçta, işletme çalışanı hukukçular kendi işverenlerini ulusal mahkemelerin tümü önünde temsil etmeye daima yetkili değildirler ve bu tür kurallar, potansiyel müvekkiller bakımından, onlar için en uygun olan hukuksal danışmanı seçebilmek olanaklarını kısıtlamaktadır.

96 Bu düşüncelerden yola çıkarak, avukatlık bilgisinden yararlanmak isteyen her hak arayanın, bu mesleğin icrasının bağlı olduğu bu tür kısıtlamaları ve koşulları içine sindirmek zorunda olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Avukat ve müvekkil arasındaki iletişimin gizliliğinin korunması usulleri de bu kısıtlamalar ve koşullardandır.

97 Bu nedenle savunma haklarının ihlali savı kesin değildir.

d) İkinci Argümanın İkinci Bölümüne Dair (Hukuksal Güvenlik İlkesi)

i) Yargılamanın Taraflarının İleri Sürdükleri

98 Akzo ve Akcros'un görüşüne göre, Avrupa Birliği'nin Çalışma Usulü Hakkında Sözleşme'nin (AEUV=Der Vertrag über die Arbeitsweise der Europaeischen Union) 101. maddesi, ilgili iç hukuk kurallarının yanında sıklıkla uygulandığından, Mahkeme'nin ifadeleri hukuksal güvenlik ilkesine karşı bir ihlali de sonuçlandırmaktadır. Bu yüzden, bağlı avukatla iletişimin korunması, denetimin, Komisyon ya da ulusal bir rekabet kurumu tarafından yapılıp yapılmamasına bağlı tutulamaz.

99 Komisyon, tam aksine, eğer Komisyon'un yaptığı denetimler için geçerli olan avukat ve müvekkil arasındaki iletişimin gizliliği ilkesinin, artık Birlik Alanı üzerinde değil de ulusal hukuk alanında tanımlanacak olması durumunda, tüm taraflar için karışık ve kesin olmayan durumların oluşacağına vurgu yapmaktadır. Komisyon'a göre bu durum, Akzo ve Akcros'un dayandığı hukuksal güvenlik ilkesiyle çelişirdi.

ii) Yüksek Mahkeme'nin Değerlendirmesi

100 Hukuksal güvenlik ilkesi, Birlik Hukuku'nun, özetle, birey için aleyhe sonuçlar içeren bir düzenlemenin açık ve belirli ve birey için uygulanmasının öngörülebilir olması zorunluluğunu getiren genel bir ilkesini oluşturmaktadır. (Bkz. Belçika/Komisyon, C-110/03, Slg.2005, I-2801, prg.30, 14 Nisan 2005 tarihli, Britanya Alloys& Chemicals/Komisyon, C-76/06 P, Slg. 2007, I-4405, Prg.79, 7 Haziran 2007 tarihli ve Stadt Papenburg, C-226/08, Slg. 2010, I-0000,prg.45, 14 Ocak 2010 tarihli Kararlar)

101 Bu ilkeye dayandırılan temyiz nedenine ilişkin olarak, Mahkeme tarafından temyiz edilen hükümde yapılan, Komisyon tarafından yürütülen bir denetim çerçevesinde bağlı avukatla işletme ya da grup içi mektuplaşmaya iletişim korumasını tanımayan yorumun, bu korumanın geçerlik alanı bakımından hukuksal güvensizliğe yol açmayacağı saptanmak zorundadır.

102 Komisyon'un, 17 Nr.'lı Tüzüğe ve 1/2003 Nr.'lı Tüzüğe göre sahip olduğu yetkiler, ulusal alanda yürütülen soruşturmaların kapsamından farklıdırlar. Çünkü her iki yargılama türü tek tek rekabet makamları arasında yetkilerde bir paylaşıma dayanmaktadır. Dolayısıyla avukat ve müvekkil

arasındaki iletişimin gizliliğinin korunması hakkındaki kurallar, bu yetki dağılımının ve bunlar için geçerli düzenlemelerin ölçüsüne göre farklılık gösterebilirler.

103 Buna ek olarak, Yüksek Mahkeme, Birlik Rekabet Hukuku'nun ve ulusal rekabet hukukunun, kısıtlayıcı uygulamaları farklı bakış açıları altında değerlendirdiğine karar vermiştir. AEUV'nin 101. ve AEUV'nin 102. maddeleri bu tür uygulamaların nedeni olarak, bunları üye devletler arasındaki ticaret için meydana getirebilecek engeller olarak algılarken, iç hukuktaki rekabet kuralları kendi özel hükümlerine dayanmaktadır ve kısıtlayıcı uygulamaları yalnızca bu çerçevede değerlendirmektedir (Bkz. Bu anlamda Asociación Española de Banca Privada v.d., C-67/91, Slg. 1992, I-4785, prg.11, 16 Haziran 1992 tarihli Karar).

104 Bu koşullar altında, Rekabet Hukuku soruşturmaları çerçevesinde işyerleri aramaya tabi olan işletme, örneğin böyle bir soruşturma sürecinde elkonulabilecek belgelerin nasıl bir işleme tabi tutulacağı konusunda ya da bağlı avukatla iletişimin gizliliği korumasına dayanma hakkına sahip olup olmadığı konusunda olduğu gibi, yetkili makamlara karşı ve geçerli hukuka göre hangi haklara ve yükümlülüklere sahip olduğunu saptayabilir. Bu nedenle işletme, bu makamların yetkilerinin ölçüsüne ve belgelere elkonulması bakımından sahip oldukları somut yetkilere göre maddi olaya uygun olarak yönünü belirleyebilir.

105 Bu nedenle hukuksal güvenlik ilkesi, bu her iki yargılama türünde, müvekkil ve avukat arasındaki iletişimin gizliliğiyle ilgili olarak aynı ölçütlerin uygulanmasını gerektirmemektedir.

106 Sonuç olarak, Komisyon'un yürüttüğü bir denetim çerçevesinde iletişimin korunmasının dışarıdaki avukatlarla yazılı iletişimle sınırlı olması durumu, Akzo ve Akcros tarafından ortaya konulan ilkeyle çelişmemektedir.

107 Hukuksal güvenlik ilkesine dayalı temyiz nedeni bu nedenle gerekçesizdir.

108 İkinci temyiz nedeni sonuç olarak tümüyle kesin değildir.

3. Üçüncü Temyiz Nedenine Dair

a) Yargılamanın Taraflarının İleri Sürdükleri

109 Son derece yardımcı biçimde Akzo ve Akcros, Mahkeme'nin, kendi bütünlüğü içinde görüldüğünde ifadelerinin, ulusal yargılama özerkliği ilkesini ve sınırlı özel yetki ilkesini zedelediğini ileri sürmektedirler.

110 1/2003 Nr.'lı Tüzüğün 22.maddesinin 2.paragrafı, ilgili alanda ulusal yargılama özerkliği ilkesini dile getirmektedir. Birlik Yasa Koyucusu açıkça, denetimler, AEUV.'nin 101. ya da 102. maddesi hükmüne karşı bir aykırılığı saptamak amacıyla Komisyon'un istemi üzerine yürütülse dahi, ulusal rekabet makamlarının yetkililerinin kendi yetkilerini kendi ulusal hukuklarıyla uyumlu olarak kullanmalarını anlaşmaya bağlamıştır. Yasa koyucu, avukat ve müvekkil arasındaki iletişimin gizliliği ilkesinin uyumlulaştırılmış bir tanımını vermemiştir. Bunun anlamı, üye devletlerin, savunma haklarının korunmasındaki özel bakış açısını koymaya ileride de yetkili olmalarıdır.

111 Komisyon'un görüşüne göre temyiz edilen hüküm, üçüncü temyiz nedeniyle dile getirilen ilkelere karşı bir aykırılık içermemektedir. Komisyon'a göre ulusal yargılama özerkliği ilkesi, üye devletlerin yönetsel makamlarının ve mahkemelerinin Birlik Hukuku'nu uygulamak zorunda oldukları durumlarda geçerlidir ve eğer yalnızca, organların işlemlerinin hukuksal sınırlarının araştırılması söz konusu ise hiçbir uygulama alanı da bulmaz.

112 Dolayısıyla, Mahkeme'nin, AEUV.'nin 101. ve 102. maddelerine karşı bir aykırılığın saptanmasına yönelik yargılama için avukat ve müvekkil arasındaki iletişimin gizliliğinin tüm Birlik içinde yeknesak bir geçerlik alanının tespitiyle, AM & S Avrupa/Komisyon Kararını doğru uyguladığı sonucu çıkmaktadır. Sonuç olarak sınırlı özel yetki ilkesi de ihlal edilmemiştir.

b) Yüksek Mahkeme'nin Değerlendirmesi

113 İlgili bir Birlik düzenlemesi bulunmadığından, yetkili mahkemeleri belirlemek ve bireye Birlik Hukuku'ndan doğan hakların korumasını sağlayabilecek davalar için yargılama usullerini kurala bağlamak, ulusal yargılama özerkliği ilkesiyle uyumlu olarak üye devletlerin her birinin iç hukuk sorunudur. (Bkz. Bu anlamda, Rewe, 33/76, Slg.1976, 1989, prg.5, 16 Aralık 1976 tarihli, Factortame ve diğerleri, C-213/89, Slg.1990, I-2433, prg.19, 19 Haziran 1990 tarihli, Peterbroeck, C-312/93, Slg.1995, I-4599, prg.12, 14 Aralık 1995 tarihli ve Safalero, C-13/01, Slg.2003, I-8679, prg.49, 11 Eylül 2003 tarihli kararlar)

114 Önünde duran hukuksal sorunda Yüksek Mahkeme buna rağmen, bir Birlik organının Birlik alanı üzerinde geçerli bir kural temelinde verdiği, ek olarak ulusal hukuka hiçbir surette atıf içermeyen bir kararın hukuka uygunluğu hakkında hüküm vermek zorundadır.

115 Avukat ve müvekkil arasındaki iletişimin gizliliği ilkesinin, kartel yargılamasında Komisyon denetimlerinin ilgili işletmeye eşit davranmayı garanti eden koşullar altında gerçekleştirilebilmesi amacıyla, Birlik çapında

yeknesak bir yorumu ve uygulaması zorunludur. Böyle olmadığı takdirde, bir üye devletin hukuk kurallarından olan ulusal hukukun ilkeleri ya da normlarının uygulanmasıyla, Birlik Hukuku'nun yeknesak yürürlüğü zarar görmüş olur. Bu hukuk düzeninin böyle bir yeknesak yorumu ve uygulaması, denetimlerin yapıldığı yere ve ulusal hukukun bazı özelliklerine bağlı kılınamaz.

116 Sınırlı özel yetki ilkesine ilişkin olarak, 17 Nr.'lı Tüzüğün 14. maddesinde ve 1/2003 Nr.'lı Tüzüğün 20.maddesinde kurala bağlandıkları gibi, Rekabet Hukukuna ilişkin yargılama kurallarının, iç pazarın işlevselliği için zorunlu, konulmaları AEUV.'nin 3. maddesinin 1. paragrafının b bendiyle devredilen, Birliğin münhasır yetkilerinden olan düzenlemelerden olduğuna işaret edilmelidir.

117 AEUV.'nin 103. maddesine göre, AEUV.'nin 101. ve 102. maddelerinde yer alan işletme için geçerli rekabet kurallarıyla ilgili ilkelerin gerçekleştirilmesi doğrultusunda, amaca hizmet eden tüzükleri veya yönergeleri çıkarmak Birliğin konusudur. Bu yetki, özet olarak, bu maddelerde tanımlı yasaklara uymayı, para cezalarının ve idari para cezalarının uygulanması yoluyla sağlamalı ve Komisyon'un görevlerini bu kuralların uygulanmasıyla sınırlamalıdır.

118 Bu bağlamda AEUV.'nin 105. maddesi, Komisyon'un, AEUV.'nin 101. ve 102. maddelerinde yer alan ilkelerin gerçekleştirilmesine dikkat etmesini ve aksine eylemlerin muhtemel görüldüğü olayları araştırmasını öngörmektedir.

119 Yüksek Mahkeme Savcısı'nın, sonsöz metninin 172 no'lu paragrafında ifade ettiği gibi, Avrupa kartel makamı olarak Komisyon'un denetimlerinde ulusal hukuk yalnızca, özellikle, ilgili işletmenin, 17 Nr.'lı Tüzüğün 14. maddesinin 6. paragrafına ve 1/2003 Nr.'lı Tüzüğün 20. maddesinin 6. paragrafına göre dolaylı olmayan zor uygulamak suretiyle direnişini aşmak söz konusu olduğunda, üye devletlerin makamları resmi yardımda bulunurken devreye girer. Buna karşın Komisyon'un, kendi kartel hukuku aramaları çerçevesinde hangi yazılı parçaları ve belgeleri inceleyebileceği ve kopyalayabileceği hususu, yalnızca Birlik Hukuku'na göre belirlenir.

120 Sonuç olarak, Komisyon'un sorunlu alanda donatılmış olduğu yetkilere karşın, ne ulusal yargılama özerkliği ilkesine ne de sınırlı özel yetki ilkesine dayalı bir kanunyolu davası olanaklı değildir.

121 Bu nedenle üçüncü temyiz nedeni de hiçbir sonuç doğuramayacaktır.

122 Bütün bunların sonucunda temyiz nedeni gerekçesizdir.

VI- Masraflar

123 Yargılama Tüzüğünün 118. maddesi gereğince kanunyolu yargılamasında benzer uygulama bulan Yargılama Tüzüğünün 69. maddesinin 2. paragrafına göre, başvurunun tarafları masrafları yüklenmeye mahkûm edilmek zorundadır. Komisyon, Akzo ve Akcros'un mahkûm edilmesini talep etmiş olduğundan ve bunlar savlarının altında kaldığından masrafları yüklenmek zorundadırlar. Bunlar, kanunyolu davasını beraber açtıklarından msarafları müştereken yüklenmek zorundadırlar.

124 Büyük Britanya Birleşik Krallığı ve Kuzey İrlanda gibi İrlanda ve Hollanda Krallığı, Yüksek Mahkeme önündeki yargılamada katılan taraf (Streithelfer) olarak, Yargılama Tüzüğünün 69. maddesinin 4. paragrafının 1.paragrafına göre kendi özel masraflarını taşımak zorundadırlar.

125 Yargılamanın, kanunyolunu desteklemiş olan ve savlarının altında kalan diğer katılımcıları, Yargılama Tüzüğünün 69. maddesinin 4. paragrafının 3. paragrafının benzer uygulamasıyla kendi özel masraflarını taşımak zorundadırlar.

Bu nedenlerle Yüksek Mahkeme (Büyük Daire) Hukuk için tespit ve karar vermiştir ki:

1. Kanunyolu reddedilmiştir…"

III- DEĞERLENDİRME: Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, 14 Eylül 2010 tarihinde verdiği bu kararla, Rekabet Hukuku çerçevesinde arama işlemi bakımından, şirket avukatının, şirket içindeki çalışma yerini, avukatlık bürosu olarak kabul etmeyip, avukatlık mesleğinin özelliğinden kaynaklanan göreceli dokunulmazlığın dışında tutmakla kalmamış; aynı mantıkla, şirket avukatı ile yapılan şirketle ilgili tüm yazışmalar üzerinde arama ve elkoyma işlemini de bunun dışında tutarak hukuka uygun saymıştır.

Bu karar, her şeyden önce Rekabet Hukuku'yla sınırlı, istisnai bir karardır. Bu niteliğiyle, bağlı avukat olsa dahi, Rekabet Hukuku aykırılıklarının dışında kalan herhangi bir idari aykırılık ya da suç sebebiyle yapılacak soruşturma ve yargılamalardaki arama ve elkoyma işlemlerinde uygulama alanı bulamaz.

Söz konusu karar, Avrupa Birliği üyesi devletlerin, iç hukuklarında, ulusal rekabet hukuku düzenlemelerinde kararın aksi yönde düzenlemeler yapmasına engel oluşturmamaktadır. Ancak, Birlik Rekabet Hukuku'na aykırılık şüphesiyle, Avrupa Birliği rekabet makamlarının yaptıkları soruşturmalarda, soruşturma yapılan yer ulusal mevzuatı aksine hüküm içerse dahi, 14 Eylül 2010 tarihli bu içtihat uygulama alanı bulacak ve şirket avukatının

şirketteki çalışma yeri ve tüm yazışmaları avukatlık mesleği sırrı korumasından yararlanamayacaktır. Karardan öyle anlaşılıyor ki, Rekabet Hukuku'nda, rekabete aykırılıklarla mücadeledeki pratik zorunluluklar, ATAD'ın kararına da yansıdığı şekliyle, hukukun bir genel ilkesinden ayrılmayı gerektirmiştir. Bu karar, her ne kadar bağlı avukat - serbest çalışan avukat ayrımından yola çıkarak sonuca ulaşmışsa da, kanaatimizce temelinde yatan güdü, rekabet hukukuna aykırılıkların saptanmasındaki pratik güçlüklerin üstesinden gelebilmek gibi, haklar ve özgürlükler açısından sınırlayıcı, pratik düşüncelerdir. Bu açıdan Rekabet Hukuku, -teşbihte hata olmaz- adeta bir kötü örnek olarak dikkati çekmektedir.

Türk Ceza Hukukunda Ensest Sorunu Var mı?

*Ahmet MUMCU**

Değerli meslektaşım Prof. Dr. Köksal Bayraktar Ceza Hukukumuzun en önde gelen ustalarından biridir. Yetmiş yaşına basması henüz gençlik döneminin bitmediği anlamına gelmekte. Kendisine uzun ve sağlıklı yıllar diliyor ve bu vesile ile ceza hukukumuzda bugüne değin tartışılmamış bir konuyu kısaca dile getirmek istiyoruz.

"Ensest" veya Türkçeye geçmiş Arapça adıyla "fücur", hukuk dilinde, aralarında evlenme yasağı olan kişilerin cinsel ilişkisi anlamına gelmektedir[1]. Tarih boyunca bu eylem, eski Mısır toplumu gibi bazı istisnalar bir yana bırakılırsa genellikle hem ahlaka hem de hukuka aykırı bir davranış sayılmıştır[2]. Hukuk tarihi içindeki ilginç gelişimi bir yana bırakarak, konuyu bugünkü Türk Hukuku açısından değerlendirelim:

"Ensest" veya "fücur" sözcükleri Türk mevzuatında geçmez. Ancak bu kavram Türk hukukunda bilinir ve doktrinde yer alır. Fakat bu kısa yazının konusunu oluşturacak ensest türü üzerinde şimdiye kadar bir çalışma yapılmamıştır. Bunu nedenini ilerleyen satırlarda açıklamaya çalışacağız.

Türk Medeni Kanunu -pek çok medeni kanunda olduğu gibi- yakın kan ve kayın hısımları arasında evlenmeyi yasaklamıştır (M. 129). Eğer böyle bir

---

* Prof. Dr., Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

1 "Ensest", Latince "incestus" sözcüğünden gelmektedir. "Kirli, pis", "ahlaka aykırı", "soy kirletici" anlamını taşır. Giderek bu sözcük bütün batı dillerine "yakın hısımlar arasında cinsel ilişki" kavramını ifade etmeye başlamıştır (Meyers Enzyklopaedisches Lexion, 12.ci Cilt, Mannheim 1974, S 685). Bugün aynı anlama gelen ve Arapça'dan Türkçeye geçen "fücur" sözcüğü ise aslında, "işret, sefihlik, günahkarlık,ahlaka aykırı durum" kavramlarını karşılamaktadır (**Ferit DEVELLÜOĞLU,** Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, Ankara 1999, S 271. Ensest kavramı için tam Türkçe bir karşılık bulunamamıştır.

2 Ensest'i hukuk tarihi açısından değerlendirmek için bk.:**Sandra KARST,** *Die Entkriminalisierung des § 173 StGB. (Peter Lang Verlag),* Frankfurt am Main 2009, S 13-49.

evlilik her nasılsa gerçekleşmişse mutlak butlanla batıl sayılır (M. 145/4). Medeni Kanun'un enseste ilişkin, o da dolaylı, tek hükmü budur.

Türk Ceza Hukukunda ise durum bambaşka. Bu konuyu açıklamak için şu ayrımı yapmak zorundayız. TCK' nda ensest sözcüğü geçmez. Ancak kavram olarak bu eylem sınırlı biçimde tanınmıştır. İkinci Kitabın Altıncı Bölümü "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar"ı tanımlar. Bunlar içinde ensest ancak "Cinsel Saldırının Üçüncü Derece Dahil Kan veya Kayın Hısımlığı İlişkisi İçinde Bulunan Bir Kişiye Karşı İşlenmesi" açısından dikkate alınmış, ancak bu durum başlı başına bir suç şeklinde değil, genel olarak cinsel saldırı suçu içinde cezayı artırıcı nitelikli bir öge sayılmıştır (M.102/3-c)[3]. Aynı Kanun'un 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunda da "...Aile İçi İlişkiden Kaynaklanan Nüfuzu Kötüye Kullanmak" da nitelikli bir ceza artırıcı öge kabul edilmiştir. Bu suçlarda esas öge zor, şiddet veya benzeri yollarla cinsel suçun işlenmesidir.

Bizim asıl üzerinde durmak istediğimiz nokta; aralarında evlenme yasağı bulunan ergin, ayırt etme gücüne sahip (reşid ve mümeyyiz) kişiler arasında karşılıklı rıza ve isteğe dayanan cinsel ilişkidir. Evrensel olarak ensest eyleminden ilk planda anlaşılan da budur. Sorun bu tür ilişkilerin suç sayılıp sayılmayacağı tartışmasından çıkmaktadır. Bu kısa araştırmada ensest sözcüğü artık bu anlamda kullanılacaktır.

Bazı toplumlar istisna edilirse, ensestin her çeşidi suç sayılmıştır. Ancak bizim konumuzu oluşturan türden ensest eylemleri 19. yüzyıldan itibaren bazı devletlerde suç olmaktan çıkartılmışlardır. Örneğin Fransa'da Napoleon zamanından beri bu eylem suç sayılmamaktadır. Bugün Fransa'dan başka Belçika, Hollanda, Lüksemburg, Japonya, Arjantin ve Brezilya ile Türkiye'de konumuz olan ensest suç değildir[4]. Gene örneğin 1813 tarihli Bavyera Ceza Kanununda ensest bir cürüm değil kabahat olarak kabul edilmiştir[5]. Fakat genellikle rağbet edilen görüş; "bu eylemin aile ve toplum düzenini sarstığı" merkezindedir. Avrupa'da başta Almanya, Avusturya ve İsviçre olmak üzere mümeyyiz yetişkinler arasında rızaya dayansa bile bu eylem bir suç oluşturmaktadır.

Konuya Almanya örneği üzerinden bakalım. Alman Ceza Kanunu (ACK) 173. maddesinde bu eylemi suç sayar. Bu madde, numarası bile değişmeden 1871 tarihinden beri ACK' nda yer almaktadır. Şurasını da gözden uzak tutmamak gerek: konulduğu günden beri bu hükmün hukuka aykırı olup olma-

---

3 **Mehmet Emin ARTUK-Ahmet Gökçen- Ahmet Caner YENİDÜNYA, "**Ceza Hukuku- Özel Hükümler, 10.Baskı (Turhan Kitabevi), Ankara 2010, S 181-182.

4 Bk. "Wikipedia" (Almancası). de.*wikipedia,* "*inzest*" maddesi.

5 KARST, 124.

dığı tartışılmış, ama bu madde hep yerinde kalmıştır. Sadece 1973 yılındaki büyük ceza hukuku reformu sırasında 173. maddeden kayın hısımları kaldırılmıştır[6]. Almanya'da altsoy, üstsoy ve kardeşler arasında rıza ve isteğe dayalı da olsa ensest suçtur. Görüldüğü gibi madde bir hayli yumuşatılmıştır. Ayrıca eylem sırasında faillerden biri 18. yaşını doldurmamışsa ceza almaz.

Bu durumu ile uygulanmakta bulunan 173. madde 2006 yılından itibaren önemli bir tartışma doğurdu. Bir kız ve erkek Alman kardeş birlikte yaşıyorlardı. Çocukları da olmuştu. 173. madde uygulandı. Ancak, bu kardeşler ceza çekildikten sonra gene ortak yaşamlarını sürdürdüler. Tekrar kovuşturma başladı. Bunun üzerine çift Anayasa Mahkemesine (AAM) anayasal şikayette bulunarak sözü geçen hükmün anayasaya aykırı olduğunu ileri sürdü. AAM bu dava için esaslı bir ön çalışma başlattı ve Freiburg'daki dünyanın en saygın ceza hukuku ve kriminoloji kurumu olan Max Planck Uluslararası Ceza Hukuku ve Kriminoloji Enstitüsü'nden belli başlı ceza hukuku sistemlerinde bu eylemin suç sayılıp sayılmadığının gerekçeleri ile bildirilmesini istedi[7].

Şimdi dava görüldüğü sırada saptadığımız bazı gerçeklere değinmek istiyoruz. Ensest konusunda oldukça geniş bir edebiyat etkinliği var. Örneğin, 20. yüzyılın başyapıt romanlarından Max Frisch'in Homo Faber'i, onun kadar ses getirmese da gene bir bestseller, Alberto Moravia'nin L'attenzione'si önemlidir[8]. Hem de Hitler döneminde yazılmış H.F.Blunk'un Bruder und Schwester (Yayını:1940) adlı romanı toplumun bu gibi konulara karşı hoşgörüsünü temsil eder. Diğer yandan pornografinin pek çok batı ülkesinde 1960 yılından başlayarak -aşama aşama - serbest bırakılıp sonunda bu gelişimin en uç noktalara kadar ulaşması karşısında her çeşit cinselliklerin en açık biçimde kitap ve CD biçiminde ve ayrıca binlerce internet sitesinde yayını (çocuk pornosu dışında) insanı şaşırtmaktadır. Bu yayınlar içinde ACK'nun açıkça suç saydığı ensest ilişkiler çok önemli bir yer tutuyor[9]. Kanunun suç saydığı bir

---

6 **Marcus George TİSCHLER**, *Der Geschwisterinzest über 18- Jaehrigen. Die Rechtsgüter des § 173 StGB, (Verlag Dr.Kovac),* Hamburg 2009, S 5.

7 Max Planck Uluslararası Ceza Hukuku ve Kriminoloji Enstitüsü'nde Türk Ceza Hukukundaki durumu, Kurumun Türkiye ve diğer Ortadoğu Ülkeleri Bölümü Başkanı değerli hukukçu Dr. Silvia Tellenbach araştırmıştır. Bu araştırma Türk Hukukunda ensest üzerinde yazılan ilk ve tek yapıttır. Yazar sorunu bütün yönleri ile irdelemiştir. Ne yazıktır kı bu çok değerli araştırma henüz basılmamıştır. Türkçeye de çevrilip basılmalıdır. Araştırmaya "Max Planck institut für auslaendisches und internatioales Recht und Kriminologie" sitesinden erişilebilir.Bk.: **Silvia TELLENBACH,** *Zur (Nicht-)Strafbarkeit des inzests in der Türkei, 15 S.*

8 Sanat ve edebiyatta ensesti konu alan önemli yapıtlar için bk.: 4.cü dipnotta verilen kaynak.

9 Bu konudakı sayısız denecek pornografik "roman"lar (!) için Almanya'da Andreas Zettner Verlag (Würzburg) tarafından yayınlanan "inzest" serisi örnek olarak gösterilebilir (Bu romanların çoğu Amerikan kökenlidir).

eylemi en edepsiz biçimde överek kişileri çeşitli biçimlerde tahrik etmek ne derece "hukuka uygun" sayılır? Bu porno çılgınlığı elbette salt Almanya'ya özgü değil. Diğer batı ülkelerinde ve Japonya ile ABD başta olmak üzere pek çok başka diyarda ensest pornografisi serbest ve son derece yaygındır.

Böyle bir ortam içinde AAM 26.03.2008 tarihinde kararını verdi ve bir karşı oyla ACK 173. maddesı hükmünün anayasaya aykırı olmadığı kanısına vardı[10]. Uzun gerekçeli bu kararda AAM'ne Alman Anayasası'nın ailenin ve toplum sağlığının korunması hakkındaki hükümleri temel dayanak olmuştur. Ayrıca uzun tahlillerle ACK' nundaki bu yasağın özgürlüklere müdahale sayılamayacağı belirtilmiştir. Bu karara karşı oy yazan, Mahkemenin ikinci başkanı ünlü ceza hukukçusu Haşemer'in görüşleri de ilginçtir. Haşemer, ACK 173. maddesindeki hükmün yanlış olduğu düşüncesindedir. O'na göre suçun mağduru yoktur (ve bu görüş pozitif hukuk açısından doğru kabul edilebilir), o zaman da suç yoktur. Bu yasak ile aile korunmaz. Ayrıca o, bu tür birleşmelerden doğacak çocukların genetik bakımdan sakatlık riskini daha fazla taşıdığı düşüncesini de abartmalı bulmaktadır. İki kişinin karşılıklı rızası ve isteği ile gerçekleşen cinsel ilişkinin "toplum sağlığı" açısından zararlı bulunmasını ve bu nedenle yasaklanmasını anlamsız bulan Haşemer, ceza kanunlarında mağduru olmayan yapay bir suç ile toplum sağlığının korunmasının mümkün bulunmadığını da belirtmektedir.

Kısaca özetlemeye çalıştığımız, aslında bir hayli uzun biçimde kaleme alınmış bu karşı oy yazısı ve mahkemenin kararı Almanya'da çok yönlü tartışmalara yol açtı. Bu karar, karşı oy ve çıkan tartışmalar 2008 ve 2009 yıllarında çok değerli iki doktora çalışmasını doğurdu[11]. Her iki hukukçu da sonuçta ACK'nun 173. maddesinin hukuka aykırı olduğu düşüncesindeler. Kanımıza göre -ahlaka aykırı yönü çok açık olmasına rağmen- ileride Almanya'da da bu suç kalkacaktır. Nasıl "zina" en ağır suçlardan biri sayılarak yüzlerce yıl hemen bütün kültürlerde ölümle cezalandırılmış, sonra batıda aşama aşama bu ceza hafifletilmiş ve giderek takibi şikayete bağlı bir düzeye indirilmiş ve en sonra pek çok devlette suç olmaktan çıkartılmışsa, konumuz olan ensest de aynı gelişimi gösterecektir.- kaldı ki zina suçunda bir mağdur da vardır-[12].

Şimdi konumuz olan ensest türü üzerinde Türk Hukuku bakımından duralım: Aralarında evlenme yasağı bulunan ergin ve ayırt etme gücüne sahip kişilerin karşılıklı rıza ve istek ile cinsel ilişkiye girmeleri Türk Hukukunda bir suç oluşturmaz. Yani ACK'nun 173. maddesine benzer bir hüküm Türk Hukukunda bulunmaz.

---

10 BvR 392/07, 26.02.2008. Yayını 13.03.2008.

11 "2" ve "6" numaralı dipnotlarda verilen yapıtlar.

12 Zına açısından Türk Ceza Hukukundaki gelişme örnek olarak gösterilebilir.

İslam Hukukunda "fücur" zina suçu içinde değerlendirilmiş ve cezalandırılmıştır[13]. 1858 tarihli -Batıdan alınan ilk yasa olan- Ceza Kanunnamesi'nde cinsel tecavüz (fiil-i şeni) suçlarında fail mağdurun " velisi, vasisi veya mürebbisi" ise ceza artırılır. Ancak yasada, herhalde Fransa'dan alındığı için bizim konumuz olan ensest suçu yoktur.

Bu belirsizlik Cumhuriyet döneminde de sürüyor. 1926 tarihli ilk Ceza Kanunu'muz bilindiği gibi İtalya'dan alınmıştı (1889 tarihli ünlü *Codice Zanardelli*). Eskişehir'de kurulan Komisyon kaynak kanunu neredeyse harfi harfine Türkçeye çevirirken, bizim konumuz olan ensest suçunu düzenleyen 337. maddeyi atlamıştır. Bu atlamanın nedenleri üzerinde fazla durulmamıştır[14]. Komisyon üyeleri arasinda bugün yaşayan kimse olmadığı gibi, o üyelerin yetiştirdiği öğrenciler de (örneğin Faruk Erem, Sulhi Dönmezer, Sahir Erman gibi büyük hocalar) yaşama veda etmişlerdir. 1926 TCK gerekçesinde bu konuda hiçbir açıklama olmadığı gibi yasanın görüşüldüğü TBMM Komisyonları ve Genel Kurul'da üzerinde durduğumuz ensest eylemi üzerinde -saptayabildiğimiz kadarı ile- bir konuşma yapılmamıştır. Peki Türk geleneklerine göre ağır bir ahlaksızlık kabul edilen ensest acaba 1926 tarihli TCK' na neden bir suç olarak konulmadı? 1926 Yılından sonra yapılan ceza hukuku araştırmalarında, hep yasa metni esas alındığından, sadece 437. madde üzerinde durulmuştur. Bu madde "Adab-ı Umumiye ve Nizam-ı Aile Aleyhine Cürümler" başlığını taşıyan Sekizinci Bab'ın Dördüncü Faslında yer almakta ve ırza geçme ve benzeri suçları altsoya karşı işleyen üstsoy mensuplarına verilecek feri cezalardan söz etmektedir. Bundan dolayı ensest -veya fücur- sözcüğü yasada ve dolayısı ile bu araştırmalarda geçmez. Bu nedenlerle 1926 Yasasına gerçek ensest suçunun neden konulmadığını bilemiyoruz. Bazı yazılar ve varsayımlardan hareketle şu olasılıklar üzerinde durulabilir[15]:

i) Komisyon, çalışmaları sırasında bir dalgınlık eseri olarak 337. maddenin çevirisini unutmuştur - Bu görüş kabul edilemez, zira komisyonu oluşturan hukukçular deneyimli ve usta kişilerdi. Böyle bir unutkanlık içinde bulunmaları mümkün değildir. ii) Sıra bu maddeye gelince ensestin 1858 yılından beri suç sayılmadığı düşüncesiyle yeni bir suç çeşiti koymanın uygulamada zorluklar çıkartabileceğini tahmin etmişlerdir. iii) Bu tür bir eylemin ortaya çıkartılması çok zor olacağı ve mutlaka büyük ölçüde karanlık alan[16]

---

13 Mustafa AVCI, Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar, (Gökkubbe Yayınları). İstanbul 2004, S 177.

14 TELLENBACH, 3

15 Aynı Yapıt, 4

16 Karanlık alan üzerindeki en kpasamlı araştımalardan biri ünlü kriminolog Helmut KURY'nındır. Bk.: **Helmut KURY,** *Zur Zuverlaesigkeit der polizeilichen Kriminalstatisken oder : Zum Umfang des Dunkelfeldes,* Digesta Turcica, Sayı 1, 2005, S 898-171

içinde kalacağı ileri sürülmüş olabilir. iv) Nihayet Komisyon üyeleri Türk-İslam topluluğu içinde bu tür "ahlaksızlıkların" söz konusu edilemeyeceğini ulusal ve dinsel gerekçelere dayandırarak söz konusu hükmü çeviriye almamışlardır.

Bütün bu varsayımları bir yana bırakıp gerçeğe dönersek, konumuz olan ensestin suç sayılmamasının hukukçular arasında hemen hiç tartışılmadığını saptarız. Kamuoyunda da böyle bır sorun kendini göstermemiştir. Nitekim 1953 ve 1998 yıllarında TCK'na bu eylemin suç sayılmasını öngören iki yasa önerisi hiçbir ilgi görmemiş ve TBMM'nin Arşivinde yer almaktan başka bir işe yaramamıştır[17].

Bu ilgisizlik yeni TCK'nun hazırlıkları sırasında da sürmüş, ACK'nun 173. maddesine benzer bir hüküm tasarıya konulmamış ve hatta 1926 tarihli TCK'nun 337. maddesi de tasarıya alınmamıştır. Bu maddede aralarında evlenme yasağı bulunan kişilerin bilerek nikah bağıtını gerçekleştiren veya onlara evlenme belgesi veren memurları ve ayrıca bu hükmü bilerek evlenenleri cezandıran bir hüküm vardı. Bu hüküm elbette ensest ilişkileri önleyecek bir yapıda değildi ama ensest ilişkiyi bilerek resmileştiren memurları ve bu yasağı bilerek evlenenleri ceza tehdidi altına alıyordu.

Yeni TCK hazırlanırken, ensest sorunu üzerinde durulduğu Komisyon üyesi meslekdaşlar tarafından ifade edilmiştir. Yeni TCK'nda genellikle Alman doktrini etkili olmuştur. Fakat ACK'nun 173. maddesi hükmüne benzer bir düzenlemeye gidilmemiştir. Egemen düşünce "ergin ve ayırt etme gücüne sahip iki yakın hısmın karşılıklı rıza ve istekle cinsel ilişkide bulunması son derece mahrem ve özel bir durumdur. Devlet ailedeki bu olaya karışmamalı" merkezinde idi[18]. Görüldüğü gibi bu anlayış Haşemer'in karşı oy yazısındaki düşüncesini andırmaktadır. Şurasını da belirtmekte yarar var: Haşemer'in görüşü TCK' nun kabul edilip yürürlüğe girmesinden dört yıl sonra ifade edilmiştir.

Tasarı bu biçimiyle yasalaşmıştır (29.04.2004 tarihli ve 5237 Numaralı Kanun). Türkiye'de eskiden beri olduğu gibi konumuz olan gerçek ensest suç değildir. Bu sözcük doktrinde aile içi şiddete dayanan ve genellikle ergin bir aile üyesinin yakın hısımlarına karşı işlediği cinsel suçlar için kullanılmaktadır[19].

---

17 TELLENBACH, 5 (son sekiz harflik cümle tarafımızdan eklenmiştir)

18 Komisyon üyesi değerli Meslekdaşımız Adem SÖZÜER ile 2010 temmuz ayında Freiburg Max Planck Enstitüsünde yaptığımız konuşmalar sırasına ifade edilmiştir.

19 Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar ve ensest ilişkiler konusunda mükemmel bir içtihat derlemesi yapan Tuğrul, yapıtının Birinci Bölümünde "ensest ilişki" kavramı üzerinde durmuştur (S 13-53). Yazar Türk Ceza Hukukunda ensesti,

Bu durumda, aralarında evlenme yasağı bulunan ergin ve ayırt etme gücüne sahip kişilerin kendi istekleri ile yasal olmayan bir aile yaşamı kurmaları olanaklıdır. Bu birleşmeden doğacak çocuklar da baba tarafından tanınmış (veya babalık davası ile soy belli olmuş) ise bütün haklara sahiptirler[20].

Ceza Kanunumuzdaki bu aksaklığa, inceleyebildiğimiz kadar, sadece Tezcan, Erdem ve Önok'un ortak yazdıkları yapıtta değinilmiştir[21]. Yazarlar şöyle demektedirler: "...Kanunumuz Alman CK § 173'te düzenlenen fücur'u bağımsız bir suç olarak düzenlememiştir. 765 sayılı TCK m.237 evlenmeleri yasak olan kişilerin evlenmelerini suç saymaktaydı. Böylece yakın akrabalar arasındaki cinsel ilişki, ancak bunun bir evlenme halini alması durumunda cezalandırılmaktaydı. Fakat en doğrusu fücur'un bağımsiz bir suç tipi olarak öngörülmesiydi. Ne var ki TCK'da fücur suçuyla ilgili bir düzenlemeye yer verilmediği gibi; artık yakın akrabalar arasındaki cinsel ilişkinin evlenme çerçevesinde işlenmesi durumu da cezasız kalmaktadır; çünkü TCK herhangi bir evlenme yasağını aykırılığı(nı) değil, yalnızca çok eşliliği düzenlemiştir."

Yazarlar bu önemli aksaklığa haklı olarak değinmektedirler. Ancak hiçbir irdelemeye girişmeden konumuz olan ensest tipini "suç" olarak nitelemişlerdir. Ama Türk hukuku açısından böyle bir niteleme bugün için olanaksızdır.

---

yasadaki ögeleri üzerinden incelemiştir. ACK'nun 173. Maddesi hükmündeki ensest Yasamızda mevcut olmadığından, verilen içtihatlar hep cinsel saldırı çerçevesindedir. Yasadaki biçimi ile dahi ensestin büyük ölçüde karanlık alan içinde kaldığı da anlaşılmaktadır. Zira 624 sahifelik yapıtın sadece 40 sahifesi enseste ayrılabilmiştir. Bu arada kitapta ensest ve cinsel saldırı suçları için Türkçe kaynakçanın zengın olduğunu da belirtmek isteriz. Bk.:Ahmet Ceylani TUĞRUL, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar & Ensest İlişkiler, Ankara 2010, 688 S.

20 2926 tarihli TMK'nun 292.ci Maddesi hükmü şöyle idi. "Birbirleriyle evlenmeleri memnu olanlardan veya erkek ve kadının zinasından doğan çocuk tanınamaz" (İsv.MK. 304).. Bu hüküm açık bir insan hakları ihlali idi. Ama 20.Yüzyıl başında İsviçre gibi bir ülkede kaleme alınmıştı. Özellikle 1961 ve 1982 anayasalarının başta eşitlik ilkesi olmak üzere bütün yapısına aykırı bir hükümdü. Bu hükmün ensest suçlarını bir ölçüde frenleyebildiği düşünülebilir, ama bu tür ilişkilerden doğan çocukların doğal haklarına açık bir müdahale olduğu da açıktır. 1989 yılında Almus Asiiye Hukuk Mahkemesi bu hükmün Anayasa'ya aykırı olduğunu ileri sürerek itiraz yolu ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur. Anayasa Mahkemesi sadece .." evli erkek ve kadının zinasından.." sözcüklerini iptal etmiştir. Fücur ilişkisinden doğan çocukların "tanınamazlığı" hükmü kalmıştır. İtirazda bulunan Mahkeme çok haklı olarak maddenin tamamının iptalini istemiş ise de Anayasa Mahkememiz inanilmaz bir dar yorumla "dava konusunun zinadan doğan çocuk olduğu" gerekçesi ile kendisi eşitlik ilkesini çiğnemiştir. (Anayasa Mahkemesi Kararı E 1990/15; K. 1991/5- Karar Tarihi 28.02.1991). Yeni TMK'nu hazırlayan komisyon bu haksızlığı gidermiştir. Artık tanıma konusunda hiçbir istisna yoktur. Böylece konumuz olan türden ensestin suç kabul edilmediği TCK ile de bir uyum sağlanmış olmaktadır.

21 Durmuş TEZCAN-Mustafa Ruhan ERDEM- R.Murat ÖNOK, Teorik ve Pratik Özel Ceza Hukuku, 7. Baskı (Seçkin Yayınları), Ankara 2010. s. 720

Bu kısa yazıda açıklanan konu ve sorunlardan şu sonuçları çıkarmak düşünülebilir:

- Aralarında evlenme yasağı bulunan kişilerin ergin ve ayırt etme gücüne sahip olanlar arasında karşılıklı rıza ve isteğe dayanan cinsel ilişkiler, suç sayılmasa dahi hemen bütün toplumlarda ahlaka aykırı bir eylem olarak kabul edilmekte, hoşgörü ile karşılanmamaktadır. Bu eylemin suç sayılmamasına yandaş olanlar ise "ahlaka aykırılığı" göreceli bir kavram kabul ederler ve daha önce verdiğimiz örneği kanıt olarak gösterirler: zina da ahlaka aykırı sayılır, ama toplumların bir bölümünde zinayı artık ahlaka aykırı kabul etme eğilimi giderek zayıflamakta ve bu davranışın sadece eşleri ilgilendiren bır eylem olduğu, toplum düzenini sarsacak bir nitelik göstermediği ileri sürülmektedir[22]. Bu nedenle sözü geçen anlayışın giderek arttığı ülkelerde zina suç olmaktan çıkarılmıştır[23]. Aynı düşünce ile konumuz olan ensestin de suç olmaktan çıkarılması doğrudur. Mağduru olmayan bu eylemi suç saymak kişinin temel haklarına aykırıdır. Ensestin suç olarak kabul edilmesinin iki temel gerekçesi, aile düzeni ile toplum sağlığının tehlikeye düşmesidir. Bunlardan ilki artık savunulamaz . Zira bu olay sadece aile içi bir davranıştır. Bu tür ilişkileri uygun görmeyen diğer aile üyeleri kendi özgür iradeleri ile bir çözüm bulabilirler. İkinci gerekçe bu tür ilişkilerden doğan çocukların bedensel ve akılsal bakımdan sakat doğma olasılığının çok yüksek olmasıdır. Ensestin yaygın hale gelmesi ile bu çocuklar hem kendileri, hem aileleri hem de toplum sağlığı açısından önemli bir sorun ve tehlike doğururlar. Bu gerekçeye de şöyle itiraz edilmektedir: evlenmesi yasak olmayan yakın aile üyelerinin çocukları için de aynı tehlike söz konusudur. O zaman bu tür evlenmelerin de yasaklanması gerektir. Kaldı ki günümüzün ileri teknikleri dolayısı ile doğum kontrolü çok kolaylaşmıştır[24].

- Bu eylemin suç sayılmasının aile hukuku açısından bir sağlam temelden yoksun olduğu da ileri sürülebilir. O da evlenmeleri yasak olan kişilerin saptanmasındaki gelişmedir. Bunu kısaca açıklamak gerektir: 1926 tarihli eski TMK İsviçre'den alınmıştı. Evlenme engellerini saptayan 92. madde (İsviçre MK 100. madde) bir hayli kapsamlı olarak düzenlenmişti. 2001 tarihli TMK'nda da 129. maddede aynı kapsam korunmuştur. Ancak İsviçre'de 21. yüzyıl başında çeşitli tarihlerde yapılan değişikliklerle evlenmeleri yasak olanların kapsamı çok daraltılmış ve sadece doğru çizgi üzerindeki alt ve üstsoy üyeleri ile kardeşler arasında evlenme yasağı getirilmiştir. Aynı biçimde Alman Medeni Kanunu'nun da (Madde 1307) yasak kapsamı daraltılmıştır.

---

22 Bk.: KARST ve TİSCHLER' in yapıtları.

23 Rızaya dayanan ensestin 1858 yılından beri suç sayılmadığı Türkiye'de zina ancak 20.Yüzyıl sonunda ve aşama aşama suç olmaktan çıkartılabilmiştir. Bu bakımdan Türkiye konumuz açısından ilginç bir konumdadır.

24 Haşemer'in de görüşü bu yöndedir. Bk.: TİSCHLER, 12 vd.

Bu durumda ensest ilişki kavramı da daha dar bir kalıba sokulmuştur. Bu da elbette ceza uygulaması bakımından da bir daralmaya yol açıyor. Demek ki ensest suçu Almanya'da da sadece düz çizgi üzerindeki alt ve üstsoy üyeleri ve kardeşler arasında söz konusu olabilecektir. Görüldüğü gibi "evlenme yasağına tabi" kişiler yasa koyucunun takdirine göre saptanmaktadır. Bu da ceza uygulaması açısından adaletli bir gelişim değildir.

- Konumuz olan ensestin suç sayılmasını doğru kabul edenler için en sağlam gerekçeler bu eylemin ahlaka çok aykırı olduğu, aile düzenini bozacağı, mevcut ve gelecek kuşakların sağlığında genetik bozukluklara yol açacağı noktalarında toplanabilir ki bunlar ihmal edilecek hususlar değildır. Ayrıca bu tür ilişki kuranlar da rıza ve isteğe bağlı olsa bile çok önemli ruh sağlığı sorunları ile karşılaşmaktadırlar[25].

Bütün bu söylenenlerden Türk Hukuku için nasıl bir sonuç çıkartılabilir?

Türkiye'de aile içi şiddete dayalı cinsel saldırı suçları, büyük ölçüde karanlık alan içinde kalmalarına rağmen yargıya intikal eden olaylardan çıkartıldığına göre olağanüstü derecede yaygındır ve bu saldırıların mağdurları çok önemli ruhsal çöküntülere uğramakta, büyük ölçüde gizli tutulmalarına rağmen sakat doğumlara yol açmaktadır[26]. TCK'nda, yukarıda belirtildiği gibi bu tür saldırılar ayrı bir ensest suçu oluşturmamakta, ancak nitelikli bir ceza artırımına yol açmaktadır. Kanımıza göre bu tür cinsel saldırılar ayrı bir suç (ensest suçu) oluşturmalı, cezaları da ağırlaştırılmalıdır.

Yazımızın asıl konusunu oluşturan enseste gelince: 1858 yılından beri suç sayılmayan bu eylem TCK' nda düzenlenmeli midir? Böylece ihdas edilecek yeni bir suç kamuoyunun ahlak anlayışına uygun düşecektir. Bundan kuşku duyulmamalıdır. Ancak bu suçun kanıtlanması olanaksıza yakın derecede zordur. Herşeyden önce bu tür bir suç yüzde doksan dokuza yakın bir oranda karanlık alan içinde kalacaktır. Bir kızın babasına, bir kız kardeşin ağabeyine sevgi içeren sözleri, yazıları, çok açık ifadelerle dile getirilmemişse cinsel ilişkiye karine olarak gösterilemez. İlişkinin ancak suçüstü durumunda ortaya çıkması kesin kanıttır. Bunun dışında yakın kan hısımları arasındaki sevgi belirtileri (kucaklaşma, sevgi dolu sözler vb.) belki, artık sadece bir

---

25 İncelediğimiz bütün kaynaklarda bu konuda aynı düşünceler ileri sürülmektedir. Örnek olarak bk.: **Rebecca St. CLERE;** "*Incest as an Adult Love Experience,* Simon Fraser University,1997, XIII+ 199 S. **Hans von HENTING** und **Theodor VIERSTEIN,** *Untersuchungen Über den ınzest*, Heidelberg 1925 (Carl Winter), 222 S (Eski tarihli olmasına rağmen ensestin yol açtığı ruhsal ve biyolojik sıkıntılar üzerinde klasik bir yapıttır). **Elaine v. SİEGEL**, *Die pychoanalytische Behandlung des frühen Traumas* (İngilizceden çeviren Max LOOSER, (Klett), Stuttgart 1999, 221 S.

26 TUĞRUL, 22 vd. Ayrıca bk, 25.ci dipnottaki kaynaklar.

boşanma nedeni olacak zina için esaslı karineler sayılabilir, ama ensest için karine olamaz.

Diğer yandan, toplumun ahlaki değerlerinin ve sağlığının korunması amacı ile böyle bir suç konulacaksa o zaman TMK 129. maddesindeki kişilerin hepsini işin işine karıştırmak doğru mudur yoksa sakıncalı mıdır? Tartışmasının yapılması gerektir. Ayrıca sorunun bu biçimde çözümü toplumun çıkarları ile kişinin özgürlükleri arasında çelişkiler doğurur mu? Başta ceza hukukçusu meslektaşlar olmak üzere bütün hukukçularımızın konumuz üzerinde durması yararlı olur düşüncesindeyiz.

Aleyhe Bozma Yasağı – Kesin Hükmün Engelleyici Etkisi - Lehe Yasa Kuralının Uygulanması - Somut Cezanın Saptanmasında Alt Sınırdan Uzaklaşılması

*Fatih Selami MAHMUTOĞLU**

İncelememizde, … Ağır Ceza Mahkemesi'nce yağma suçuna teşebbüsten mahkûm edilen A hakkında yapılan uyarlama yargılaması sonucunda verilen karar, *Aleyhe Bozma Yasağı, Kesin Hükmün Engelleyici Etkisi, Lehe Yasa Kuralının Uygulanması, Somut Cezanın Saptanmasında Alt Sınırdan Uzaklaşılması* yönlerinden ele alınacaktır.

Bu kapsamda öncelikle davanın gelişim süreci ve hukuksal sorun kısaca ortaya konulup, devamında ise konuyla ilgili bilimsel değerlendirmelere yer verilecektir.

I. DAVANIN GELİŞİM SÜRECİ

1. Yerel Mahkemenin İlk Kararı:

…Ağır Ceza Mahkemesi… sayılı kararıyla, A' yı, B ile birlikte 765 sayılı TCK kapsamında **basit yağma suçuna teşebbüsten**, **azmettiren sıfatıyla** 2 yıl 11 ay hapis cezasına mahkum etmiştir.

Mahkeme A bakımından bu sonuca ulaşırken,

- *765 sayılı TCK 495/1 uyarınca, "takdiren arttırıcı sebepler bulunmadığından", temel ceza olarak cezanın alt sınırı olan 10 yıl hapis cezasıyla,*
- *Suçun eksik teşebbüs düzeyinde kaldığı gerekçesiyle (yarısından üçte ikisine kadar indirim öngören) 765 sayılı TCK 61 uyarınca takdiren azami indirim oranı olan 2/3 oranında indirim yapılarak, 3 yıl, 4 ay hapis cezasıyla,*

---

* Prof. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku A.B.D. Öğretim Üyesi.

- *Yağma konusu meblağın pek fahiş olduğu dikkate alınarak, cezanın yarısına kadar artırılmasını öngören 765 sayılı TCK 522/1 kapsamında, takdiren 1/20 oranında artırım uygulanarak, 3 yıl, 6 ay hapis cezasıyla,*
- *İyi hal ve suçun işleniş biçimi dikkate alınarak, azami altıda bire kadar indirim öngören 765 sayılı TCK 59 uyarınca takdiren 1/6 oranında indirim yapılarak, nihai olarak 2 yıl 11 ay hapis cezasıyla* cezalandırılması şeklinde bir sıra takip edilmiştir.

2. Yargıtay Ceza Dairesi'nin Onama Kararı:

Yapılan temyiz başvurusu üzerine yerel mahkemenin kararı, Yargıtay Dairesi'nin ..tarih ve .. E. ve .. K. sayılı ilamıyla onanmıştır. Böylece yerel mahkemenin söz konusu kararı kesin hüküm halini almıştır.

Kararda onama gerekçeleri olarak,

- *Sanıklara yükletilen dava konusu yağma suçlarına eksik teşebbüsün, "yasada öngörülen suç tiplerine uygun olarak nitelendirildiği",*
- *İddiaya, savunmalara ve toplanıp karar yerinde gösterilen yeterli kanıtlara göre belirtilen suçların sanıklar tarafından işlendiği,*
- *Soruşturma aşamalarında ileri sürülen iddia, itiraz ve savunmaların incelenip tartışıldığı ve kanıtlara uygun olarak değerlendirildiği,*
- *Yasal ve takdiri arttırıcı ve indirici nedenlerin gözetildiği,*
- *Duruşma sonunda oluşan vicdani kanı ve uygulama maddeleri uyarınca cezaların doğru olarak belirlendiği* hususlarına vurgu yapılmıştır.

3. Yerel Mahkemenin Uyarlama Kararı:

5237 sayılı TCK'ya göre ek karar verilmesi talebi üzerine, dosya üzerinde inceleme yapan Ağır Ceza Mahkemesi, .. tarih ve .. E. ve .. Ek K. sayılı kararıyla, sanık A hakkında 5237 sayılı TCK kapsamında basit yağma suçuna teşebbüsten 1 yıl, 6 ay hapis cezasına hükmetmiş ve cezayı ertelemiştir. Böylelikle yerel mahkeme, yeni TCK'yı lehe kanun olarak değerlendirmiştir.

Mahkeme bu sonuca ulaşırken;

- *5237 sayılı TCK'nın 148. maddesi uyarınca, "yargılama aşamasında takdir edilen durum esas alınarak" alt sınır olan 6 yıl hapis cezasıyla cezalandırılmasına,*
- *Suç teşebbüs aşamasında kaldığından, doğan tehlike ile "mahkemenin önceki takdiri dikkate alınarak" (dörtte birinden dörtte üçüne*

kadar indirim öngören) TCK'nın 35. maddesi uyarınca takdiren ¾ oranında indirim yapılarak, 1 yıl, 6 ay hapis cezasıyla cezalandırılmasına,

- *Suça konu paranın değerinin az olmaması sebebiyle TCK'nın 150. maddesinin uygulanmamasına,*
- *"Yargılamayı yapan heyetin takdiri esas alınarak" takdiren TCK'nın 62. maddesi kapsamında 1/6 oranında indirim yapılmak suretiyle 1 yıl, 3 ay hapis cezasıyla cezalandırılmasına ve nihayet bu cezanın TCK'nın 51. maddesi uyarınca ertelenmesine* şeklinde bir sıra takip etmiştir.

4. Yargıtay Ceza Dairesi'nin Bozma Kararı:

Hükmün temyizi üzerine Yargıtay Ceza Dairesi, .. tarih ve .. E. ve .. sayılı ilamıyla, yerel mahkemenin kararını bozmuştur.

Bozma gerekçeleri olarak;

- *5252 sayılı Kanunun 9/3 maddesi uyarınca lehe kanunun, önceki ve sonraki kanunun tüm hükümlerinin olaya uygulanarak ortaya çıkan sonucun karşılaştırılarak bulunacağı,*
- *Yerel mahkemenin ilk kararında belirtilen 2 yıl, 11 aylık hapis cezasının, miktar itibariyle kazanılmış hak teşkil edeceği, buna karşılık uyarlama amaçlı yasanın yanlış yorumlanması suretiyle infaz aşamasındaki lehe uygulamaların ise kazanılmış hak oluşturmayacağı,*
- *Hükümlü A'nın eyleminin, 5237 sayılı TCK'nın 149/1-(c), (d), (h) ve 35/2 maddelerine uyan nitelikli yağma suçunu oluşturduğu,*
- *Teşebbüs düzenlemeleri bakımından 765 sayılı TCK'nın icra hareketlerinin ulaştığı aşamayı esas alan ve 1/2'den 2/3'e kadar indirim olanağı sağlayan 61. maddesine karşılık, değişik öğe ile meydana gelen zararın veya tehlikenin ağırlığını ölçüt alan ve 1/4'ten 3/4'e kadar indirim olanağı sağlayan 5237 sayılı TCK'nın 35. maddesindeki indirim oranının ve temel cezanın bireyselleştirme noktasında duruşma açılarak saptanması ve buna ilişkin takdir hakkının nedenlerinin gösterilmesi suretiyle lehe yasanın belirlenmesi gerektiği* belirtilmiştir.

5. Yerel Mahkemenin Bozmadan Sonraki Kararı:

Bozma kararına uyan Yerel Mahkeme, .. tarih, .. E. ve .. K. sayılı kararıyla, lehe olduğu gerekçesiyle A'nın nitelikli yağma suçuna teşebbüsten dolayı 2 yıl, 6 ay hapis cezasına mahkum etmiştir.

Mahkeme bu sonuca varırken;

- *Hükümlü A'nın geceleyin diğer hükümlü ile birlikte müştekinin evinde yağmaya teşebbüste bulunduklarının sabit görüldüğü ve 5237 sayılı TCK'nın 149/1-(c), (d), (h) maddesi uyarınca, suçun işleniş şekli, yaratılan tehlike ve zarar durumları dikkate alınarak, takdiren, öngörülen cezanın alt sınırından uzaklaşılmasına ve 12 yıl hapis cezasıyla cezalandırılmasına,*
- *Suç teşebbüs aşamasında kaldığından, zarar ve tehlike durumları dikkate alınarak, TCK'nın 35. maddesi uyarınca takdiren cezasında 3/4 oranında indirim yapılmasına ve 3 yıl hapis cezasıyla cezalandırılmasına,*
- *Duruşmadaki iyi ve pişman olmuş hali dikkate alınarak, takdiren TCK'nın 62. maddesinin uygulanmasına ve 1/6 oranında indirim yapılarak, sonuç itibariyle 2 yıl, 6 ay hapis cezasıyla cezalandırılmasına* şeklinde bir sıra takip etmiştir.

II. HUKUKSAL SORUNLAR

Lehe temyiz halinde, aleyhe değiştirme (cezanın aleyhe ağırlaştırılması) yasağının uyarlama davalarında uygulanıp uygulanamayacağı, kesin hükmün önleyici etkisinin somut olayda dikkate alınıp alınmadığı, buna bağlı olarak nitelikli unsurların saptanmasında lehe kuralın yasaya uygun belirlenip belirlenmediği ve son olarak temel cezanın saptanması çerçevesinde ceza tayininin hukuka uygun olup olmadığı hususları, inceleme konumuzla ilgili çözümü gereken hukusal sorunları oluşturmaktadır.

III. OLAYIN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Aleyhe Bozma Yasağı Açısından Değerlendirme:

Olayda yerel mahkeme, uyarlama muhakemesi sonucunda A hakkında 5237 sayılı TCK kapsamında basit yağma suçuna teşebbüsten 1 yıl, 6 ay hapis cezasına hükmetmiş ve cezayı ertelemiştir. Söz konusu hüküm, sadece sanık A lehine temyiz edilmiş ve Yargıtay Ceza Dairesi hükmü bozmuştur. Bozmaya uyan yerel mahkeme ise bu defa A'yı nitelikli yağma suçuna teşebbüsten dolayı 2 yıl, 6 ay hapis cezasına mahkum ederek, cezayı ağırlaştırmıştır.

Halen yürürlükte olan 1412 sayılı CMUK'un 326. maddesi, davaya yeniden bakacak yerel mahkemenin hak ve mecburiyetleri kapsamında; *"Hüküm yalnız sanık tarafından veya onun lehine Cumhuriyet savcısı veya 291 inci maddede gösterilen kimseler tarafından temyiz edilmişse yeniden verilen hüküm, evvelki hükümle tayin edilmiş olan cezadan daha ağır olamaz"*

demektedir. Doktrinde ve uygulamada aleyhe değiştirme (veya aleyhe bozma, reformatio in peius) yasağı olarak anılan bu kural[1], sanığın aleyhe sonuçların doğmasından endişe etmeden kanun yoluna başvurma hakkını tereddütsüz bir şekilde kullanmasını sağlamayı amaçlar[2].

Olayda ise, 1 yıl, 6 ay hapis ve erteleme içeren hüküm, daha lehe bir sonuç elde etmek talebiyle –aleyhe sonuçların doğacağı endişesi olmaksızın- yalnızca sanık A müdafii tarafından temyiz edilmiş; bozma sonrasında ise yerel mahkeme, erteleme kapsamı dışında kalan, daha ağır bir hapis cezasına (2 yıl, 6 ay) hükmetmiştir. Böylece yukarıda değinilen yasağı dikkate almamıştır.

---

1 Bu konuda aleyhe bozma yasağı ile aleyhe değiştirme yasağının iki farklı ilke anlamına geldiğini belirten CENTEL-ZAFER konuya ilişkin şu açıklamalara yer vermişlerdir. "Aleyhe bozma ile aleyhe değiştirme iki farklı ilkedir. Aleyhe bozma yasağı, hükmün kanun yolu incelemesine başlanırken bakış açısını belirleyen bir usul ilkesidir. Aleyhe değiştirme yasağı ise bozmadan sonraki aşamada ceza miktarının sınırını belirleyen bir usul ilkesidir. İkiside, aynı amaca yönelik birbirine yakın ve aynı hukuki görüşten kaynaklanan, ancak uygulama aşamaları farklı ve hukuki yapıları değişik olan usul kurumlarıdır İlk derece mahkemeleri için söz konusu olan cezayı aleyhe değiştirme yasağı, kanun yolu aşamasında, sadece lehe temyiz halinde cezanın miktarını etkileyecek bir hukuka aykırılık veya sanığın lehine olan kurallara aykırılık halinde aleyhe bozma yasağına dönüşmektedir." CENTEL Nur, ZAFER Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 2008, s.737,. Bu kurum bakımından ayrıca bkz;ÖZTÜRK, Bahri- TEZCAN, Durmuş-ERDEM, Mustafa Ruhan-SIRMA, Özge- SAYGILAR, Yasemin F.-ALAN, Esra, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2010, s.561-564., ÜNVER Yener, HAKERİ Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2011, s.800-804

2 "Mahkemelerce verilen kararlara karşı kişilere yasal çareler tanınması ve bir biçimde bu kararın denetlenmesinin sağlanması çağdaş hukuk devletlerinin en önemli vasıflarından birisidir. Bu ilke Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde yer almamakla birlikte, Ek 7 numaralı protokolle sözleşmeye dâhil edilmiştir. Ancak 7 numaralı ek protokol öncesinde de bu hak AİHM tarafından adil yargılanma hakkının bir gereği olarak kabul edilmekte ve uygulanmaktaydı. Kanun yoluna başvurmak hakkının ilgililere tanınması sadece bir hakkın kullanılabileceğinin bildirilmesi ile tamamlanmış kabul edilmemektedir. Bu hakkın tam anlamıyla tanındığından bahsedilebilmesi için, ilgililere bilgilendirme dışında her türlü imkân ve kolaylığın da sağlanması gerekmektedir. Nitekim yeni CMK hazırlıkları arasında tutanağa yazdırmak suretiyle başvuru imkânının fiilen kullanılmadığı, bu nedenle de kaldırılması gerektiği yönündeki talepler, Adalet Komisyonunca geri adım niteliğinde görüldüğü için kabul edilmemiştir. İşte bu anlayışa uygun olarak kanun koyucular hak sahiplerinin yasal çarelere başvurmaları sonucunda –aleyhe başvuru olmaması koşuluyla- daha ağır yaptırımların doğmasını engelleyici tedbirler almışlardır. Böylece kanun yoluna başvuracak kişi bakımından bu başvurusu sonunda herhangi bir aleyhe sonuçla karşılaşmayacağı güvencesi verilmektedir." Aleyhe bozma yasağının anlamı ve kapsamı bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, Uğur Alacakaptan'a Armağan, Cilt 1, İstanbul, 2008; s.533-534.

Bu noktada tereddüt oluşturan husus, aleyhe değiştirme yasağının uyarlama kararlarının temyizi bağlamında da uygulanıp uygulanmayacağıdır. Nitekim Yargıtay Ceza Dairesi, bozma kararında, *"uyarlama amaçlı yasanın yanlış yorumlanması suretiyle infaz aşamasındaki lehe uygulamaların ise kazanılmış hak oluşturmayacağı"* ifadesiyle bu duruma işaret etmektedir.

Keza Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 20.06.2006 tarih, 2006/10-124 E. ve 2006/165 sayılı Kararında da konu ile ilgili olarak uyarlama davalarında anılan yasağın tatbik imkanı olmadığını önemli bilimsel tartışmalara yer vererek özetle şu şekilde ortaya koymuştur;

"Reformatio in peius" olarak adlandırılan ve doktrinde "cezayı aleyhe değiştirmeme ilkesi" veya "aleyhte düzeltme yasağı" gibi kavramlarla İfade edilen ilkenin amacı; hükmün aleyhe de bozulabileceğini düşünen sanığın, bazı olaylarda Yargıtay'a başvurmaktan çekinmesinin önüne geçmek, yasa yoluna başvurma hakkını daha özgürce kullanabilmesini sağlamaktır. Ceza yargılamasına ilişkin yasalarda böyle bir kurala ihtiyaç bulunup bulunmadığı hususu öğretide oldukça tartışmalıdır. Bu kuralın kaldırılmasını isteyenler olduğu gibi, korunmasını uygun bulanlar da vardır.

"Cezayı aleyhe değiştirmeme" ilkesinin, mahkûmiyet hükmünde değişiklik yargılaması sonucunda verilen kararların temyizi halinde de uygulanıp uygulanamayacağı sorunu, öğretide ve bilimsel eserlerde henüz geniş kapsamlı tartışılmamış olması nedeniyle, çeşitli üniversitelerde görevli bilim adamlarımızın düşünceleri sorulmuştur. Yanıtların sonuç bölümlerine göre özetle; ***Prof. Dr. Erdener Yurtcan, Prof. Dr. Bahri Öztürk, Doç. Dr. Veli Özer Özbek, aleyhte düzeltme yasağının uyarlama yargılaması bakımından da geçerli olduğu, Prof. Dr. Cumhur Şahin ve Doç. Dr. İzzet Özgenç, Doç. Dr. Metin Feyzioğlu ise; söz konusu ilkenin uyarlama yargılaması bakımından geçerliliği olamayacağı yönünde görüş bildirmiştir[3].***

---

3 Bu konuda Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 20.06.2006 tarih, 2006/10-124 E. ve 2006/165 Kararında ismi geçen akademisyenlerin görüşlerini de nakletmek isteriz;
YURTCAN; "Türk uygulamasının 'kazanılmış hak', doktrinin ise Reformatio in peius yasağı' olarak adlandırdığı kavram, temel bir amaç taşır. Bu amaç şudur: Yalnızca sanık ya da sanık lehine temyiz başvurularında, sonraki mahkûmiyet sonucu, öncekinden ağır olamaz. Bu sonuç, kendisi için lehte sonuçların yaratılması amacı güdülen bir ortamda, yasa yoluna başvuran kişiyi bir sürprizle karşı karşıya bırakmamak düşüncesine dayanır. Amaç dikkate alınarak, sorunun cevabı kanımca şöyle olmalıdır: CYY'da bugün için de yer alan kural, uyarlama yargılamasında da uygulanacaktır. Açıklık getirmek bakımından söylemek gerekirse, bu kuralın uygulanması için yasada öngörülen koşullar söz konusu olduğunda, yapılan yargılama uyarlama yargılaması olsa da sonuç değişmemek gerekir. Bu konunun çekirdek noktasını aleyhte temyiz istemi olmaksızın oluşturduğuna

göre, bu tür bir istem söz konusu olduğunda, bu kural zaten işlemez. Daha ince bir tahlilde şu noktalar kanımca öne çıkar: Uyarlama yargılaması sonucu, lehte hüküm ortaya çıkarılacaktır. Temel amaç budur. Bu hüküm, önceki ve sonraki yasanın karşılaştırılması ile tesis edilecektir. Yeni yasa lehte olduğunda, önceki hüküm buna göre değiştirilecektir. Bu konuda temyiz devreye girdiğinde, aleyhte temyiz yoksa, sorunu çözmek kolaydır. Sonuçta, sanık lehine olacak hüküm, önceki hükümden daha hafif, olan hükümdür. Aleyhte temyiz olduğunda, lehte olan hüküm bulunacaktır ve sanık için uygulanacaktır. Bu konu temyiz yolunda tartışıldığında, esas mahkemesinin hükmü sanık aleyhine bozulabilecektir. Ancak, bu konu da bir temel muğlaklık taşır. Yeni hüküm, sanık lehine olmalıdır. Aksi takdirde, lehte hükmün bulunması sonucu bertaraf edilmiş olur ki, uyarlama yargılamasının amacı bu değildir" demektedir.

ÖZTÜRK; "Hüküm yalnız sanık tarafından veya onun lehine savcı veya kanuni mümessil veya sanığın eşi tarafından temyiz edilmişse yeniden verilen hüküm, evvelki hükümle tayin edilmiş olan cezadan daha ağır olamaz. (CYUY m. 326/son; CYY m. 307/4 (Bu durum aleyhe bozma yasağı veya reformatio in peius yasağı olarak anılmaktadır. Bu hukuk kuralı, istisnai bir yol olan uyarlama yargılamasında evleviyetle geçerlidir." demektedir.

ÖZBEK; "Uyarlama yargılaması sırasında yeni bir yargılama yapıldığına ve bu yeni yargılama da temyiz incelemesine tabi bulunduğuna göre, aleyhe bozma yasağının bu yargılama için de geçerli olduğu söylenebilir." demektedir.

ŞAHİN ve ÖZGENÇ; "... Lehe yasanın tespiti amacıyla yapılan uyarlama yargılaması, kesinleşmiş hükmün yeni kanuni düzenleme karşısındaki durumunun belirlenmesi ve yeni düzenlemenin lehe olması halinde buna göre hüküm tesisi ile sınırlı ve istisnai bir yargılamadır. Başka bir deyişle, uyarlama yargılamasında, ancak zorunlu olduğu ölçüde genel yargılama esasları uygulanacaktır. Bu nedenle, ilk kez veya bozma üzerine bir yargılama yapıldığında gerekli ve geçerli olan bütün usul ve esaslar bu yargılamada aranmayacaktır. Kesinleşmiş hükümle ilgili uyarlama yargılamasında, yargılamanın yenilenmesine konu olacak şekilde yeni delil ileri sürülmesi veya yeniden delil toplanması mümkün olmadığı gibi, bu anlama gelebilecek İnceleme ve araştırma da yapılamaz. Uyarlama yargılaması, esasa ilişkin bir değerlendirme ve incelemeye imkân vermez; sadece hukuki değerlendirme yapılabilir. Ancak, bir fiilin suç oluşturması için yeni yasada ilâve unsurların veya koşulların gerçekleşmesi aranıyorsa, bunların gerçekleşip gerçekleşmediğinin değerlendirilmesi gerekmektedir. ... Genel ve olağan bir yargılamanın sonucu olan 'aleyhe cezayı artırma yasağının, istisnai ve sınırlı bir yargılama olan uyarlama yargılamasında geçerli sayılması mümkün değildir. Yeni yasanın lehe olduğu gerekçesiyle verilen yeni hüküm sadece hükümlü veya yasada gösterilen kişiler tarafından onun lehine olarak temyiz edilmiş olsa dahi, uyarlama yargılamasının yerindeliği ile sınırlı olan temyiz incelemesi sonucunda, herhangi bir sınırlama olmaksızın hükmün bozulması mümkündür. Bu durumda elbette, yeni yasanın, kesinleşmiş olan önceki hükümde saptanan sonuç cezadan daha ağır sonuç doğuracak şekilde uygulanması söz konusu olamayacaktır. Böyle bir ihtimalde, artık yeni yasa değil, eski yasaya göre verilmiş ve kesinleşmiş bir hüküm lehe olacaktır..." demektedir.

FEYZİOĞLU; "... CMUK'nun 326/4. maddesinde "sanıktan söz edilmektedir. Oysa uyarlama yargılamasında sanık değil, hükümlü vardır. Kararı temyiz eden veya karar lehine temyiz edilen de sanık değil, hükümlüdür. Öyleyse buradaki sorun, CMUK'nun 326/4. maddesinin kıyasen hükümlüler açısından uygulanıp uygulan-

Tüm bu görüşler Ceza Genel Kurulu'ndaki müzakere sırasında değerlendirilip dikkate alınmıştır. Sonuç olarak da; CYUY'nın 326/son maddesinde belirtilen, lehe temyiz davası üzerine cezanın aleyhe değiştirilmemesi kuralı uyarlama kararlarının temyizi halinde geçersizdir. Bu kuralın düzenlendiği fıkrada; "Hüküm yalnız sanık tarafından veya onun lehine Cumhuriyet savcısı veya 291. maddede gösterilen kimseler tarafından temyiz edilmişse yeniden verilen hüküm, evvelki hükümle tâyin edilmiş olan cezadan daha ağır olamaz" hükmüne yer verilmiştir. Görüleceği üzere, bu ilke sanıklar yönünden kabul edilmiştir. Sanık, hakkında henüz kesinleşmiş bir hüküm bulunmayan kişidir. Hâlbuki uyarlama yargılaması, hakkında kesinleşmiş ve infaz yeteneği bulunan bir mahkûmiyet hükmü verilmiş kişilerle, başka deyişle hükümlülerle ilgilidir. Yasadaki mevcut düzenleme karşısında, bu prensibin yorum ve

---

mayacağıdır. Sanık suçsuzluk karinesinden yararlanır. Dolayısıyla, suçlu olduğu kesin hükümle sabit plana kadar suçsuz kabul edilir. 326/4. madde, hakkındaki hüküm kesinleşinceye kadar suçsuz olduğu kabul edilen sanığa, cezasının ağırlaşacağından çekinmeksizin temyize gidebilme imkânını tanımıştır. Fakat bunu yaparken, suç vasfının sanık aleyhine değişmesine bir yasak getirmemiştir. Nitekim bu yüzden yasağın adı 'aleyhe bozma yasağı' değil, cezanın ağırlaştırılması' yasağıdır. Suç vasfını belirlerken yapılan hukuka aykırılık nedeniyle hükmün sanık aleyhine bozulması durumunda, sonuç ceza ağırlaşmasa bile (suç vasfındaki değişiklikten kişi, emniyeti suiistimal vasfının zimmet olarak değişmesi durumunda olduğu üzere aleyhte etkilenebilecektir. CMUK'nun 326/4. maddesinin kıyasen hükümlüler için de uygulanabilmesi için, kıyas uygulamasına dayanak teşkil edecek benzerlikler tespit edilmesi gereklidir. Uyarlama yargılamasının konusu, hükümlünün isnat olunan suç fiilini işleyip İşlemediği değildir. Buradaki yargılamanın konusu, önceki kanuna göre verilmiş olan hükümde, yeni kanuna göre hükümlü lehine bir değişiklik yapılması gerekip gerekmediğidir. Yeni TCK'nın ilgili bütün hükümlerinin uygulanmasında, uyarlama yargılamasını yapan mahkeme, suçun unsurlarındaki, şiddet sebeplerindeki, suçu hafifleten sebeplerdeki değişiklikler vs. nedeniyle sübut sorununu çözmek zorunda kalabilir. Bu çerçevede yeni delil toplanması ve değerlendirilmesi veya önceden elde edilmiş delillerin yeni Kanun'a göre yeniden değerlendirilmesi gerekebilir. Sübut sorunu çözüldükten sonra elbette sıra, hukuki sorunun çözümüne gelecektir. Sübut sorununun çözülmesinin gerektiği hallerde verilen kararın gerekçesi CMUK m. 230'da yazılı bütün unsurları içermelidir. Oysa yeni delil toplanması veya önceden toplanmış delillerin yeniden değerlendirilmesi gerekmiyorsa, uyarlama yargılamasında verilen kararda ispata hangi delillerle ve nasıl ulaşıldığı, hangi isnadın hangi delil ya da delillerle sabit kabul edildiği açıklanmayacak, bu hususlarda önceki hükme göndermede bulunmakla yetinilecektir. Başka bir anlatımla, bu son halde uyarlama yargılamasında verilen karar, önceki kararla birlikte bir anlam ifade edecek, ondan bağımsız olarak uygulanamayacaktır. Bu halde, uyarlama yargılamasında sübuta ilişkin yeniden değerlendirme yapılması gerektiğinde, uyarlama yargılamasının süjelerinden biri olan 'hükümlü', CMK m. 326/4'deki sanığa benzetilebilir. Benzetme noktası böyle kabul edildiğinde, hukuki sorunun yan/sıra maddi sorununun da ele alındığı uyarlama yargılamalarında CMK m. 326/4'ün kıyasen uygulanabileceği, buna karşın yalnızca hukuki sorunun çözümlendiği uyarlama yargılamalarında, anılan maddenin hükümlüler açısından kıyasen uygulanmayabileceği kabul edilebilir." demektedir.

kıyas yöntemiyle genişletilmesi mümkün değildir ve hükümlüler bakımından uygulanamaz. Bu atıfet Yasa Koyucu tarafından, sadece sanık sıfatı henüz sona ermeyenlere tanınan bir sınırlı haktır. Bu niteliği nedeniyle de genişletilmeye elverişli olmayan istisnai haklar cümlesindendir. Bu nedenle Yasa Koyucunun iradesi dışında bir genişletmeye konu edilmesi, "ceza yargılaması hukukunda kıyasın geçerliliği ilkesi" ne dayanılarak hükümlülere de teşmil olunması ve böylece suçunun sübutu kesinleşen ve hakkındaki mahkûmiyet kararı kamunun takibine tevdi edilenlerin de, sadece lehteki yasa kapsamından değil ve fakat yeni hatalı uygulamalardan da yararlanabilir duruma kavuşturulması hak ve adalet ölçüleriyle bağdaşmayacak, ceza hukukunun toplum yararı ve düzenini sağlama hedefiyle de çelişecektir. Açıklanan nedenlerle, "hükümlüyü" "sanığa" kıyaslamanın doğru ve olanaklı bulunmadığını ve sonradan yürürlüğe giren lehteki yasa nedeniyle yapılan uyarlama yargılamasında, aleyhe bozma yasağından yararlanmasının, Yasa Koyucunun amacıyla ve bu amaç doğrultusunda oluşan Yargıtay içtihatlarıyla bağdaşmayacağını kabullenmek icap eder.'' sonucuna varılmıştır.

Kanımızca bu içtihat hatalı olup, kendi içerisinde çelişkiler barındırmaktadır. Zira 5252 sayılı Yürürlük Kanunu ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'da yer alan sınırlı kuralların dışında, uyarlama yargılamasında dosya üzerinden veya duruşmalı olarak yapılan muhakemede, hükmün verilmesinde, kanun yollarına başvuruda ve bunun sonuçlandırılmasında Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (ve yürürlükteki hükümleriyle CMUK'ta) yer alan usul kuralları uygulanmakta, buna göre karar verilmektedir. Eğer Yargıtay'ın, söz konusu Kanun hükümlerinin şüpheli ve sanıklara özgü olduğu şeklindeki gerekçesi esas alınırsa, adı geçen yargılamaların yapılmasının, verilen kararların temyizinin de mümkün olmaması gerekir. Dolayısıyla uyarlama yargılamasında bir yandan birçok noktada CMK (ve yürürlükteki kısmıyla CMUK) hükümlerini uygulanmasını kabul etmek, diğer yandan bu hükümlerin bir parçası olan aleyhe değiştirme yasağının kapsam dışı bırakmak çelişkilidir, hukuka aykırıdır. Hükümlünün, uyarlama sonucu verilen kararları temyiz etme hakkı kabul ediliyorsa, temyize ve sonuçlarına ilişkin hükümlerin bir bütün olarak uygulanması gerekir. Aleyhe değiştirme yasağının bunun dışında bırakılabilmesi için bu yönde açık bir hükmün olması lazımdır.

Aslında aksine olan ve yüksek mahkemece de benimsendiği görülen bu hukuksal yaklaşım, bireyi yasal çarelere başvurmaktan alıkoymakta, deyim yerindeyse, aldığı ceza ile yetinmeye zorlamaktadır. Gerçekten de somut olayda 1 yıl 6 ay ceza alan ve bu cezası ertelenen kişi, hukuk devletinin sağladığı güvencelere inanarak kanun yoluna başvurmakla, bizlerin de açıklamakta zorluk çektiği tarihsel bir hata yapmıştır. Daha basit bir anlatımla, ilgili keşke hakkımı aramasaydım noktasına gelmiştir. Özellikle vurgulamalıyız ki, modern hukuk devleti yurttaşlarına asla tuzak kurmamalıdır. Bu

nitelikte bir karar, maalesef, böyle bir benzetmeyi haklı kılmaktadır. Kaldı ki, yüksek mahkemenin değerlendirmesindeki hukuka aykırılıklar aleyhe bozma kuralıyla da sınırlı kalmamamış, kendisinin onaylayarak kesin hüküm vasfı kazandırdığı hükmü de yok sayarak, belki de hukuk tarihimizde bir ilke olumsuz anlamda imza atmıştır. Aşağıda bu noktalara dikkat çekerek açıklamalarımızı devam ettireceğiz.

2. Kesin Hükmün Önleyici Etkisi Açısından Değerlendirme:

Olayda yerel mahkeme ilk kararında A'yı, 765 sayılı TCK'nın 495/1. maddesinde öngörülen **basit yağma suçuna** teşebbüsten mahkum etmiş ve bu hüküm, Ceza Dairesi tarafından, "yasada öngörülen suç tiplerine uygun olarak nitelendirildiği" ve "yasal ve takdiri arttırıcı ve indirici nedenlerin gözetildiği" gerekçeleriyle onanarak kesinleşmiştir. Yerel mahkemedeki yargılamada ve kararda, yağma suçunun cezasının artırılmasını gerektiren ve 765 sayılı TCK'nın 497. maddesinde öngörülen nitelikli halleri (olay açısından suçun geceleyin işlenmesi) muhakeme konusu olmamıştır.

Buna karşılık ilgili Ceza Dairesinin bozma kararında ve yerel mahkemenin uymadan sonra verdiği kararda, suçun geceleyin işlendiğinden (ve 5237 sayılı TCK 149'daki yeni nitelikli unsurlardan) söz edilerek **nitelikli yağma suçu** kapsamında bir değerlendirme yapılmıştır. Böylece, daha önce yapılan ve kesin hükme bağlanan bir yargılamada dava konusu olmayan bir durum, sonraki uyarlama yargılamasında var kabul edilerek, adeta yargılamanın yenilenmesi niteliğinde bir sonuç ortaya çıkmıştır. Başka bir deyişle; hakkında basit yağma şeklinde kesin hüküm verilmiş bir olayın, aynı kapsamda bu defa nitelikli yağma olarak nitelendirilmesi, kesin hükmün etkisinin göz ardı edilmesi anlamına gelmektedir[4].

---

4 TURHAN bu konuda; "Hükmün açıklanması ve gerekçesinin tamamlanarak dosyasına konulması ile duruşma aşaması sona ermektedir. Muhakemeye katılanlardan hiçbirinin hükme karşı kanun yoluna başvurmaması durumunda, kanun yoluna başvuru süresinin dolmasıyla birlikte mahkemenin hükmü kesinleşecektir. Doktrin ve uygulamada kesin hüküm(Rechtskraft), şekli kesin hüküm ve maddi kesin hüküm olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bunları kısaca izah edecek olursak; **Şekli Kesin Hüküm**; karara karşı olağan kanun yollarının söz konusu olmaması ve kararın mahkeme tarafından değiştirilemezliği anlamına gelmektedir. Bir hüküm; *1- Hükme karşı kanun yolunun kapalı olması, 2- Kanun yolu süresinin başvuru yapmaksızın geçirilmiş olması, 3- Kanun yoluna başvuru hakkından vazgeçilmiş olması veya geri alınması, 4- Kanun yolu başvurusu üzerine Yargıtay'ın, davanın esasına hükmetmesi veya hukuka aykırılığı düzeltmiş olması, 5- Kanun yolu başvurusunun ret edilmiş olması* hallerinde kesin hüküm niteliği kazanmış olur. Şekli kesin hükmün, infaz edilebilme ve maddi kesin hükmün ortaya çıkması şeklinde iki sonucu mevcuttur.

Maddi Kesin Hüküm; hükmün maddi içeriği ile ilgilidir ve mahkeme tarafından çözümlenen uyuşmazlığın tekrar ceza muhakemesi konusu yapılamayacağı anla-

Bu yaklaşım biçimi, doğal olarak lehe kanunun belirlenmesinde de hukuka aykırı sonuçlara varılmasına sebep olmuştur. Zira sonraki faaliyet, yargılamanın yenilenmesi, önceki yargılamadaki hataların düzeltilmesi değil, kesin hükümle gerek maddi gerekse hukuki bir gerçek olarak ortaya çıkmış bir olayın yeni kanuna uyarlanmasına yönelik bir yargılamadır. Yerel mahkemenin uyarlamaya ilişkin ilk kararı, yöntem olarak önceki kesin hükmü dikkate alması, ona atıfta bulunması yönünden doğru bir karar iken, bozma kararına bağlı olarak uymadan sonra verilen son karar, belirtilen açılardan hukuka aykırı bir nitelik taşımaktadır.

3. Yağma Suçunun Nitelikli Unsurları Açısından Değerlendirme

Yargıtay Ceza Dairesi'nin bozma kararında ve bozmaya uyan yerel mahkemenin son kararında, olayda 5237 sayılı TCK'nın 149/1-(c), (d), (h)'de öngörülen nitelikli unsurların mevcut olduğu belirtilerek, lehe kanun saptaması buna göre yapılmıştır. Söz konusu hükümlere bakıldığında, (c) bendinde suçun, *"Birden fazla kişi tarafından birlikte",* (d) bendinde suçun, *"Yol kesmek suretiyle ya da konut veya işyerinde",* (h) bendinde suçun *"Gece vaktinde"* işlenmesi cezanın ağırlaşmasına sebep olan nitelikli unsurlar olarak düzenlenmiştir.

Söz konusu nitelikli unsurların öngörülme amacı, doktrinde ve uygulamada kabul ediliş biçimi dikkate alındığında, bunların somut olayda değerlendirilmesinin mümkün olmadığı ifade edilmelidir. (c) bendindeki durumun uygulanabilmesi için, madde gerekçesinde de açıkça vurgulandığı üzere suça katılan en az iki kişinin bulunması ve bu iki kişinin müşterek fail statüsünde bulunması gerekir. Oysa olayda tek bir fail bulunmakta olup, A -yerel mahkemenin son kararında belirtildiği üzere- azmettiren statüsündedir[5].

---

mına gelir. Maddi kesin hüküm önleme etkisi doğurur. Bunun anlamı, aynı fiilden dolayı aynı fail hakkında artık tekrar soruşturma ve kovuşturma yapılmasının yasak olmasıdır. Kesin hüküm hükmün gerekçesi açısından değil, sadece hüküm fıkrası açısından söz konusu olur. Mahkûmiyet hükmü söz konusu ise hükmün infazı mümkün hale gelir.
Kesin hüküm ancak; *1- Yargılamanın yenilenmesi, 2- Eski Hale getirme, 3- Yargıtay tarafından hükmün sanık lehine bozulmasında hükmü temyiz etmeyen sanıkların da bozmadan yararlanması* hallerinden birinin gerçekleşmesi ile ortadan kalkabilir" açıklamasını yapmaktadır. Bkz. TURHAN, Faruk, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006, s.394, 395. CENTEL- ZAFER, s. 558-561., Ayrıca ayrıntılı bilgi için bkz. YURTCAN, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul 1994, s.499- 557

5 Azmettirme, yardım etme, faillik müşterek faillik kavramları ve azmettirmenin benzer kavramlardan farkı için bkz; MAHMUTOĞLU Fatih Selami, Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:LXIII, Sayı: 1-2, İstanbul, 2005, 63-77

Başka bir deyişle olayda müşterek faillik söz konusu değildir. Bu hükmün öngörülme amacı da kişi sayısının mağdur üzerindeki korkutucu etkisi olup, burada tehdidi gerçekleştiren yalnızca bir kişi vardır[6]. Benzer şekilde (d) bendindeki nitelikli halin söz konusu olabilmesi için, kişinin konutuna girilmiş olması, konut dokunulmazlığının ihlali şarttır[7]. Bu nitelikli hal, bileşik suçun örneklerinden biri olup, konut dokunulmazlığını ihlal suçu yağma suçunun cezasını ağırlaştırmaktadır. Oysa olayda mağdurun konutuna girilmesi söz konusu değildir. Mağdurun konutunun telefonla aranmasının konut dokunulmazlığını ihlal anlamına gelmeyeceği, dolayısıyla yağma suçunun konutta işlenmesi durumunun mevcut olmadığı son derece açıktır. Nihayet (h) bendinde öngörülen gece vaktinin amacı, mağdura fiilen yönelmiş olan cebir veya tehdidin geceleyin korkutucu etkisinin daha fazla olması olup, telefon görüşmesinin gece yapılmasında bu etkiden mutlak bir şekilde söz etmek zordur. Kaldı ki geceleyin işleme unsuru, 765 sayılı TCK'nın 497. maddesinde de düzenlenmiş olup, bu husus kesin hükmün önleyici etkisi kapsamındadır.

Sonuç olarak, 5237 sayılı TCK'nın 149. maddesindeki nitelikli unsurların olayda mevcut olmamasına rağmen lehe kanunun saptanmasında bu hükmün dikkate alınması hukuka aykırıdır.

---

6 149. maddenin gerekçesi: *"Fıkranın (c) bendine göre, yağma suçunun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi, suçun temel şekline göre daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektirmektedir. Bu nitelikli hâlin varlığı için, yağma suçunu iki veya daha fazla kişinin* ***müşterek fail olarak işlemesi*** *gerekir. İki veya daha fazla kişinin suçu birlikte işlemesi hâlinde bir iştirak ilişkisi vardır ve bu kişilerin hepsi müşterek faildir. Ancak, yağma suçunun iştirak hâlinde işlenmesine rağmen, müşterek faillik ilişkisinin bulunmadığı durumlarda,* ***örneğin diğer suç ortaklarının azmettiren veya yardım eden olması hâllerinde, bu nitelikli unsur dolayısıyla cezada artırma yapılamayacaktır.*** *Bu hükmün kabulünde, yağma suçunun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesinin mağdur üzerinde oluşturabileceği zorlayıcı etki göz önünde bulundurulmuştur".*

Nitekim doktrinde aynı yönde görüşler ortaya koyarak; "Bu nitelikli halin varlığı için birden fazla kişinin birlikte fail olarak suçu işlemiş olması gerektiği için, suça azmettirme veya yardım biçiminde katılma durumlarında nitelikli hal uygulama alanı bulamaz" demektedir. TEZCAN Durmuş, ERDEM Mustafa Ruhan, ÖNOK Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2008, s.562; SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2010, s.413.

7 "Bir kimsenin konut veya eklentisine yönelik dışarıdan yaptığı çeşitli hareketler (örneğin, konutun penceresinden içeriye bakma, kapıya kulağını dayayarak dinleme, müştemilâtın sınırlarını belirleyen duvardan içeriye bakma, cama taş atma ya da camı tıkırdatma, dış kapı zilini çalma, telefon etme) konut dokunulmazlığını ihlâl suçunu oluşturmaz. Bu ihtimalde diğer şartları da mevcut ise, 123 üncü maddede düzenlenen kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçu gerçekleşir", bkz. ARTUK, Mehmet Emin-GÖKCEN, Ahmet-YENİDÜNYA, A. Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2009, s.321, 322. Ayrıca bkz. TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, s.563.

4. Temel Cezanın Saptanması Açısından Değerlendirme:

Yerel mahkeme ilk kararında, iki sınır arasındaki temel cezayı saptarken, *"takdiren arttırıcı sebepler bulunmadığı"* gerekçesiyle cezanın alt sınırdan hüküm kurmuş, onamadan sonraki uyarlama kararında da "*yargılama aşamasında takdir edilen durum esas alınarak"* gerekçesiyle yine alt sınırı esas alarak uyarlama yapmıştır. Buna karşılık bozmadan sonraki son kararında ise, *"suçun işleniş şekli, yaratılan tehlike ve zarar durumları dikkate alınarak, takdiren, öngörülen cezanın alt sınırından uzaklaşılması"* şeklindeki yetersiz bir gerekçeyle alt sınırın üstüne çıkılmıştır[8]. Mahkemenin bu kararı, çeşitli açılardan hukuka aykırıdır. Öncelikle mahkemenin, önceki kararlarından farklı uygulama yapmasını gerektirecek maddi veya hukuki bir yenilik söz konusu değildir[9]. Suçun işleniş şeklinde ve yaratılan tehlikede herhangi bir değişiklik bulunmamaktadır. Keza temel cezanın saptanması kurallarında yeni TCK'da olay bağlamında esasa etkili bir farklılık mevcut değildir. Ayrıca Yargıtay'ın bozma kararında cezanın bireyselleştirilmesinde eski TCK ile yeni TCK arasındaki farklılık olarak teşebbüs hükümlerine işaret edilmiş olup, meydana gelen zarar veya tehlike zaten bu hükümler

---

8 "Hâkimlerin somut cezanın belirlenmesinde objektif davranmaları ve kanunda gösterilen esaslara uymaları, cezanın belirlenmesinde objektif davranmaları ve kanunda gösterilen esaslara uymaları, cezanın belirlenmesindeki her bir işlem için gerekçe gösterme yükümlülüğü ile sağlanmıştır. Anayasa'nın 141 ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 34. Maddesine göre hâkim her türlü kararında gerekçe göstermek zorundadır. Cezanın belirlenmesiyle ilgili olarak bu husustaki yükümlülük, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 230. Maddesinin 1. Fıkrasının c bendinde gösterilmiştir". Bkz. KOCA, Mahmut-ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011, s.528; ARTUK, Mehmet Emin-GÖKCEN, Ahmet-YENİDÜNYA, A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2009, s.880.

Buna ilişkin Yüksek Mahkeme'nin vermiş olduğu birkaç karara da yer vermek isteriz.

"5237 sayılı TCK'nun 61/1 maddesi uyarınca, sanık hakkında alt sınırdan ceza tayini halinde dahi yasal ve yeterli gerekçe gösterilmesi gerektiği nazara alınmadan" alt sınırdan uzaklaşmayı gerektirir hal bulunmadığından" bahisle yetersiz gerekçeyle asgari hadden ceza tayini" **YARGITAY 5.C.D.,22.01.2007, 10702/34.**
'Sanık hakkında temel hürriyeti bağlayıcı cezanın alt sınırından uzaklaşarak karar verilirken, 5237 sayılı TCK'nun 61. Maddesinde sayılan cezanın bireyselleştirilmesindeki ölçütler esas alınarak, takdirin kullanılmasıyla alt ve üst sınır arasında bir belirleme yapılması gerekirken, gerekçe gösterilmeden alt sınırdan uzaklaşılarak ceza tayin edilmesi" **Yargıtay 8. C.D. 24.05.2007, 2037/4094.**

9 "Sadece sanığın temyizi üzerine bozulan bir hükümde, temel ceza alt sınırdan belirlendiği halde, lehe bulunan yeni yasanın uygulanmasında aleyhe olarak alt sınırın üzerinde belirlenmesi doğru değildir. Böyle bir uygulama, aleyhe ağırlaştırma yasağını ihlal eder. Bu konuda YARGITAY 8 C.D.6.7.2006, 2912/6158" ÜNVER-HAKERİ, s.803,804

çerçevesinde değerlendirilmiş durumdadır. Bu hususun 61. madde kapsamında ayrıca değerlendirilmesi doğru değildir[10].

Yapmış olduğumuz açıklamalardan da anlaşılmaktadır ki, söz konusu karar gerek aleyhe bozma yasağının temel ilkelerine, gerekse kesin hükmün önleyici etkisine bütünüyle aykırıdır. Kaldı ki kesin hükmün anılan özelliğine rağmen yapılan hukuksal irdelemelerde, dosya bilgileriyle örtüşmemekte, daha açık bir deyişle, olayda mevcudiyeti sonradan tartışma konusu yapılan nitelikli hallerin somut olaya uygunluğu ile saptanan temel cezadan ayrılmanın gerekçeleri de vurgulanan hukuka aykırılıkların devamı şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

Kaynakça

Artuk, Mehmet Emin-Gökcen, Ahmet-Yenidünya, A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2009

Centel, Nur- Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2008

Koca, Mahmut-Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011,

Mahmutoğlu, Fatih Selami, Uğur Alacakaptan'a Armağan, Cilt 1, İstanbul, 2008

Mahmutoğlu Fatih Selami, Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:LXIII, Sayı: 1-2, İstanbul, 2005

---

10 "Ceza hukukunda cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinde etkili olan hususların sadece bir kez değerlendirilmeye tabi tutulabileceği anlamına gelen *çifte değerlendirme yasağı ilkesi* geçerlidir. Bu ilkeye 61. Maddenin 3. Fıkrasında; "birinci fıkrada belirtilen hususların suçun unsurunu oluşturduğu hallerde, bunlar temel cezanın belirlenmesinde ayrıca göz önünde bulundurulmaz" şeklinde yer verilmiştir. Temel cezanın belirlenmesinde etkili olan hususların suçun unsurunu oluşturması farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak hususlardan bazıları, kanundaki genel veya özel hükümler arasında, cezanın belirlenmesinde dikkate alınacak unsurlar olarak düzenlenmiş olabilir. Örneğin; teşebbüs halinde kalmış suçlarda cezada yapılacak indirimde dikkate alınacak tehlikenin veya zararın ağırlığı temel ceza belirlenirken dikkate alınmayacaktır". Bkz. ÜZÜLMEZ, ilhan, "Yeni Ceza Kanununun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: X, Sayı: 3-4, Erzincan 2006, s.217; KOCA-ÜZÜLMEZ, s. 539. İlkeye; *"iki kez değerlendirme yasağı"* ismi de verilmektedir. Bkz. ÖZTÜRK, Bahri-ERDEM, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2008, n.645.

Öztürk, Bahri-Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2008, n.645.

Öztürk, Bahri- Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan-Sırma, Özge-Saygılar, Yasemin F.-Alan, Esra, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2010

Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2010

Tezcan, Durmuş, Erdem Mustafa Ruhan, Önok Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2008

Turhan, Faruk, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006

Üzülmez, İlhan, "Yeni Ceza Kanununun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: X, Sayı: 3-4, Erzincan 2006

Ünver Yener, Hakeri Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2011, s.800-804

Yurtcan, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul 1994

Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi ve Türk Hukuku

*Ayşe NUHOĞLU**

I. Genel Olarak

İstismar, genel olarak çocuğa yönelik kötü muamele niteliğindeki fiiller olarak tanımlanabilir. Dünya Sağlık Örgütü tarafından istismar, çocuğun sağlığını, fiziksel ve psikososyal gelişimini olumsuz etkileyen, bir yetişkin, toplum veya Devlet tarafından bilerek ya da bilmeyerek yapılan tüm davranışlar olarak tanımlanmıştır[1].

Dünya Sağlık Örgütünün tanımından da anlaşılacağı üzere istismar eylemleri, başta cinsel, fiziksel, ekonomik, duygusal olmak üzere çeşitli şekillerde gerçekleşebilir. Türk Ceza Kanunu da diğer ceza kanunları gibi tüm bu istismar eylemlerini çeşitli maddelerinde cezalandırmaktadır. Örneğin fiziksel istismar, bazı hallerde yaralama suçu olarak 86. madde ile, bazı hallerde de kötü muamele suçu olarak 232. madde ile yaptırıma bağlanmıştır. Bunun gibi Ceza Kanunu'nun hakaret, (m. 125), terk (m. 97), aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali (m. 233) gibi suçlarla da çocuğun istismarı önlenmeye çalışılmıştır.

Asıl inceleme konusu olan cinsel istismar esas olarak TCK'nun 103. maddesinde yaptırıma bağlanmış, bunun yanında 104 ile 226 ve 227. maddelerinde de konuyla ilgili düzenlemeler mevcuttur.

Bilindiği üzere tüm bu suçlar 1 Haziran 2005 yürürlüğe giren Türk Ceza Kanunu ile yeniden düzenlenmiş ve yaptırıma bağlanmıştır. 1 Haziran 2005 tarihinden sonra, Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi 6084 sayılı Kanunla 25.11.2010 tarihinde kabul edilmiştir[2].

---

* Prof. Dr., Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Öğretim Üyesi.

1 http://tr.wikipedia.org/wiki/Çocuk_istismarı (08.09.2011).

2 RG. 10.12.2010/27781.

Bu halde Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca Türkiye'nin bu Sözleşmeye uygun yasal düzenleme yapma zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla Türk Ceza Kanununda, adı geçen Sözleşme ile düzenlenen konulara ilişkin suç tiplerinden Sözleşmeye aykırı unsurlar içeren suç tiplerine ilişkin yeni düzenleme yapılması gerekmektedir.

Nitekim Almanya'da çocukların cinsel istismarını düzenleyen hükümlerde Sözleşme ile paralellik sağlamak amacıyla değişiklikler yapılmıştır. Alman kanunkoyucusu kanun değişikliğinin gerekçesinde, 22.12.2003 tarihli Çocukların Cinsel Sömürüsü ve Çocuk Pornografisiyle Mücadeleye ilişkin Avrupa Birliği Konseyi Çerçeve Kararı'nın[3] 12. maddesinin 1. fıkrası uyarınca 20.01.2006 tarihine kadar bu karara uygun düzenleme yapma yükümlülüğü nedeniyle kanun değişikliği yoluna gidildiği belirtilmiştir. Bu kapsamda Alman Ceza Kanunu'nda "16 yaşından küçüklere karşı gerçekleştirilen cinsel hareketler" başlıklı paragraf ile çocuk pornografisine ilişkin paragraflarda değişiklik yapılmış ve hükümlerin uygulama alanı genişletilmiştir. Alman Ceza Kanunu'nun 182. paragrafında yapılan değişiklikle 16 ve 17 yaşındaki çocuklar da paragraf kapsamına alınmış ve suça teşebbüsün cezalandırılacağı belirtilmiştir. Bu Çerçeve Kararı uyarınca ayrıca çocuk pornografisine ilişkin paragrafda değişiklik yapılmış, çocuk pornografisine ilişkin görüntülerin, resimlerin yayılması, bulundurulması suç haline getirilmiştir[4].

II. Türk Ceza Kanununda Çocuğun Cinsel İstismarı

1. Genel Olarak

Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddesinin başlığı çocukların cinsel istismarıdır. TCK'nun 6. maddesindeki tanıma göre, çocuk, henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişidir. Bu maddede 18 yaşını doldurmamış olanlara yönelik cinsel davranışlar düzenlenmiştir. Ancak çocuğa yönelik cinsel davranışın bu madde uyarınca cezalandırılması için vücut dokunulmazlığını ihlal edici nitelikte olması gerekir. Her ne kadar madde metninden böyle bir koşul aranmamakta ise de, Yargıtay 5. Ceza Dairesi birçok kararında[5], çocuğun vücut dokunulmazlığını ihlal etmeyen, dolayısıyla çocuğun bedenine temas teşkil etmeyen hareketlerin TCK'nun 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunu oluşturacağını kabul etmiştir. Belirtmek gerekir ki çocuklara ve yetişkinlere karşı gerçekleştirilen cinsel taciz şeklindeki eylemlerin aynı

---

3 Abl. EU Nr. L 13 20.01.2004

4 Değişiklik gerekçesi için bkz. Drucksache 16/3439, 16.11.2006, http://www.flegel-g.de/Sexualstrafrecht-bundesdrucksache16-3439.pdf. (31.05.2011). (http://www.bundesrat.de/nn_1934482/SharedDocs/Drucksachen/2008/0601-700/614-08,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/614-08.pdf.

5 5 CD, 16.04.2009, 2009/4768; 5 CD, 13.03.2007, 2007/1887.

ağırlıkta ve nitelikte görülerek aynı madde uyarınca yaptırıma bağlanması suç ve ceza politikası açısından yerinde olmamıştır.

Türk Ceza Kanununda çocuğun cinsel istismarı başlıklı 103. maddede sadece, çocuğa yönelik, onun beden bütünlüğünü ihlal eden cinsel hareketler düzenlenmiştir. Bu bakımdan Türk ceza hukuku sisteminde çocuğun cinsel istismarı ifadesinin anlam ve kapsamı uluslararası hukuka göre çok daha dardır. Aşağıda uluslararası sözleşmelerde çocuğun cinsel istismarı ifadesinin kapsam ve anlamı belirtilecektir.

Ceza Kanununda çocuğun cinsel istismarı suçu düzenlenirken, çocuğun yaşı, rızasının bulunup bulunmadığı, mağdurun vücuduna organ veya cisim sokulup sokulmadığı gözönüne alınmış ve buna göre yaptırımı belirlenmiştir.

Cinsel istismara uğrayan çocuk 15 yaşını doldurmuş ve rızası ile cinsel ilişkiye girmişse TCK'nun 104. maddesinde düzenlenen suç oluşurken, 15 yaşını doldurmuş çocukla rızaya dayalı olan cinsel ilişki derecesine varmayan veya vücuda cisim veya organ sokulmaksızın gerçekleştirilen cinsel hareketler suç olarak düzenlenmiş değildir. 15 yaşından küçük çocuğa yönelik cinsel hareketlerde bulunulması halinde cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilmesi hali, ağırlatıcı sebep olarak öngörülmüşken, 15 yaşını tamamlamış çocuklara yönelik cinsel hareketlerin cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilmesi hali, suçu unsuru olarak öngörülmüştür.

Sözleşmede ise"çocuğun cinsel istismarı" deyiminin çok daha geniş anlamı vardır. Ceza Kanununda müstehcenlik, cinsel taciz, fuhuşa teşvik kapsamında düzenlenen suç tipleri Sözleşme uyarınca cinsel istismar olup, ayrıca Sözleşmede suç olarak düzenlenmesi gereken bazı eylemler Türk Ceza kanununda suç olarak düzenlenmiş değildir. Bu konunun ayrıntısına aşağıda değinilecektir.

2. Suçun Faili ve Mağduru

Cinsel istismar suçunun faili kadın erkek herkes olabilir. Türk Ceza Kanunu fail ile mağdur arasındaki yaş farkını gözönüne alan bir düzenleme yapmadığından, failin yaşı bakımından da bir özellik göstermez.

Bazı Kanunlarda örneğin Alman Ceza Kanununun Gençlerin Cinsel istismarı başılıklı 182. maddesinde, fail ile mağdurun yaşlarını dikkate alan bir düzenleme bulunmaktadır[6]. İsviçre Ceza Kanununda da mağdur ile failin

---

6 Alman CK madde 182: (Gençlerin cinsel istismarı) (1) Onsekiz yaşını tamamlamış olan bir kişi, henüz onaltı yaşını tamamlamamış olan diğer bir kişiyi,

1. içinde bulunduğu zaruret halini kötüye kullanmak veya ivaz karşılığında onun üzerinde cinsel davranışlarda bulunmak veya ona kendisi üzerinde bu tür hareketler yaptırmak veya

yaş farkını esas alan bir düzenleme mevcuttur. İsviçre Ceza Kanunu'nun 187. maddesi uyarınca 16 yaşından küçük çocuğa karşı cinsel hareketlerde bulunmak suçtur. Aynı maddenin 2. fıkrası uyarınca eyleme katılanlar arasındaki yaş farkının üçten az olması cezasızlık sebebidir[7].

Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddesinin başlığı çocukların cinsel istismarıdır. TCK'nun 6. maddesindeki tanıma göre, çocuk, henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişidir. Çocuk Koruma Kanunu'nun 3. maddesi uyarınca daha erken yaşta ergin olsa bile, 18 yaşını doldurmamış kişi çocuktur. Bu hükümler gözönüne alındığında 18 yaşından daha erken yaşta ergin olunması halinde[8], bu kişinin Ceza Kanunu uygulamasında çocuk sayılıp sayılmayacağı gündeme gelmektedir. Öğretide farklı görüşler, farklı gerekçelerle savunulmaktadır. Bu iki hüküm ÇKK'nun 2. maddesi[9] ile birlikte değerlendirildiğinde, Çocuk Koruma Kanunu'nun uygulandığı durumlarda 18 yaşından küçüklerin evlenme ya da mahkeme kararıyla reşit olup olmadıklarına bakılmaksızın çocuk olarak kabul edilmeleri gerekecektir. Ancak diğer kanunların

---

2. içinde bulunduğu zaruret halini kötüye kullanarak, bu kişinin üçüncü bir şahıs üzerinde cinsel davranışlarda bulunmasına veya üçüncü bir kişinin kendisi üzerinde bu tür cinsel hareketler yaptırmasına sevk etmek suretiyle istismar ederse, beş yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır.

(2) Yirmibir yaşını tamamlamış olan bir kişi, onaltı yaşını tamamlamamış olan bir kişiyi, ... şeklindedir. (madde metninin türkçesi için bkz. Yenisey/Plagemann, Strafgesetzbuch (StGB) Alman Ceza Kanunu İstanbul 2009, s. 256 vd.)

7 Maddenin Almanca metni için bkz. Rehberg, StGB Schweizerisches Strafgesetzbuch, OrellFüssli, 1993.

8 Türk Medeni Kanunu'nun 11. maddesinde erginlik yaşı 18 olarak kabul edilmiş, 12. maddesinde 15 yaşını doldurmuş kişinin anne ve babasının rızası ile ve mahkemenin onayı ile ergin kılınabileceği kabul edilmiş, ayrıca 16 yaşını doldurmuş kişinin hakim kararı ile, 17 yaşını doldurmuş kişinin ise anne ve babasının rızası ile evlenebileceği, dolayısıyla ergin kılınacağı belirtilmiştir. Bu halde ergin kılınan kişi ÇKK'nun uygulanmasında çocuk olarak kabul edilirse de, Türk Ceza Kanunu ve diğer kanunların uygulanmasında çocuk olarak kabul edilmeyecektir. Çünkü Ceza Kanununda muhtelif maddelerde "çocuk" ve "18 yaşından küçük" kavramları kullanılmıştır. Örneğin TCK'nun 76, 82, 90, 94, 96, 103, 109, 194, 226, 227, 228, 229, ve 233. maddelerinde çocuk kavramını kullanmışken insan ticareti suçunun düzenlendiği 80. maddesinde ise "onsekiz yaşından küçük" ibaresi kullanılmıştır. TCK'nun zamanaşımına ilişkin 66. maddesinde ise hem çocuk hem de 18 yaş ibareleri kullanılmıştır. 66. madde uyarınca, zamanaşımı ... çocuklara karşı üstsoy veya bunlar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından işlenen suçlarda çocuğun onsekiz yaşını bitirdiği günden ... itibaren işlemeye başlar.

9 ÇKK madde 2: Bu Kanun, korunma ihtiyacı olan çocuklar hakkında alınacak tedbirler ile suça sürüklenen çocuklar hakkında uygulanacak güvenlik tedbirlerinin usûl ve esaslarına, çocuk mahkemelerinin kuruluş, görev ve yetkilerine ilişkin hükümleri kapsar, şeklindedir. Bu halde Kanun zamanaşımı bakımından ergin olup olmadığına bakılmaksızın 18 yaşın doldurulmasının esas alınması gerektiğini belirtmektedir.

uygulandığı durumlarda, çocuk olarak kabul edebilmek için, 18 yaşından küçük olanın ayrıca mahkeme kararı veya evlenme ile ergin kılınmamış olması koşulu da aranacaktır. Nitekim TCK.'nun 6. maddesinin gerekçesinde de "Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi hükümleri göz önünde bulundurularak, çocuk deyiminden henüz onsekiz yaşını doldurmamış olan kişilerin anlaşılması gerektiğine dair bir tanıma yer verildiği" belirtilmiştir[10]. Görüleceği üzere madde gerekçesinde açıkça ergin olan veya ergin kılınan 18 yaşından küçük kişilerin, erginlerin hukukuna tabi olduğu anlaşılmaktadır.

Konu Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması bakımından incelendiğinde, Sözleşmenin 18. maddesinde, "taraflardan herbirinin bir çocukla cinsel ilişkide bulunmanın yasak olduğu yaş alt sınırına karar vereceği" belirtilerek, yaş sınırı konusunu taraf devletlere bırakmıştır. Ancak maddenin 2. paragrafında, yasal olarak cinsel ergenlik çağına gelmemiş çocukla cinsel faaliyette bulunma suç olarak düzenlenmesi zorunluluğuna, "küçükler arasında rızaya dayalı cinsel faaliyetleri düzenleme yönelik olmadığı" belirtilmiştir. Türk Ceza Kanununda her iki tarafın 15 yaşından küçük olması ve rızaen cinsel faaliyette bulunmasına ilişkin ayrık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu bakımdan, rızaen cinsel faaliyette bulunan küçükler arasındaki yaş farkının dikkate alındığı Sözleşmeye uygun yasal bir düzenleme yapılmalıdır.

Alman Ceza Kanununda ise 22.12.2003 tarih ve 2004/68 JI sayılı AB Çerçeve Kararından sonra, Kanunun 182. maddesi 16 ve 17 yaşındaki küçükleri de kapsayacak şekilde genişletilmiştir. 182. maddenin 1. fıkrasındaki "16 yaşından küçük" ifadesi yerine "18 yaşından küçük" ifadesi getirilmiştir[11].

3. Suçun Maddi Unsuru

TCK'nun 103. maddesinde düzenlenen çocukların cinsel istismarı suçunun maddi unsuru, her türlü cinsel davranış" dır. Aslında Kanunun ifadesinden, çocuğa yönelik her türlü cinsel davranışın bu suçu oluşturduğu, mutlaka çocuğun bedenine teması gerektiren hareketlerin bulunmasının gerekmediği anlaşılmaktadır. Ancak Yargıtay çocuğa yönelik cinsel davranışın bu madde uyarınca cezalandırılması için vücut dokunulmazlığını ihlal edici nitelikte olması gereğini aramaktadır. Her ne kadar madde metninden böyle bir koşul

---

10 Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 1. maddesinde; "Bu Sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, onsekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır" hükmü bulunmaktadır.

11 Bkz. Drucksache 614/08, 29.08.2008, (http://www.bundesrat.de/nn_1934482/SharedDocs/Drucksachen/2008/0601-700/614-08,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/614-08.pdf. Bundesrat Drucksache 614/08 (29.05.2011)

aranmamakta ise de, Yargıtay 5. Ceza Dairesi birçok kararında[12], çocuğun vücut dokunulmazlığını ihlal etmeyen, dolayısıyla çocuğun bedenine temas teşkil etmeyen hareketlerin TCK'nun 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunu oluşturacağını kabul etmiştir. Belirtmek gerekir ki çocuklara ve yetişkinlere karşı gerçekleştirilen cinsel taciz şeklindeki eylemlerin aynı ağırlıkta ve nitelikte görülerek aynı madde uyarınca yaptırıma bağlanması suç ve ceza politikası açısından yerinde olmamıştır. Öte yandan 102 ve 103. maddelerin suçun maddi unsurunu belirtmek üzere kullandıkları ifadeler arasındaki fark ve 105. maddenin gerekçesi dikkate alındığında 5. CD'nin ulaştığı sonuca ulaşmak mümkün gözükmemektedir[13]. 105. maddenin gerekçesinde, 102. maddede belirtilen "vücut dokunulmazlığının ihlali" ibaresine atıf yapılmıştır. Yoksa 103. madde ile herhangi bir ilişki kurulmamıştır.

Öte yandan 105. maddede düzenlenen cinsel taciz suçu şikayete bağlı bir suçtur. Çocuğa karşı işlendiğinde çocuğun ve/veya velisinin şikayetini aramak, Sözleşmeye aykırı olacaktır. Çünkü Sözleşmenin 25. maddesinin 6. fıkrasına göre[14], "taraflardan herbiri, bu Sözleşmenin 18, 19. maddeleri, 20.

---

12 Bkz. Yukarıda dipnot 5 de belirtilen kararlar.

13 Tezcan/Erdem/Önok,Teorike ve Pratik Ceza özel Hukuku, 6. Baskı, s. 327-328.

14 Sözleşme madde 18: Cinsel İstismar

1. Tarafların her biri, aşağıdaki kasıtlı davranışların suç olarak düzenlenmesini sağlamak için gerekli yasal ya da diğer tedbirleri alır.

a. Ulusal hukuk hükümlerine göre yasal cinsel erginlik yaşına ulaşmamış çocukla cinsel faaliyetlerde bulunmak;

b. Bir çocukla aşağıdaki yollarla cinsel faaliyette bulunulması halinde:

– cebir, zorlama ve tehdit kullanma veya

– aile mensupları da dahil olmak üzere, çocuk üzerindeki güven, otorite ve nüfuz un kullanılarak istismarın gerçekleştirilmesi; veya

– özellikle zihinsel veya fiziksel özürlülüğü ya da bağımlılığı sebebiyle, çocuğun savunmasız durumundan yararlanarak istismarın gerçekleştirilmesi.

2. Yukarıdaki 1. fıkranın amacına uygun olarak, taraflardan her biri, çocukla cinsel faaliyette bulunmanın yasak olduğu alt yaş sınırını kararlaştırır.

3. 18. maddenin hükümleri, çocuklar arasındaki rızaya dayalı cinsel faaliyetlere uygulanmaz.

Sözleşme madde 19: Çocuk fuhuşu ile ilgili suçlar

1. Tarafların her biri, aşağıdaki kasıtlı davranışların suç olarak düzenlenmesini sağlamak için gerekli yasal ya da diğer tedbirleri alır.

a. çocuğun fuhuşa sürüklenmesi ya da çocuğun fuhuşa katılmasına neden olmak;

b. çocuğa zorla fuhuş yaptırmak ya da bundan yarar sağlamak veya bu amaçlarla çocuğu başka bir şekilde suistimal etmek;

c. çocuk fuhuşuna katılmak.

2. Mevcut maddede anılan "çocuk fuhuşu" ödeme, taahhüt ya da karşılığın çocuğa ya da üçüncü bir kişiye yapılmasına bakılmaksızın; para veya başka bir biçimde bedel ya da karşılık verilerek ya da ödeme taahhüdü yapılarak çocuğun cinsel etkinlikler için kullanılması olgusu anlamına gelir.

maddenin 1a fıkrası ve 21. madde gereğince belirlenen suçların kovuşturulması amacıyla 1d ve e fıkraları sözkonusu olduğunda yargılama yetkisinin ancak mağdurun bildirimi veya suçun işlendiği ülkenin şikayeti üzerine kovuşturma açılabileceği şartına bağlı olmamasını temin için gereken yasal ve diğer tedbirleri alır" hükmünü içermektedir. Çocuğa karşı gerçekleştiren cinsel taciz niteliğindeki fiillerin TCK'nun 105. maddesi uyarınca cezalandırılması uygulamasına devam edilecekse, Sözleşmeye uyum sağlanması açısından, en azından çocuklara karşı işlendiğinde, soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suç olmaktan çıkarılması gerekmektedir.

Ayrıca Sözleşmenin 27. maddesi, Taraf devletlerin her biri için Sözleşmedeki suçların ciddiyetini gözönünde bulundurarak etkin, makul ve caydırıcı yaptırımlarla cezalandırmayı sağlamak için gereken tedbirleri alma yükümlülüğü öngörmektedir. Bu bakımdan Türk Ceza Kanununda, 105. maddede öngörülen yaptırımın üç aydan iki yıl kadar hapis cezası olduğu, 2. fıkrada öngörülen ağırlatıcı sebeplerin varlığı halinde ise cezanın yarı oranında artırılacağı gözönüne alındığında, hükmün açıklanmasının geri bırakılması (CMK 231) ve infazın ertelenmesi (TCK 52) madde hükümleri gözönüne alındığında yaptırımın etkin, caydırıcı olduğu söylenemeyecektir.

Öte yandan Sözleşmenin 15 ve 16. maddeleri[15] cinsel istismar suçu isna-

---

Sözleşme madde 20/1-a: 1. Tarafların her biri, haksız biçimde kalkışılan aşağıdaki kasıtlı davranışları suç olarak tanıyacağını temin etmek için gerekli yasal ya da diğer tedbirleri alır:

a. çocuk pornografisi üretmek;

Sözleşme madde 21: Çocuğun pornografik eserlere katılımı ile ilgili suçlar

1. Tarafların her biri, aşağıdaki kasıtlı davranışları suç olarak tanıyacağını temin etmek için gerekli yasal ya da diğer tedbirleri alır:

a. çocuğun pornografik eserlere itilmesi veya çocuğun bu eserlere katılımına neden olmak;

b. çocuğu pornografik eserlere katılmaya zorlamak ya da bundan yarar sağlamak veya bu amaçlarla çocuğu başka bir şekilde suistimal etmek;

c. çocukların yer aldığı bir pornografik eserlere bilerek katılmak.

2. Taraflardan her biri, 1. fıkranın a ve b bentlerine uygun biçimde çocukların itildiği ya da zorlandığı durumlarda, c bendinin uygulanmasını sınırlama hakkını saklı tutabilir.

15 Sözleşme madde 15: Genel ilkeler

1. Tarafların her biri, çocukların cinsel doğasına karşı tekrar suç işlenmesine yönelik tehlikelerin önlenmesi ve indirgenmesi amacıyla 16. maddenin 1. ve 2. fıkralarında anılan kişilere yönelik etkili müdahale programlarını ya da tedbirlerini, iç hukuku doğrultusunda, sağlar ve geliştirir. Bu tür programlara ya da tedbirlere, iç hukukça belirlenen koşullara uygun olarak, hapishane içinde veya dışında, yargılama sırasında her zaman erişilebilir.

2. Tarafların her biri, özellikle sağlık hizmetleri ile sosyal hizmetler ve yargısal makamlar ile 16. maddenin 1. ve 2. fıkralarında anılan kişilerden sorumlu diğer kurumlar başta olmak üzere, yetkili makamlar arasındaki ortaklık ya da diğer işbirliği türlerinin gelişimini, iç hukuku doğrultusunda, sağlar veya ilerletir.

dıyla yargılananların ve bu suçtan hüküm giyenlerin takibi yükümlülüğünü getirmektedir. Hukukumuzda ise infazın ertelenmesi veya hükmün açıklanmasının geri bırakılması gibi kurumlar dışında, cezanın infazından sonra hükümlüleri takip yükümlülüğü öngören bir düzenleme bulunmamaktadır.

4. Suçun Manevi Unsuru

Çocuğun cinsel istismarı suçunun manevi unsuru kasttır. Suç genel kastla işlenen bir suç olduğundan olası kastla da işlenebilir. Failin kastının hem cinsel ilişkiye hem de mağdurun yaşına yönelik olması gerekir[16]. Suçun manevi unsuru, suçun maddi unsurunu bilmek ve istemektir. Suçun nitelikli halinin oluşması için failin şehvet, cinsel dürtülerini tatmin etme gibi bir saikle hareket etmesi aranmaz.

Ancak 103. maddenin 1. fıkrasında düzenlenen basit cinsel istismar suçunun oluşması için failin cinsel dürtülerini tatmin amacıyla hareket etmesi gerekir[17]. Cinsel duyguları tatmin amacı olmaksızın gerçekleştirilen hareketler yaralama suçunu, kötü muamele suçunu oluşturabilir.

---

3. Tarafların her biri, 16. maddenin 1. ve 2. fıkrasında anılan kişilerce işlenen, bu Sözleşme doğrultusunda düzenlenen suçların olası tekerrür riskini ve bu suçların tehlikelilik değerlendirmesini, uygun program veya tedbirlerin tanımlanması amacıyla, kendi iç hukuku doğrultusunda, gerçekleştirir.

4. Tarafların her biri, tamamlanan program ve tedbirlerin etkililiğinin değerlendirmesini, kendi iç hukuku doğrultusunda gerçekleştirir.

Sözleşme Madde 16: Müdahale programlarının ve tedbirlerinin uygulanacağı kişiler

1. Tarafların her biri, bu Sözleşme doğrultusunda düzenlenen suçlardan herhangi birisini konu edinen cezaî yargılamaya tabi olan kişilerin, adil ve tarafsız yargılamanın gereklerine uygun ve savunmaya dair haklara aykırı ve zarar verici olmamak ve özellikle masumiyet karinesi ilkesini düzenleyen kurallara gerekli saygıyı göstermek kaydıyla, 15. maddenin 1. fıkrasında anılan program veya tedbirlere erişmesini, kendi iç hukuku doğrultusunda, sağlar.

2. Tarafların her biri, bu Sözleşme doğrultusunda düzenlenen suçlardan herhangi birisinden mahkûm olan kişilerin, 15. maddenin 1. fıkrasında anılan program veya tedbirlere erişmesini, kendi iç hukuku doğrultusunda, sağlar.

3. Tarafların her biri, cezaî sorumluluk yaşının altında olanlar da dâhil olmak üzere cinsel suç işleyen çocukların gelişimsel ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla, cinsel davranış sorunlarına yönelik olarak müdahale programlarının ve tedbirlerinin geliştirilmesini ya da uyarlanmasını, kendi iç hukuku doğrultusunda, sağlar.

16 Tezcan/Erdem/Önok, s. 329.

17 Sevük- Yokuş, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları, TBB Dergisi, S. 57, 2005, 268.

5. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

Çocuğun cinsel istismarı suçunun hem basit hem de nitelikli şekline teşebbüs mümkündür. Basit cinsel istismar suçu sırf hareket suçu olsa da, icra hareketleri kısımlara bölünebildiği sürece suça teşebbüs mümkündür.

Gönüllü vazgeçme hali mevcut ise, yani fail nitelikli cinsel istismar suçuna ilişkin icra hareketlerine başlamış, ancak gönüllü olarak bu eylemden vazgeçmiş ise, basit cinsel istismar veya cinsel taciz suçundan dolayı cezalandırılabilecektir.

III. Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu (TCK m. 104)

1. Genel Olarak

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu Ceza Kanununun 104. maddesinde düzenlenmiştir. Madde ile reşit olmayanla rızaen cinsel ilişki yaptırıma bağlanmaktadır. Maddede eylemin rızaen gerçekleştirildiğini belirtmek üzere, "cebir, tehdit ve hile olmaksızın" ibaresi kullanılmıştır.

2. Suçun Faili ve Mağduru

Suçun faili herkes olabilir, failin yaşı bakımından Kanunda herhangi bir farklılık öngörülmemiştir. Maddenin ilk şeklinde, ikinci fıkrasında fail ile mağdur arasındaki yaş farkını kovuşturma ve yaptırım bakımından gözönüne alan düzenleme Anayasa Mahkemesinin 2005/89 karar sayılı ve 23.11.2005 tarihli kararı[18] ile eşitlik ilkesine aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

Suçun faili kadın erkek herkes olabilecektir. Cinsel ilişki eylemini bir kadının diğer bir kadına karşı gerçekleştirmesi imkansız olduğundan mağdurun kadın olması halinde fail kadın olamayacaktır. Öte yandan fiilin çocuklar arasında gerçekleştirilmesi halinde kimin fail kimin mağdur olduğu sorunu ortaya çıkmaktadır.

Suçun mağduru 15 yaşını doldurmuş ancak 18 yaşını doldurmamış çocuklardır. Ancak mağdur 15 yaşını doldurmuş olmasına rağmen, fiilin hukuki sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş ise, gerçekleştirilen eylem 103. maddede düzenlenen nitelikli cinsel istismar suçunu oluşturacaktır.

Mahkeme kararı veya evlenme ile reşit kılınan kimseler, dolayısıyla evli kimseler bu suçun mağduru olamazlar[19]. Madde başlığında, suçun adı olarak reşit olmayanla cinsel ilişki suçu ifadesi kullanılmışken, madde içinde 15

---

18 RG 25.02.2006/26091.

19 Tezcan/Erdem/Önok, s. 327.

yaşını doldurmamış çocuktan sözedilmektedir. Madde içeriği ve madde başlığındaki uyumsuzluk, yukarıda belirtildiği şekilde maddenin amacına uygun yorumla düzeltilebilir.

3. Suçun Maddi Unsuru

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun maddi unsuru, mağdurun rızasıyla gerçekleştirilen cinsel ilişkidir. Madde "cinsel ilişki" tabirini kullanmaktadır. Dolayısıyla cinsel ilişki olarak nitelendirilmeyen oral ilişki veya vücuda cisim sokulması bu suçu oluşturmayacaktır. Kanun nitelikli cinsel saldırı ve nitelikli cinsel istismar eylemlerini tanımlarken, eylemin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenmesinden sözederken, 104. maddede sadece cinsel ilişkiden sözetmektedir. Bu halde 15 yaşını doldurmuş mağdurun rızası ile vücuduna cisim sokulması halinde nitelikli cinsel istismar suçu oluşacaktır.

4. Suçun Manevi Unsuru

Suç kasden işlenebilen bir suç olup, olası kastla da işlenebilir. Suçun oluşması için genel kast yeterlidir, failin cinsel dürtülerini tatmin, şehvet kastının bulunması aranmaz.

5. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

Suça teşebbüs mümkündür. Fail icra hareketlerine başladıktan sonra elinde olmayan sebeplerle cinsel ilişki gerçekleşmezse suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilir.

6. Kovuşturma ve Yaptırım

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı bir suçtur. Ancak bu suçta şikayet hakkını kimin kullanacağı, suçtan zarar görenin kim olduğu tartışmalı bir konudur.

Askeri Yargıtay Daireler Kurulu[20] bir kararında, veli veya vasinin de suçtan zarar gören sıfatının bulunduğunu, 15 yaşını doldurmuş çocuğun evi dışında bir yere gitme ve kalma serbestisi bulunmadığından, velisinin izni olmaksızın, çocuğun rızasıyla da olsa evden uzaklaştırılması halinin ayrıca Türk Ceza Kanunu'nun 109. maddesinde düzenlenen hürriyeti kısıtlama suçunu da oluşturacağını kabul etmiştir. Askeri Yargıtay, ilgilinin rızasının 104. maddede düzenlenen suçun unsuru olduğu, bu nedenle suçun soruşturulma ve kovuşturulmasını ilgilinin şikayetine bağlı tutmanın tutarsızlık olacağını belirtmiştir.

---

[20] Askeri Yargıtay Daireler Kurulu, 26.04.2007, 2007/44.

Yargıtay 5. CD'si ise[21], suçu mağdurun şikayetine bağlı olduğunu, mağdurun şikayetçi olmaması halinde davanın düşmesine karar verilmesi gerektiğini kabul etmiştir. Yargıtay 5. Ceza Dairesi kararlarında 15 yaşını doldurmuş mağdura karşı, rızasının varlığı halinde, hürriyetten yoksun kılma suçunun oluşmayacağını kabul etmektedir.

Suçun yaptırımı altı aydan iki yıla kadar hapis cezası olup, takibi şikayete bağlı bir suç olmasına rağmen CMK'nun 253/3 uyarınca uzlaşmaya konu olamayacaktır. Ancak CMK'nun 231. maddesinde düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına konu olabilecektir.

IV. Sonuç

Çocukların cinsel istismarına ilişkin Türk hukukundaki hükümler ile Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi hükümleri arasında esaslı farklılıklar bulunduğu gibi, Türk hukuku açısından noksan hükümler de bulunmaktadır. Bu farklılıklar ve noksanlıklar maddi ceza hukuku yönünden olduğu gibi ceza muhakamesi yönünden de karşımıza çıkmaktadır.

Maddi ceza hukuku yönünden Sözleşme ile paralel düzenlemeler yapmak isteniyorsa, çocuğun cinsel istismarı (TCK m. 103), reşit olmayanla cinsel ilişki (TCK m. 104), cinsel taciz (TCK m. 105), müstehcenlik (TCK m. 226) suçlarına ilişkin hükümlerde değişiklik yapılması, suçların tanımlarının ve yaptırımlarının değiştirilmesi kaçınılmazdır. Sözleşmenin yaptırımlar ve tedbirler başlıklı 27. maddesinde, taraf devletlerin Sözleşmedeki suçların ciddiyetini gözönünde bulundurarak etkin, makul ve caydırıcı yaptırımlarla cezalandırılmasını sağlamak için gerekli yasal ve diğer tedbirleri alması gereği öngörülmüştür. Bu halde CMK'nun 231. maddesinde düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun Sözleşme kapsamına giren suçlarda uygulanmaması gerekir.

Ceza muhakemesi yönünden ise, bu suçların hiçbirinin takibi şikayete bağlı olmaması, suç yurt dışında işlenmiş olsa dahi Türkiye'nin yargı yetkisinin bulunması gerekir. Ayrıca Sözleşmenin 30. maddesi uyarınca Sözleşmede öngörülen suçların mümkün olduğunca gizli operasyonlara da izin vererek etkin soruşturulması ve kovuşturulması sağlanmalıdır. Ceza Muhakemesi Kanunun 139. maddesinde sayılan katalog suçlar arasında Sözleşme kapsamında bulunan suçlar girmemektedir.

Sözleşmenin soruşturma ve kovuşturmaya ilişkin ilkeler başlıklı 30. maddesinde, soruşturma ve kovuşturmanın çocuğun yaşadığı travmayı ağır-

---

21 5 CD, 2009/10552, 29.09.2009; 5 CD, 31.05.2007, 2007/4231.

laştırmaması gereği belirtilmektedir. Bu halde ifade almada özel metodlar kullanılmalı, çocuğun yaşadığı travmayı defalarca anlatmasına, tekrar yaşamasına izin verilmemelidir.

Sözleşmenin 5. maddesindeki çocuklarla ilişki içinde çalışan kişilerin işe alımı, eğitimi ve bilinçlendirilmesine ilişkin hüküm Türk hukukunda pozitif bir düzenlemeye konu olmamıştır. Sözleşmenin 5. maddesinde tarafların her birinin eğitim, sağlık, sosyal koruma, yargı ve yargısal icra sektörleri ile spor, kültür ve tatil etkinlikleri alanları içerisinde çocuklarla düzenli olarak temas kuran kişiler arasında çocukların korunması ve hakları konusundaki bilinci arttırmak için gerekli yasal ya da diğer tedbirleri alacağı; bu kişilerin çocukların cinsel suistimali ve cinsel istismarı konusunda, yeterli bilgiye sahip olmalarını sağlamak için gerekli yasal ya da diğer tedbirleri alacağını; tarafların her birinin kendi iç hukukunda, çocuklarla düzenli temas kurmayı gerektiren uygulamalar içeren mesleklere kabul edilme koşulu olarak; bu mesleklerin adaylarının, çocukların cinsel suistimali ya da cinsel istismarı suçlarından mahkûm edilmemiş olmaları koşulunu aramak doğrultusunda gerekli yasal ya da diğer tedbirleri alma yükümlülüğü öngörülmüştür.

Türk hukuku açısından, Sözleşmede eylemlerin nitelendirilmesi ile Türk hukukundaki nitelendirme farklı olduğundan Sözleşmeye aykırı uygulamalar ortaya çıkabilecektir. Gerçekten çocuğa pornografik görüntüler izlettirmek Türk Ceza Kanunu'nun 226. maddesinde düzenlenen müstehcenlik suçunu oluştururken, Sözleşme uyarınca bu eylem çocuğun cinsel istismarıdır. Müstehcenlik suçunun yaptırımı gözönüne alındığında, bu suçu işlediği sabit olan kişilerin çocuklarla ilişki içinde olan mesleklerde çalışabilecekleri sonucu ortaya çıkacaktır.

Sözleşmede mağdur çocukların korunmasına ilişkin ayrıntılı düzenlemeler yeralmaktadır. Gerçekten Sözleşmenin İlkeler başlıklı 11. maddesine göre, Tarafların her biri, mağdurlara, mağdurların yakın akrabalarına ve mağdurlara bakmakla yükümlü kişilere gerekli desteği sağlamak için etkili sosyal programlar ve birçok disipline ilişkin yapılar kurar. Aynı maddenin 2. fıkrasında, tarafların her birinin, mağdurun yaşının belirsiz olduğu ve mağdurun çocuk olmasına inanmak için nedenlerin var olması halinde, mağdurun yaşı belirleninceye kadar, çocuklar için öngörülen koruma ve desteğin sağlanacağına dair gerekli yasal ya da diğer tedbirleri alması gereği düzenlenmiştir.

Mağdur çocukların korunmasına ilişkin Çocuk Koruma Kanununda düzenlemeler bulunmakta ise de, bu Kanundaki düzenlemeler suç işlememiş olan korunmaya muhtaç çocuklar hakkında da uygulanabilecek ise de, yeterli değildir. Çünkü Çocuk Koruma Kanununda cinsel istismar mağduru çocuklar için özel bir koruma öngörülmemiştir. Çocuk Koruma Kanunu'nun

Tanımlar başlıklı 3. maddesinde "Kanunun uygulanmasında ... Korunma ihtiyacı olan çocuk" olarak, bedensel, zihinsel, ahlaki, sosyal ve duygusal gelişimi ile kişisel güvenliği tehlikede olan, ihmal veya istismar edilen ya da suç mağduru olan çocuk, şeklinde tanımlanmıştır.

Sözleşmenin 12. maddesi ile ihbar yükümlülüğü düzenlenmiştir. Cinsel suiistimal ya da cinsel istismar şüphesinin ihbarı başlıklı 12. maddeye göre, Tarafların her biri, bir çocuğun cinsel suiistimal ya da cinsel istismar mağduru olmasına inanmak için makul nedenler varsa, çocuklarla temas halinde çalışmakla görevli bazı meslek sahipleri tarafından çocukları korumakla sorumlu hizmetlere bu durumun bildirilmesi sonucu, bu meslek sahiplerini bağlayan meslekî sırra dair iç hukuk kurallarının bir engel oluşturmayacağını sağlamak için gerekli yasal ya da diğer tedbirleri alır. Aynı maddenin 2. fıkrası uyarınca Tarafların her biri, çocukların cinsel suiistimaline ya da istismarına ilişkin şüpheleri veya bilgisi olan kişinin bu olguları yetkili mercilere ihbar etmesini desteklemek için gerekli yasal ya da diğer tedbirleri alır. Sözleşmede belirtilen bu ihbar yükümlülüğü Türk Ceza Kanunu'nun 278, 279 ve 280. maddeleri ile yerine getirilmektedir. Türk Ceza Kanununun 278. maddesi işlenmekte olan suçu ihbar yürkümlülüğü getirmekte ise de, aynı maddenin 2. fıkrasında işlenmiş, tamamlanmış olmakla birlikte sebebiyet verdiği neticeleri halen sınırlandırma mümkün bulunan suçu da ihbar yükümlülüğü getirmiştir. Çocuğun cinsel istismarı suçunda, suç tamamlandıktan sonra da, suçun sebebiyet verdiği neticeleri sınırlandırma mümkün olduğundan, mağdur çocuğa ne kadar erken müdahale edilirse, yaşadığı travmadan kurtulması kolay olacağından, ihbar yükümlülüğüne uymamanın bu madde uyarınca cezalandırılması mümkün olacaktır.

Sözleşmenin 18, 19 ve 20 maddelerinde düzenlenen ve taraf devletlere suç olarak düzenleme yükümlülüğü getirilen eylemler Türk Ceza Kanununda suç olarak düzenlenmiştir. Ancak Sözleşmede tüm bu eylemler "çocuğun cinsel sömürüsü ve istismarı" olarak tanımlanmışken, hukukumuzda bu eylemlerden bazıları çocuğun cinsel istismarı değil de örneğin müstehcenlik olarak tanımlanmıştır. Bu tanıma paralel olarak öngörülen yaptırım da daha hafiftir. Örneğin çocuğa pornografik görüntüler izlettirmek Ceza Kanunu'nun 226. maddesinde düzenlenen müstehcenlik suçunu oluşturacaktır. Bu hükümdeki yaptırımlara bakıldığında Sözleşmenin gereklerine uygun olmadığı açıkça görülecektir.

Öte yandan Sözleşmenin çocukların suiistimali başlıklı 22. maddesinde, cinsel amaçlarla, 18. maddenin 2. fıkrasının uygulanmasında belirlenen yaşa ulaşmamış bir çocuğun katılımı olmadan da olsa cinsel sömürü veya cinsel faaliyetlere tanık olmasına kasden neden olmanın suç olarak düzenlenmesi için gereken yasal ve diğer tedbirleri alma yükümlülüğü getirmektedir. Hali hazır Türk hukukundaki düzenlemelere bakıldığında Sözleşmenin 22. mad-

desinde belirtilen eylem Ceza Kanunu'nun 105. maddesi uyarınca cinsel taciz olarak cezalandırılabilecektir.

Benzer şekilde Sözleşmenin çocukların cinsel amaçlar için teşviki başlıklı 23. maddesinde, bir çocuğa, bilgi ve iletişim teknolojileri yoluyla bir yetişkinin, 18. maddenin 1a fıkrası (çocukla cinsel faaliyette bulunmak) veya 20. maddenin 1a fıkrası (çocuk pornografisi üretimi) uyarınca belirlenen suçların herhangi birini işlemek amacıyla kasden buluşma teklifinde bulunmasını, bu teklifi takiben sözkonusu buluşmayla sonuçlanacak icra hareketlerinin gerçekleşmesi halinde, suç olarak düzenlemek için gerekli yasal ve diğer tedbirleri alma yükümlülüğü öngörülmektedir. Hukumuzda böyle bir düzenleme bulunmamakta, çocukla belirtilen amaçlar için sadece buluşmak suça ilişkin hazırlık hareketi olarak kabul edileceğinden cezasız kalmaktadır.

Hekimin Serbest Çalışma Hakkı ve Sınırları

*Ali Rıza OKUR**

I. GİRİŞ

Çalışma herkes için bir temel haktır. Yaşamak için gerekli olan ihtiyaçlarımızı karşılamak amacıyla çalışmaya, zorunlu ihtiyaçlarımıza yetecek bir maddi birikimi sağlamaya mecburuz.

Çalışma biçimleri ülkedeki ekonomik düzenle ve bunu biçimlendiren hukuk kuralları ile yakından ilgilidir. Ülkedeki ekonomik yapının kamu, özel veya karma sektör ağırlıklı oluşuna göre, çalışma da memur, işçi, karma statüde ağırlık kazanacaktır.

Bugün dünyada ağır basan liberal ekonomik sistem Türkiye'yi de etkilemiş, Türk ekonomik sistemi liberal (özel sektör) ağırlıklı bir yapılanmaya girmiştir.

Tüm hizmet ve mal üretiminin hedefi İNSANdır. Her üretim, insanın belli bir ihtiyacını karşılamaya yöneliktir. Bu amaçla çok değişik mal ve hizmet üretimi, hem üretenlere kazanç sağlayarak onların geçimini temin etmekte, hem de o alandaki ihtiyacı gidermektedir.

Çalışmanın gerçekleşebilmesi için, müteşebbüs, işçi ve işyeri üçlüsünün bir araya gelmesi gerekmektedir. Üretilecek malın veya verilecek hizmetin özelliğine göre, devlet bu mal ve hizmet üretiminde ya doğrudan ya da dolaylı olarak devreye girmektedir. Devletin katılım oranı mal veya hizmetin önem ve özelliğine göre farklı oranlarda olmaktadır. Bazı alanlarda devlet tek başına üretim yapmakta, bazı alanlara belli oranda katkı sağlamakta, bazı alanlarda da sadece denetimle yetinmektedir. Sağlık hizmetlerinin bu hizmetler arasında özel bir yeri ve konumu vardır. Sağlık her şeyden önce kişinin yaşam hakkını yakından ilgilendirir. Sağlık hakkı ve yaşam hakkı iç içe girmiş iki haktır.

---

* Prof. Dr., Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

Kişinin temel hakları arasında yer alan, diğer hakların da (özellikle çalışma hakkı) olmazsa olmaz koşulu olan yaşama hakkı ile bu hakkın gerçekleşmesini sağlayan sağlık hakkı birbirleriyle çok yakından ilgilidir.[1] Anayasa Mahkemesi de, 17.7.1964 tarihli, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 34/III maddesindeki, sağlık yardımlarının azami süresine ilişkin 18 aylık süreyi iptal eden, 17.1.1991 tarihli kararında[2], sağlık hakkı ile yaşam hakkı arasındaki bu yakın ilişkiyi vurgulamıştır. Anayasa Mahkemesine göre, "Anayasa'nın 60. maddesi kişilere sosyal güvenlik hakkını vermekle birlikte ikinci fıkrasında bunun için alınacak tedbirleri devlete görev olarak verirken, 65. madde ile de bu göreve bazı sınırlamalar getirmiştir. Ancak, 60. maddede belirtilen bu sosyal hak yine Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma hakkı ile çok sıkı bağlantı içindedir. Dolayısıyla devlet ekonomik ve sosyal alandaki görevlerini yerine getirirken uygulayacağı sınırlamalarda yaşama hakkını ortadan kaldıran düzenlemeler yapamayacaktır."[3]

II. SAĞLIK HİZMETLERİ

1. Sağlık Hizmetlerinin Özellikleri ve Sağlanması

Sağlık hizmetlerinin temel amacı kişilerin sağlıklı kalmalarını sağlamaktır. Sağlıklı kişi, bedensel ve ruhsal faaliyetlerini engelleyecek organik, fonksiyonel veya ruhsal bozuklukları olmayan kişidir.[4]

Mal ve hizmet üretiminin temel amacı insandır. İnsanın daha rahat, daha mutlu daha sorunsuz yaşamasını sağlamaktır. Bu hizmetlerin başında da sağlık hizmeti gelmektedir. Kendisine sunulan bu hizmetlerden yeterince yararlanabilmesi insanın sağlıklı olmasına bağlıdır. Sağlıklı olabilmek ise, hastalıklarla mücadele etmek, kişiyi yakalandığı hastalıktan bir an önce kurtarmak gerekmektedir. Hastalık sadece hastalanan kişiyi etkileyip onu çalışmaktan alıkoymakla kalmaz, onun yakın çevresini, giderek tüm toplumu ekonomik ve sosyal yönden olumsuz biçimde etkiler.[5] Bu amaçla ülkeler sağlık hizmetleri ile özel olarak ilgilenmiş, her ülke ekonomik ve sosyal yapısına uygun bir sağlık sistemi oluşturmuştur.

---

1 Sert, Gürkan, Hasta Hakları; 2004, s. 56.

2 E. 1990/27, 1991/2 sayılı karar; AYMKD, 1993, c. 1, sy. 27, s. 130-142; RG: 19.8.1991, 20965.

3 Ag. AYMKD, s. 139; ayrıntı için bkz. Okur, Ali Rıza, "Hastalık Sigortasına İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararları"; Binyılların Kavşağında Türkiye'nin Toplumsal Gerçekleri 1, Türk-İş, Tek Gıda-İş, 2003, s. 135-162.

4 Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/Caniklioğlu, Nurşen; Sosyal Güvenlik Hukuku, 13. Bası, İstanbul 2010, s. 655.

5 Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 656.

aa) Sağlık Hizmetlerinin Özellikleri

Sağlık hizmetlerinin insan yaşamı açısından önemi ve öncelikli konumu onu diğer hizmetlerden ayırmaktadır.

- Belirsizlik ve Ertelenemezlik:

Sağlık hizmetlerinin temel özelliklerinin başında belirsizlik gelir. Hastalığın ne zaman geleceği, ne kadar süreceği, insan bünyesinde ve ekonomisinde ne gibi zararlara yol açacağı önceden kestirilemez. Kişi bunlara kendisi de karar veremez. Bu konuda ilgili kurum ve uzmanlarla ilişki kurulmadan bir sonuca varılamaz.[6]

Bu belirsizlikleri daha da artırıp vazgeçilmez kılan bir diğer özellik ertelenemezliktir. Bu belirsizlikleri bir an önce aşmanın yolu, hastalık halinde ilgili kurum ve kişilere gecikmeksizin başvurmayı zorunlu kılmaktadır. Hastayı bu belirsizliklerden kurtaracak, hastalıktan kurtulma sürecine taşıyacak olan ilgili sağlık kuruluşları özellikle hekimlerdir.

- Alternatifsizlik:

Sağlık hizmetlerinin alternatifi yoktur. Hastalığın giderilmesi, hastanın sağlığına kavuşturulması için hangi sağlık hizmetinin uygulanması gerekiyorsa (ilaç, ameliyat, protez, istirahat vs.), derhal uygulanıp sonuca gidilmesi gerekir. Alternatifsizliğe bağlı bir diğer özellik de vazgeçilmezliktir. Ertelenmesi dahi çok ciddi sorunlara yol açacak olan sağlık hizmetlerinden tümüyle vazgeçilmesi de olanaksızdır.[7]

- Kamusal Öncelik:

Sağlık hizmetlerinden yararlanma konusundaki yaygınlık ve eşitlik, Anayasa'da düzenlenen diğer haklarda bu kadar açık ve dengeli biçimde düzenlenmemiştir. Anayasa'nın 56. maddesine göre:

"Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir.

Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler.

Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir.

---

6 Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 666.

7 Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 667.

Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir."

Ayrıca Anayasa'nın 17. maddesine göre:

"Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir."

Görülüyor ki herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Devlet bunu sağlamak için herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlayacak tedbirleri alacak, ilgili sağlık kuruluşlarını tek elden planlayacak, kamu ve özel kesimdeki sağlık kuruluşlarından yararlanacak ve onları denetleyecektir.

Gerekiyorsa sağlık hizmetlerinin yaygın biçimde gerçekleştirilebilmesi için genel sağlık sigortası da kurulabilecektir.

bb) Sağlık Hizmetlerinin Sağlanması

Sağlık hizmetleri belli sağlık kuruluşlarındaki hekimler ve sağlık personeli ile hastalara ulaştırılır. Devletin rolü bu sağlık kuruluşlarının organizasyonu, kurulması, denetlenmesi ve çalıştırılması aşamalarında kendisini gösterecektir. Bu kurumlar kamu kurumları olabildiği gibi özel kurumlar ve özel muayenehaneler de olabilir.

Devlet bu amaçla, değişik tarihlerde çıkardığı Kanun, Tüzük, Yönetmelik ve Tebliğlerle sağlık hizmetlerini sunacak kurumları ve bunlarda çalışacak elemanlarda aranacak özellikleri düzenlemekte, zaman içinde de bu kaynakları yenilemektedir. 1920'li yıllardan beri çıkarılmış olan sağlık hizmetleri ile ilgili mevzuattan 46 Kanun, 17 Tüzük, 73 Yönetmelik, 8 Tebliğ halen yürürlüktedir.[8] Bunlardan önemli olanlara sadece işaret etmekle yetinecek ayrıntılara girmeyeceğim.

- Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında KHK[9],

- Umumi Hıfzısıhha Kanunu[10],

- Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu[11],

---

8 Bkz. Sağlık Mevzuatı, 1,2. Lebib Yalkın Yayınları. 2 ciltlik bu mevzuatın hacmi 2500 sayfanın üzerindedir. 2006 yılında çıkarılmış bulunan 5510 sayılı "Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu" ile ilgili mevzuat bu sayıya dahil edilmiştir.

9 RG: 14.12.1983, 18251 M.

10 24.4.1930 tarihli, 1593 s. Umumi Hıfzısıhha Kanunu, RG: 6.5.1930, 1489.

11 7.5.1987 t., 3359 s. Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu, RG: 15.5.1987, 1946.

- Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun[12],

- Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun[13],

- Hususi Hastaneler Kanunu[14].

2. Sağlık Hizmetlerine Katılanların Hak ve Sorumlulukları

a) Tıp Etiği

Sağlık hizmeti çok yönlü bir hizmettir. Hasta, hekim, sağlık kuruluşu, sağlık personeli ve devletin birlikte yürüttükleri bir hizmettir. Çoğu zaman bu hizmet hasta ile hekim arasında yürütülür. Son aşamada devreye eczane ve eczacılar girer. Durum gerektiriyorsa sağlık kuruluşları da sağlık hizmetlerine katkıda bulunur (yatarak tedavi, ameliyat gibi hallerde). Bu ilişkilerin belli kurallara uygun olarak kurulup yürütülmesi gerekir. Temel ilişki hasta-hekim ilişkisidir. Bu ilişkinin esas dayanağı TIP ETİĞİ'dir. Her mesleğin belli etik kuralları vardır. Ancak sağlık alanında insan sağlığı, hatta insan yaşamı söz konusu olduğu için, sağlık alanında etik kuralların rolü daha farklı ve vazgeçilmezdir.[15] Hekim görevine Hipokrat yemini ile başlar ve mesleğini icra ederken her adımda etik kurallara uygun davranması gerekir: Sadakat, yanlışı düzeltme, adalet, zarar vermeme, minnettarlık, kendini geliştirme, özerklik, yararlı olma, öldürmekten kaçınma, gizliliğe saygı, yaşama saygı bu ilkelerden önde gelenlerdir.[16]

Tıp etiği uygulamada iki metinde ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. Bunlardan biri Tıbbi Deontoloji Nizamnamesidir.[17] Bu tüzükte tabiplik mesleğinin temel kuralları düzenlenmektedir.

- Tabibin temel görevi insan sağlığına, hayatına ve şahsiyetine ihtimam ve hürmet göstermektir (mi 2/I),

- Tabip hastanın politik, dini, felsefi özelliklerini gözetmeksizin muayene ve tedaviyi azami dikkat ve özenle yapmak zorundadır (m. 2/II),

- Tabip acil hallerde ilk yardımı yapmakla yükümlüdür (m. 3),

---

12 5.1.1961 t., 224 s. Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun, RG: 12.1.1961, 10705.

13 11.4.1928 t., 1219 s. Tababet ve Şuabatı Tarzı İcrasına Dair Kanun, RG: 14.4.1928, 863.

14 24.5.1933 t., 2219 s. Hususi Hastaneler Kanunu, RG: 5.6.1933,V2419.

15 Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 696 vd.

16 Çağdaş Tıp Etiği, editörler: Demirhan Erdemir, Ayşegül/Öncel, Öztan/Aksoy, Şahin, İstanbul, 2003; Elçioğlu, Öznur/Kırımlıoğlu, Nurdan, Tıp Etiği İlkeleri, s. 28

17 13.1.1960 t., 4/12578 s., RG:19.2.1960, 10436.

- Tabip tedavi sırasında öğrendiği sırları açıklayamaz, yayınlarında hastanın kimliğini açıklayamaz (m. 4),

- Hasta tabibini serbestçe seçebilir (m. 5),

- Tabip uygulayacağı tedaviyi serbestçe belirler. Hiçbir tesir altına kalmadan kendi vicdan ve kanaatine göre hareket eder (m. 6),

- Tabip mesleklerine ve tedavi kurumlarına ticari bir görüntü veremez (m. 8/I),

- Tabip yayınlarında tababet şerefini üstün tutmak zorundadır, bu yayınlarda kendi reklamını yapamaz (m. 8/II),

- Tabip gazete ve diğer yayın vasıtalarında reklam mahiyetinde teşekkür yazıları yazdıramaz (m. 8/III),

- Tabip tıp biliminin gereklerine uygun teşhis koyar ve gerekli tedeviyi uygular. Tedavinin olumlu sonuç vermemesinden dolayı deontoloji bakımından eleştirilemez, kınanamaz (m. 13/I),

- Tabip yararı olmayan bir ilacı hastaya veremez. Hastaya lüzumsuz ve fuzuli masraf yaptırılamayacağı gibi hastanın mali gücünün üzerinde tedavi de önerilemez (m. 20),

- Asgari ücret tarifesi uygulanan yerlerde tabip tarifenin altında ücret alamaz (m. 31).

Tıp etiği ile ilgili diğer önemli metin Hasta Hakları Yönetmeliğidir.[18] Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi konuyu hekimin mesleğini icra ederken uyması gereken kurallar açısından, Hasta Hakları Yönetmeliği ise konuyu tedavi sırasında uyulacak "hasta haklarını" somut olarak göstermek, hastaların bu sırada karşılaşabileceği hak ihlallerine karşı başvurabileceği hukuki koruma yollarının usul ve esaslarını düzenlemektedir.[19] Yönetmelikte düzenlenen başlıca hasta hakları: Sağlık hizmetlerinden faydalanma hakkı, bilgilenme hakkı, sağlık kuruluşunu hekimi ve sağlık personelini seçme hakkı, teşhis ve tedavi hakkı, ötenazi yasağı, tıbbi özen hakkı, mahremiyete saygı hakkı, rıza, onam, gizlilik, can ve mal güvenliği, din hizmetleri, insancıl davranış ve ziyaret, refaketçi hakları olarak sıralanmıştır.

Hekim tedavi sırasında bu etik kurallara uymak zorundadır.

---

18 RG: 1.8.1998, 23420. Yönetmelik, 3359 s. Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun 9. maddesinin (c) bendine ve 181 s. Sağlık Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 43. maddesine dayanılarak hazırlanmıştır.

19 Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 700 vd.

b) Hekimin Yükümlülükleri

aa) Genel Olarak

Sağlık mevzuatımız, sağlık hizmetlerini daha çok kurumsal düzeyde planlayıp örgütlemiş, serbest çalışan hekimlerin durumlarını yakın zamana kadar ayrıca ele almamıştır.

Hekim tedaviyi bir kamu sağlık kuruluşunda, özel sağlık kuruluşunda veya kendi serbest muayenehanesinde yürütüyor olabilir.

Bu durumda hasta haklarının ihlali halinde kamu sağlık kuruluşuna idare hukuku esaslarına göre, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulleri Hakkında Kanun[20] hükümlerine göre kamu kurumuna karşı da iptal veya tam kaza davası açabilecektir.[21]

Hekim bir özel sağlık kuruluşunda çalışıyorsa, sorumluluk, Borçlar Kanunu hükümlerine göre, özellikle sözleşme sorumluluğu (m. 96)[22], haksız fiil sorumluluğu (m. 41)[23], adam çalıştıranın sorumluluğu (m. 55)[24],[25], ile ilgili hükümlere göre çözülecektir.

bb) Hekimin Kişisel Yükümlülükleri

Tedavinin temel ağırlığı hekimin omuzlarındadır. Hekimliğin temelinde iyileştirme amacına yönelik özel sağlık yardımları bulunmaktadır. Bu yardım sözle, ilaçla, neşterle, ışınla vb. olabilir.[26]

Tıp mesleği zamanla profesyonelleşmiş, hekim yanında başka uzmanlar da (fizikçiler, ilaç bilimcileri, kimyagerler, biyo-mühendisler, psikologlar, psiko-terapistler, sosyal pedagoglar vb.) tedavide hekime yardımcı olmaya başlamışlardır. Yine de başrol hekimdedir.[27]

Hekimlik farklı ve çok yönlü bir meslektir. Amacı insan sağlığı olduğu için kutsaldır, saygındır, çekicidir. Hekim bir yandan doğayı, diğer yandan onun bir parçası olan insanı tanıyacak, teorik bilgi ve tecrübelerini yetenek

---

20 6.1.1982 t., 2577 s. İdari Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, RG: 20.1.1982, 1758.

21 Ayrıntı için bkz. Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 707.

22 11.1.2011 t., 6098 s. Yeni BK. m. 112.

23 Yeni BK. m. 49.

24 Yeni Bk. m. 66.

25 Eski düzenleme için bkz. Akıntürk, Turgut, Borçlar Hukuku, 10. Bası, 2004.

26 Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku, 3. Bası, Ankara, 2010, s. 205.

27 Hakeri, 205.

ve becerileriyle tamamlayarak hastasına şifa verecektir. Bu faaliyet sırasında hekimin uyması gereken temel yükümlülükler: bizzat tedavi, hastayı dinleme, muayene, teşhis, tedavidir.[28]

Sağlık hizmetlerinin her aşaması devletin denetim ve kontrolü altındadır. Sağlık kuruluşları ve hekimler sağlık mevzuatının öngördüğü kurallara titizlikle uymak ve bunları gerçekleştirmek zorundadır. Hekimlerin mesleklerini icra edebilmeleri için uymaları gereken kurallar 11.4.1928 tarihli, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'da[29] düzenlenmiştir.

Kanunun 1. maddesine göre, "Türkiye Cumhuriyeti dahilinde tababet icra ve herhangi surette hasta tedavi edebilmek için Türkiye Darülfununu Tıp Fakültesinden diploma sahibi olmak ve Türk bulunmak şarttır." Yine aynı Kanunun 2. maddesine göre, mecburi hizmetinin tamamlanmış ve diplomasının da Sağlık Bakanlığınca tasdik ve tescil edilmiş olması da gerekmektedir. Kanunun 5. maddesi de serbest muayenehane açmak veya evinde hasta bakmak isteyen hekimin uyması gereken kurallara yer vermiştir. Buna göre: "Hususi muayenehane açmak veyahut evinde muayenehane tesis eylemek suretiyle sanatını icra eylemek isteyen her tabip hasta kabulüne başladığından itibaren en çok bir hafta içinde isim ve hüviyetini, diploma tarih ve numarasını ve muayenehane ittihaz eylediği mahal ile mevcut ise ihtisas vesikalarını mahallin en büyük sıhhiye memuruna kaydettirmeğe ve muayenehanenin nakli halinde en az yirmi dört saat evvel keyfiyeti nakli ihbara mecburdur."

Kanunun 8. maddesine göre: "Türkiye'de icrayı tababet için bu kanunda gösterilen vasıfları haiz olanlar umumi surette hastalıkları tedavi hakkını haizdirler. Ancak herhangi bir şubei tababette müstemirren mütehassıs olmak ve o unvanı ilan edebilmek için Türkiye Tıp Fakültesinden veya Sıhhiye Vekaletince kabul ve ilan edilecek müessesattan verilmiş veyahut ecnebi memleketlerin maruf bir hastane veya laboratuvarından verilip Türkiye Tıp Fakültesince tasdik edilmiş bir ihtisas vesikasını haiz olmalıdır."

1219 s. Kanun muayenehane açıp serbest çalışan tabibin ticaret yapmasını da yasaklamıştır. Kanunun 12. maddesine göre: "Sanatını icra etmek üzere bir mahalde kayıtlı olan herhangi bir tabibin bizzat dükkan ve mağaza açmak suretiyle her türlü ticaret yapması memnudur."

Kanunun 24. maddesinde de hekimlere reklam yasağı getirilmiştir. Bu hükme göre: "İcrayı sanat eden tabipler hasta kabul ettikleri mahal ile mua-

---

28 Hakeri, 206 vd.

29 RG: 14.4.1928, 863.

yene saatlerini ve ihtisaslarını bildiren ilanlar tertibine mezun olup diğer suretlerle ilan, reklam ve saire yapmaları memnudur."

25. madde diploması olmadan hasta tedavi edene 2 yıldan 5 yıla kadar hapis cezası öngörmektedir.

26. madde, yetkisi olmadan hekimlik yapan tabip için de 500 TL den 5.000 TL ye kadar idari para cezası getirmiştir.

Kanunun 29-46. maddelerinde sünnetçiler, 63-68. maddelerinde de hastabakıcılar düzenlenmiştir.

1219 s. Kanunda yer almayıp diğer kanunlarda öngörülen görevleri de, tabip, diş tabibi, dişçi ve ebelerin yerine getirmesi gerekmektedir (m. 69).

cc) Hekimin Sigorta Yükümlülüğü

1219 s. Kanuna 21.1.2010 tarihli 5947 sayılı Kanunla[30] eklenen ek madde 12 ile tabiplere, diş tabiplerine, uzmanlara tıbbi kötü uygulama nedeniyle kendilerinden talep edilebilecek zararlar ile kurumlarınca kendilerine yapılacak rüculara karşı zorunlu sigorta yükümlülüğü getirilmiştir.[31]

Kamu sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışanlar için bu sigorta priminin yarısı kendileri, diğer yarısı da döner sermayesi bulunan kurumlarda döner sermayeden, döner sermayesi bulunmayan kurumlarda ise kurum bütçesinden ödenecektir (ek m. 12/I).

Sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan veya mesleklerini serbest olarak icra eden tabip, diş tabibi uzman ise, tıbbi kötü uygulama sebebi ile kişilere verebilecekleri zararlar ile bu sebeple kendilerine yapılacak rücuları karşılamak üzere mesleki malî sorumluluk sigortası yaptırmak zorundadır (ek m. 12/II).

Zorunlu mesleki malî sorumluluk sigortası, mesleklerini serbest olarak icra edenlerin kendileri, özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışanlar için ilgili özel sağlık kurum ve kuruluşları tarafından yaptırılır (ek m. 12/III).

Özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışanların sigorta primlerinin yarısı kendileri tarafından, yarısı istihdam edenlerce ödenir. İstihdam edenlerce ödenen sigorta primleri, çalışanın maaş ve sair malî haklarından kesilemez, buna aykırı sözleşme yapılamaz (ek m. 12/IV).

---

30 RG: 30.1.2010, 27478.

31 Hekimlere ilişkin zorunlu mesleki mali sorumluluk sigortası konusunda ayrıntı için bkz. Çeker, Mustafa, "Hekimin Mesleki Sorumluluk Sigortası"; **Prof. Dr. Erhan Adal'a Armağan, İstanbul, 2011.**

Zorunlu sigortalara ilişkin teminat tutarları ile uygulama usul ve esasları Sağlık Bakanlığının görüşü alınarak Hazine Müsteşarlığınca belirlenir (ek m. 12/V).

Maddenin son fıkrasında zorunlu sigorta yaptırmamanın yaptırımı da düzenlenmiştir: Sigortası yaptırılmayan her kişi için beş bin Türk Lirası idari para cezası verilir (ek m. 12/VI).

III. HEKİMLERİN SERBEST ÇALIŞMA HAKKININ ENGELLENMESİ

1. Çalışma Hakkının Engellenmesi

Anayasa'nın 49. maddesinde çalışma hakkı, 48. maddesinde ise çalışma ve sözleşme hürriyeti düzenlenmektedir.

Anayasa'nın 49. maddesine göre: "çalışma herkesin hakkı ve ödevidir". 48. maddeye göre ise: "Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.

Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.".

Çalışma hakkı ile (AY. m. 49), dilediği alanda çalışma, sözleşme yapma, özel teşebbüs kurma (AY. m. 48) hakkını birbirine karıştırmamak gerekmektedir. 48. maddede düzenlenen hak, özel teşebbüs kurma hakkıdır. Girişimciliği, özel teşebbüsü koruma altına alan ve bireyleri bu alanlarda yatırım yapmaya özendiren bir düzenlemedir. 49. maddedeki çalışma hakkı ise, bireyin gerek kamu, gerekse özel sektörde dilediği kurum ve işletmelerde çalışma hakkını koruma altına alan bir düzenlemedir.[32] 48. madde kurumsal açıdan, 49. madde ise bireysel açıdan konuyu ele almaktadır. 48. maddedeki çalışma özgürlüğü ekonomik yanı ağır basan bir haktır. Diğer ekonomik haklarda olduğu gibi devlete pasif davranma ve engel olmama görevi yükler.[33]

Özel teşebbüs özgürlüğüne aykırılığın yaptırımı ceza hukuku tarafından bağımsız bir suç olarak düzenlenmiştir. 5237 sayılı 2004 tarihli Yeni Ceza Kanunu[34] 117. maddesinde "İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali" suçuna yer

---

32 Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi, 1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku; 9. Bası, İstanbul, 2009, s. 174.

33 Okur, Ali Rıza, "Çalışmanın Gelir ve Aylıklara Etkisi", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, 2011; Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 174; Balkır, Gönül, Türk Anayasa Yargısında Sosyal Hakların Korunması; Kocaeli, 2009, s. 114.

34 26.9.2004 t., 5237 s. Türk Ceza Kanunu, RG: 12.1.0.2004, 25611.

vermiştir. Tüm işyerleri ve işletmeler gibi serbest hekimler de bu korumadan yararlanacak, muayenehanedeki çalışmalarını engelleyenlere karşı bu madde devreye girecektir. Bu maddeye göre:

"Cebir veya tehdit kullanarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla, iş ve çalışma hürriyetini ihlâl eden kişiye, mağdurun şikâyeti hâlinde, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para cezası verilir (m. 117/I)".

Maddede beş ayrı suç düzenlenmiştir.[35] Biz bunlardan sadece 1. fıkrada düzenlenen "iş ve çalışma hürriyetinin ihlali" suçu üzerinde duracağız.

Burada korunan hukuki değer, kişilerin hiçbir zorlama ve tehdit altında olmaksızın çalışabilmesidir. İş ve çalışma hürriyetinin kapsamına "gelir elde etmeye yönelik mal ve hizmet üretimi şeklindeki tüm çalışma türleri girmekte, sadece işçi ve işveren değil, kazanç elde etmeye yönelik tüm faaliyetler, tüm meslek mensupları koruma kapsamına girmektedir."[36] Serbest çalışan hekimlerin faaliyetleri de bu koruma kapsamında yer almaktadır.

Suçun faili ve mağduru açısından herhangi bir özellik aranmamaktadır.

İş ve çalışma özgürlüğünün ihlali bu özgürlüklerin cebir, tehdit ya da hukuka aykırı başka hareketlerle tamamen ya da kısmen engellenmesi ya da kullanılmasında birtakım zorlamalara neden olunması anlamına gelmektedir. Suçun oluşması için ihlale yönelik bir davranış arandığından, suç icrai veya ihmali bir davranışla işlenebilecektir.[37]

2. Devletin Serbest Hekimlerin Çalışmalarını Engellemesi

Anayasa'nın 48. maddesi herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahip olduğunu, buna bağlı olarak da özel teşebbüsler kurmanın serbest olduğunu vurguladıktan sonra devlete bir görev yüklemiştir:

"Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri" de alacaktır. Bu tamamen ekonomik bir yaklaşımdır. Sağlık hizmetleri ve onun bir parçasını oluşturan hekimlerin serbest çalışmaları düzenlenirken, hizmetin ekonomik yanı ile birlikte sosyal yanının da dikkate

---

35 Bu suçlar, İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu, Sömürü Suçu, Sömürmek için Tedarik Sevk veya Nakil Etmek Suçu, Anlaşma İçeriğini Değiştirmeye Zorlama Suçu ve İşin Durmasına Neden Olma Suçudur. Bu konularda ayrıntı için bkz. Soyaslan, Doğan, "İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali"; Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan, İstanbul 2011, 814-828; Bostancı, Tüfekçi, Gülşah, "İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu"; Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan, İstanbul 2011, 829-845.

36 Bostancı Tüfekçi, s. 830.

37 Bostancı Tüfekçi, s. 831.

alınması gerekmektedir. Nitekim Anayasa 48 ve 49. maddeler yanında, sağlık hizmetlerine ayrıca yer vermiş, 17. maddesinde "Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir." derken, 56. maddesinde de "Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir…../ Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler…../ Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir…../ Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir." hükmünü getirmiştir. Görülüyor ki Anayasa olaya makro bakmakta ve konuyu bütünsel bir planda ele almaktadır. Bu amaçla 1961 yılında Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun[38], 2006 yılında da Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu[39] çıkarılmıştır. Sağlık hizmetleri konusunda makro yaklaşım son derece gerekli ve önemli olmakla birlikte, Sosyal Güvenlik Sistemimiz ve onun bir dalı olan Sağlık Sistemimiz kamu ağırlıklı olmakla birlikte özel sektöre de katkı olanağı vermektedir. Anayasa 56/IV. maddesinde bunu açıkça dile getirmiştir: "…..Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir.". Devlet serbest hekimlerin çalışma koşullarına ilişkin temel düzenlemeyi "Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik"'de 3.8.2010 tarihinde yaptığı bir değişiklikle gerçekleştirmiş ve serbest hekimlerle, Sağlık Bakanlığı arasında bu konuda bir çatışma başlamıştır.

a) Ayakta Teşhis ve Tedavi Yönetmeliği[40]

15.2.2008'de çıkarılan bu Yönetmelik, 1. maddesinde amaç olarak: "…. kaynak israfı ve atıl kapasiteye yol açılmaksızın ülke düzeyinde dengeli,

---

38 5.1.1961 t., 224 s. Kanun, RG:12.1.1961, 10705.

39 16.6.2006 t., 5510 s. Kanun, RG: 16.6.2006, 26200.

40 Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik. Bu yönetmelik 15.2.2008 tarihinde çıkarılmış (RG: 15.2.2008, 26788), iki yıl içinde 8 değişiklik geçirmiştir. Bu değişiklikler:
- RG. 23.7.2008, 26945
- RG. 11.3.2009, 27166
- RG. 31.12.2009, 27449 5.M
- RG. 10.3.2010, 27517
- RG. 3.8.2010, 27661
- RG. 25.9.2010, 27710
- RG. 6.1.2011, 27807
- RG. 7.4.2011, 27898 tarihlerinde gerçekleştirilmiştir.

verimli ve kaliteli sağlık hizmeti sunulmasını sağlamak üzere ayakta teşhis ve tedavi yapılan özel sağlık kuruluşlarının yapılandırılmaları, ruhsatlandırma işlemleri, faaliyetleri ve faaliyetlerine son verilmesi, denetimleri ve diğer hususlar ile ilgili usûl ve esasları düzenlemektir.". 2. maddede Yönetmeliğin kapsamına yer verilmiştir. Buna göre Yönetmelik, "ayakta teşhis ve tedavi hizmeti sunulan ve özel sağlık kuruluşu olarak tanımlanan tıp merkezi, poliklinik, laboratuar, müessese ve muayenehaneler ile bu kuruluşların işletenlerini kapsar." Yönetmeliğin 15.2.2008 tarihli ilk metninde muayenehanelere kapsam maddesinde yer verilmemiştir. Kapsamla ilgili 2. madde sadece özel sağlık kuruluşları ile bunların işletenlerini kapsama almış, 5. maddede sağlık kuruluşlarının türleri başlığı altında tıp merkezleri ve poliklinikler, Yönetmelikle ayrıntılı biçimde düzenlenirken muayenehanelere sadece, EK 1'de muayenehane açma başvurusunda istenen belgelerle ilgili düzenleme sırasında yer verilmiştir. Ek 1'e göre muayenehane açmak için başvuruda:

- Adres, dilekçe
- 1/100 ölçekli onaylı plan
- Tasdikli diploma ve uzmanlık belge örneği
- Onaylı tıbbi araç gereç listesi yeterli sayılmıştır.

6.1.2011 değişikliği ile türlerle ilgili 5. madde yürürlükten kaldırılmış, 7. maddede muayenehane ayrıca tanımlanmıştır. Bu tanıma göre (m. 7/II): "Muayenehane, bir tabip tarafından mesleğini serbest olarak icra etmek üzere müstakilen açılan, bu Yönetmelik ile belirlenen asgari şartları taşıyan ve bu Yönetmelikte tanımlanan tıbbi işlemlerin yapılabildiği sağlık kuruluşudur.". Tanım dışında 6.1.2011, 7.4.2011 ve son olarak da 3.8.2011 değişiklikleri ile Yönetmeliğin 12/D maddesinde "muayenehane standardı ve açılması" başlığı altında, muayenehanelerle ilgili ayrıntılı düzenlemeler getirilmiştir. Bu ayrıntılı düzenlemelerin amacı son Yönetmelik değişikliğinde m.12/D nin 1.fıkrasında belirtilmiştir. Buna göre muayenehaneler hastaların, yaşlıların,ve özürlülerin sağlık hizmet taleplerinin ve beklentilerinin ulaşılabilir ve durumlarına uygun ortamlarda, hızlı verimli ve mağdur edilmeden karşılanması amacıyla yeni koşullara uydurulacaktır.7.4.2011 değişikliğinde oda, asansör,tuvalet kapı ölçüleri ayrı ayrı santimetre olarak belirtilmişken, 3.8.2011 değişikliğinde İmar Kanununa gönderme yapılmakla yetinilmiştir. Giriş, kapı, asansör, merdiven, tuvalet ve lavabo gibi fiziki alanlar 3.5.1985 tarihli, 3194 sayılı İmar Kanununun Ek 1.maddesine ve diğer mevzuat hükümlerine uygun olacaktır. Aydınlatma ve ısıtma 22-24 derece, en az bir personel, bebek emzirme ve bakım odası, acil seti bulundurulacaktır.

Bunun dışında da serbest hekim muayenehaneleri çok sıkı denetim ve alt yapı koşullarına bağlanmış, bunların sağlanabilmesi için de serbest

hekimlere 1.6.2011'e kadar süre verilmiştir. Bu süre son 3.8.2011 değişikliği ile 3.8.2015 tarihine kadar uzatılmıştır.

b) Yönetmelikle ilgili gelişmeler

Çalışma haklarına getirilen bu ağır kısıtlamalar ve çalışma hak ve özgürlüklerine karşı yapılan haksız düzenlemelere karşı hekimler, tabip odaları kanalıyla oluşturdukları internet sitesi ile, yasal yollardan yargıya başvurarak çalışma haklarına tekrar kavuşmak için yoğun bir çaba harcamaktadırlar. Bu amaçla toplantılar düzenlemekte[41], yürüyüşler yapmakta[42], Danıştay'a başvurmaktadır.[43]

Danıştay Yönetmeliğin aradığı asansör, merdiven, kapılara ilişkin fiziki koşulları, hizmet için gerekli asgari standart koşullarına uygun bulmadığı, bu tür hükümler açısından yürütmenin durdurulmasına karar vermiştir. Oysa Yönetmelik sadece bu açıdan değil, temelden HUKUKA aykırıdır.

Son 3.8.2011 değişikliği ile Yönetmeliğin getirdiği koşullarda bazı yumuşatmalar yapılmış, geçici 7.maddede yapılan değişiklikle, 3.8.2010 tarihine kadar açılmış olan muayenehanelerin, 12/D maddesi ile Yönetmelik ekinde yer alan Ek 1/d Muayenehane Açma Başvurusunda İstenecek Belgeler arasında yer alan depreme dayanıklılık raporu hariç diğer maddelerine 3.8.2015 tarihine kadar uygunluk sağlanması istenerek uyum süresi dört yıl uzatılmıştır.

IV. AYAKTA TEŞHİS VE TEDAVİ YÖNETMELİĞİNİN ELEŞTİRİSİ

1. Yönetmelik Dayanaktan Yoksundur

Yönetmeliğin 15.2.2008 tarihli ilk metninde 3. maddesinde Yönetmeliğin dayanağı olarak 11.4.1928 tarihli, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanuna; 7.5.1987 tarihli, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununa; 13.12.1983 tarihli, 181 sayılı Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye yer verilmiştir. 6.1.2011 değişikliği ile bu yasal dayanaklara, 19/4/1937 tarihli ve 3153 sayılı Radiyoloji, Radiyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanun ve 19/3/1927 tarihli ve 992 sayılı Seriri Taharriyat ve Tahlilat Yapılan ve Masli Teamüller Aranılan Umuma Mahsus Bakteriyoloji ve Kimya Laboratuvarları Kanunu da eklenmiştir.

---

41 Cumhuriyet Gazetesi, 9.6.2011.

42 Hürriyet, 26.6.2011.

43 Akşam, 13.7.2011.

Anayasanın 124. maddesine göre, "Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler".

Yönetmelikler, idarenin en geniş uygulama alanına sahip düzenleyici işlem türüdür. Yönetmelikler kanun veya tüzüklere aykırı olamazlar. Yönetmelikler, idari işlem oldukları için idari yargı mercilerinin denetimine tabidirler.[44] Kanun ve tüzüğün uygulanması amacını güden yönetmeliklere "uygulama yönetmelikleri" denir. Bunun dışında idari makamlar kendi iç faaliyetleriyle ilgili, yani konusu kanunların uygulanması niteliğinde olmayan yönetmelikler de çıkarabilirler. Bunlara "basit yönetmelik" denir.[45]

Kanunla düzenlenmeyen bir alanda Yönetmelik çıkarılması mümkün değildir. Ancak Yönetmeliklerin çıkarılması için de bunun açıkça Kanun ve Tüzükte gösterilmesi de şart değildir.[46]

Bu temel bilgiler ışığında "Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmeliği" serbest hekimlerle ilgili düzenlemeleri açısından ele alırsak, dayandığı yasalardan hiçbirinin serbest hekimlerle ilgili bir düzenlemeye yer vermediğini görüyoruz. Dayanak olarak gösterilen 5 yasanın hiçbiri bu konuda Yönetmelik çıkarılmasını öngörmediği gibi, hiçbirinde de serbest hekim muayenehanelerine ilişkin hüküm yoktur. Gerçi konunun Yönetmelikle düzenlenmesi için Kanunda açıkça yetki verilmesine ihtiyaç yok ise de, ancak serbest hekimlerin faaliyetlerini düzenleyen bir yasa veya tüzük hükümlerinin uygulanmasını sağlamak amacıyla Yönetmelik çıkarılabilir. Yönetmeliğin 3. maddesinde dayanak olarak gösterilen beş yasanın hiçbirinde serbest hekimlerin faaliyetlerine ilişkin bir hüküm bulunmadığı gibi, bu yasalardan hiçbiri de ayakta teşhis ve tedavi için, özellikle serbest hekimlerin faaliyetlerinin düzenlenmesi için bir Yönetmelik çıkarılmasını öngörmemiştir:

- 1927 tarihli 992 sayılı Kanun, Bakteriyoloji ve Kimya Laboratuvarlarının açılması için Sağlık Bakanlığının iznini istemiş, Yönetmeliğe gönderme yapmamıştır.

- 1928 tarihli, 1219 sayılı Kanun, hekimin muayenehane açabilmesi için tıp diplomasına sahip olup bunu Bakanlığa tescil ettirmesini muayenehane

---

44 Odyakmaz, Zehra/Kaymak Ümit/Ercan, İsmail; Anayasa Hukuku İdare Hukuku, İstanbul 2006, s. 165; Gözübüyük, Şeref; Anayasa Hukuku, Ankara, 2008, s. 260; Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 391 vd.; Gözübüyük, Şeref; Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, Ankara, 2008, s. 54.

45 Odyakmaz/Kaymak/Ercan, s. 304.

46 Odyakmaz/Kaymak/Ercan, s. 305.

için de bir hafta içinde bildirimde bulunmasını yeterli görmüş, ayrıca Yönetmeliğe atıf yapmamıştır.

- 1937 tarihli 3153 sayılı Kanun ise, elektrik, röntgen ve fizyoterapi konularının nizamname (tüzük) ile düzenlenmesini öngörmüş, Yönetmelikten söz etmemiş ayrıca Ayakta Tedavi Yönetmeliğine atıf da yapmamıştır.

- 1987 tarihli 3359 sayılı Kanun, Sağlık Bakanlığının yapısı ve faaliyetleri ile ilgili olup, ayakta tedavi ile ilgili olmadığı gibi serbest hekimlerle ilgili bir hüküm de içermemektedir. Ayrıca Yönetmeliğe atıf da yapmamıştır.

- 1983 tarihli, 181 sayılı KHK ise, 43. maddesinde, "Bakanlık, kanunla yerine getirmekle yükümlü olduğu hizmetleri tüzük, yönetmelik, tebliğ, genelge ve diğer idari metinlerle düzenlemekle görevli ve yetkilidir." demektedir. Burada böyle bir hüküm olmasa da Bakanlık kendi görev alanıyla ilgili Yönetmelik, Tebliğ, Genelge çıkarabilecektir. Ancak Tüzük çıkaramayacaktır. Anayasanın 115. maddesine göre, "Bakanlar Kurulu, kanunun uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek üzere, kanunlara aykırı olmamak ve Danıştay'ın incelenmesinden geçirilmek şartıyla tüzükler çıkarabilir./ Tüzükler, Cumhurbaşkanınca imzalanır ve kanunlar gibi yayımlanır.". 181 s. KHK sadece Sağlık Bakanlığının teşkilat ve görevlerini düzenlemekte, görevlerin nasıl yürütüleceği konusunu ise diğer mevzuata bırakmaktadır (Yönetmelik, Genelge, Tebliğ..). Burada da Ayakta Tedavi Yönetmeliği'ne yapılan bir gönderme yoktur.

2. Yönetmelik Temel Haklara Aykırıdır

Yönetmelik hükümleri, hekimler açısından çalışma (AY. m. 49), sözleşme ve özel teşebbüs (AY. m. 48) haklarını ortadan kaldırmaktadır. Ayrıca AY.'nın 17. maddesindeki "yaşama maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme" haklarını da hem hekim hem de hastası açısından ortadan kaldırmaktadır.

Yönetmelik, AY.'nın 56. maddesinde devlete verilen sağlık hizmetlerini kamu ve özel kesimdeki sağlık ve sosyal yardım kurumlarından yararlanarak ve onları denetleyerek yerine getirme görevini de imkansız hale getirmektedir.

3. Yönetmelik Hasta Haklarına da Aykırıdır

Temel hasta haklarından biri de hekimini seçme ve istediği kurumda tedavi olma hakkıdır. Bu konu Hasta Hakları Yönetmeliği ile düzenlenmiştir.[47] Yönetmelik, sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkını (m.6), sağlık kuruluşunu seçme ve değiştirme hakkını (m.8), sağlık personelini tanıma,

---

47 Hasta Hakları Yönetmeliği, RG: 1.8.1998, 2340.

seçme ve değiştirme hakkını (m. 9), tıbbi gereklere uygun teşhis ve bakım hakkını (m. 11) ayrı ayrı düzenlemiştir. Bu hakların her biri serbest hekim faaliyetlerini de içermekte, dileyen hastaya bu alternatifin sunulmasını da gerekli kılmaktadır. Yönetmelik hekimlerin serbest faaliyetlerini engelleyerek, hastalara da bu yolu kapatmış, onlara tanımadığı, alışık olmadığı, kamu veya özel sağlık kuruluşlarına başvurma zorunluluğu dayatmaktadır.

4. Yönetmelik Uluslararası Norm ve Standartlara da Aykırıdır

Uluslararası Sözleşmeler, Sağlık Hakkı, İnsan Hakları, Sağlıkla İlgili Denemeler konusunu yıllardır ele alıp düzenlemektedir. Bu konuda:

- 2009 tarihli İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi,
- 2001 tarihli Anne Hakları Bildirgesi,
- 1994 tarihli Hasta Hakları Bildirgesi,
- 2009 tarihli Helsinki Bildirgesi,
- 1995 ve 2009 tarihli Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi,
- 1983 tarihli Venedik Bildirgesi,

örnek olarak sayılabilir.[48]

V. SONUÇ

Serbest hekimin, sağlık alanında yıllardır sürdürdüğü muayenehane faaliyetleri 2011 yılından itibaren adeta engellenmek, ortadan kaldırılmak istenmektedir. Bu çabanın kime ne yarar getireceği de belirsizdir. Diğer hiçbir alanda engellenmeyen çalışma ve sözleşme özgürlüğü, özellikle serbest hekimler açısından bir çıkmaza girmek üzeredir. Her ne kadar bir süre sonra YARGI bu haksızlıkları önleyecek ise de, o zamana kadar hem hekimler, hem de onlardan sağlık hizmeti alan hastalar, büyük bir sıkıntı ve haksızlığa uğramış olacaklardır.

Ülkenin ekonomisine de damgasını vurmuş olan ve tüm dünyada serbest piyasa ekonomisinin bir uzantısı olan sağlık hizmetlerinde özel sektörden de yararlanma uygulamasının, asıl alanı serbest hekimler açısından söz konusu olacaktır. Birçok sağlık kuruluşu (klinik, hastane) yeterli ve gerekli denetimden yoksun iken, hekim muayenehanelerini gereksiz, yersiz ve aşırı kurallara boğmak ve çalışamaz duruma getirmenin ne insan hakları ile ne de özgür-

---

48 Bildirge metinleri konusunda bkz. Hakeri, Hakan/Ünver, Yener/Çakmut, Özlem, Yenerer; Tıp/Sağlık Hukuku Mevzuatı, Ankara, 2010; Lebib Yalkın, Sağlık Mevzuatı.

lüklerle bağdaşan yanı vardır. Sağlık Bakanlığı'nın enerjisini ve son yıllardaki başarılı çalışmalarını gölgelememesi, kamu oyundaki haklı prestijini sürdürebilmesi için serbest hekimleri, SERBEST bırakmasının çok isabetli olacağını düşünüyoruz.

3.8.2011 tarihli Yönetmelik değişiklikleri, bazı yumuşamalar getirerek, imar konusunda 3.5.1985 tarihli İmar Kanunu esas alarak, uyum süresini 3.8.2011 tarihinden 3.8.2015 tarihine çekerek bazı olumlu adımlar atmış, serbest hekimlerle Sağlık Bakanlığı arasındaki gerginliği giderme yolu açılmıştır.

Değerli Hocam, Sevgili Ağabeyim
Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a
*ilk öğrencisinden**,*
nice mutlu, sağlıklı yıllar dilekleri
ve sonsuz saygılar ile.

*Confidence in Criminal Justice and Trust-Based Crime Control****

*Füsun SOKULLU-AKINCI**

I. INTRODUCTION

To achieve confidence and trust in the justice system, the first thing to achieve is a national integrity system. In a society, which seeks to govern itself in a reliable way, the judiciary is one of the integrity pillars[1]. Although many people see the legislature as the critical pillar, in my opinion it is the judiciary that should be ranked above it in a country of the rule of law where all actions of the government and the legislature are subject to judicial review. Thus legality is achieved in this manner and judges function not only at the courts of first instance but at the Constitutional Courts or Supreme Courts, where the laws passed at the Parliaments are reviewed in terms their constitutionality.

Confidence and trust are necessary elements of the justice system in terms of obtaining the public support, the prevention of criminality and the lowering of the crime rates. What are the requirements of a trust-based crime control and criminal justice? The most important aspect of the justice system is the legitimacy. If it is believed that legitimacy is prevalent in a justice system, then the trust element is achieved considerably easier.

---

* Prof. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

** 1966-1967 ders yılında, tüm yıl, kendilerinin ilk kez Ceza Hukuku pratik çalışmaları yaptığı yıl, sınıflarında (Zemin 1) öğrencileri olmak onuruna eriştim.

*** 22 Haziran 2009 tarihinde, Uluslararası Stockholm Kriminoloji Kongresinde sunulmuş tebliğdir.

1 Others are: executive, parliament, civil service, watchdog agencies (Ombudsman, public accounts committee, civil society, mass media, international agencies, as stated by C. YUKSEL, "The Role of the Legislatures in Building the National Integrity System for Combating Corrupting Corruption", Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul, 2007, Vol. 39, No. 56, p. 150.

In societies where corrupt behaviors are widely accepted as a normal pattern of conduct, confidence to the general system tends to diminish and justice system is not immune from this feeling, as well.

Turkey seems to be trying to do something to combat corruption by adopting some laws to suppress the criticism directed to her, since in a league of 52 most corrupt countries Turkey is ranked as the 38th[2].

Several surveys[3] have been made by academics and NGOs, to assess the public opinion as to the dimensions of corruption in general and the public opinion concerning confidence in criminal justice. Under special parts I shall try to give some of the results indicated in those surveys.

II. THE SOCIETY'S PERCEPTION OF THE JUDICIARY

THE SOCIETY'S IMPRESSIONS AND PERCEPTIONS ABOUT THE JUDICIARY

The Turkish public seems to think that the dimensions of corruption is very high especially at the public service such as customs, traffic police, tax offices, title deed offices, municipalities, other branches of the police and state owned banks and financial institutions. Law and criminal justice starts at the police and other law enforcement agencies. So it could be argued that a trust-based crime control must firstly start at this level. But we do have serious doubts whether this would help to combat corruption and create enough confidence to judicial system since there is also a large amount of mistrust to the judiciary and civil servants working in this judicial system.

If we have a closer look at the most recent survey conducted by two academics from the Ankara University under the sponsorship of TESEV[4] it seemed to me rather surprising that some of the people who participated in the survey said that "police and gendarmerie behave as if they were judges"[5]. In fact this statement took me back to the 1980s, when I was doing research on police behaviour and police sub-culture. I found that police, in many countries believe that they "catch the criminals and the judges let them go". I have

---

2 http://info.worldbank.org; http://www.transparency.org/

3 The surveys are examined below in detail.

4 SANCAR/AYDIN, Biraz Adil, Biraz Değil, Demokratikleşme Sürecinde Toplumun Yargı Algısı (The Controversy is evident in the title: "A Little Bit Fair, A Little Bit Not"! I thought this ironical title is quite suitable for the Turkish situation). Türkiye Ekonomik ve Sosyal Etüdler Vakfı (Turkish Foundation of Economic and Social Studies), 2009.

5 SANCAR/AYDIN, Biraz Adil, p. 8.

seen this statement in several books and cited them in my published Ph.D. thesis[6]. But the greatest surprise was that I heard this remark also from a senior British police officer that was participating a police symposium in Istanbul.

In the TESEV survey, the researchers interviewed about 60 persons with different social backgrounds from 20 provinces of Turkey. The majority considered the judiciary identical with the state for different reasons. They also pointed out that the judiciary was neither independent nor impartial, because they thought that a strong "statist" worldview and attitude was obvious and that this damaged impartiality[7]. Especially when there are allegations of torture and maltreatment of the police, some interviewees (judges and prosecutors) believed that the prosecutors and judges are more lenient to them in terms of punishment[8]. On the other hand there was the famous "Manisa Case" where juveniles, all high school students were accused for committing a crime and they later complained that they were tortured under police custody. The accused policemen "could not be found" and were not brought to the court!

Some of the interviewees of the TESEV Survey said that there is no difference between the judges, the police and the gendarmerie, that they are united and act together. In urban areas police and in rural areas gendarmerie function as law enforcement officers and the public seems to combine them with the judiciary and considers the judges responsible for their misbehavior. Especially in the rural areas every encounter with the gendarmerie is considered an encounter with the government and every negative encounter is attributed to the judiciary. Someone whose car was robbed applied to the police as the crime victim, but had some difficulties[9] in getting a written statement. He added, "where is law, where is justice?"

On the other hand about 50 % of the population make negative evaluation as to the fairness, independence and general performance of the judiciary[10]. This percentage is higher as the group of persons' education level

---

6 SOKULLU-AKINCI, Police Sub-culture and Human Rights, Istanbul, 1986.

7 SANCAR/AYDIN, Biraz Adil, p. 3, 65; SANCAR/ ATILGAN, Adalet Biraz, s. 121.

8 SANCAR/ ATILGAN, **Adalet Biraz Es Geçiliyor, Demokratikleşme Sürecinde Hakimler ve Savcılar**, TESEV, 2009, p. 123.

9 The policemen asked him to buy soda and cigarettes in return (SANCAR/AYDIN, Biraz Adil, p.8).

10 KALEM/ JAHIC/ ELVERİŞ, Adalet Barometresi, Vatandaşların Mahkemeler Hakkındaki Görüşleri ve Değerlendirmeleri, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2008, p. 8.

rises and/or if they encounter the judicial services in their own experiences[11]. Only 29.5% of the subjects had a personal experience at the courts[12]. Victims of crimes are the group whose negative evaluations have risen most, after having an encounter with the courts[13].

Another most important finding of the TESEV survey is that the level of confidence in the fairness of the court is rather low and people think that, "favoritism and power relations play an important role in the functioning of the justice system"[14]. In another survey the 40% of the participants thought that the decisions of the courts were fair, 50% thought that the judges were impartial, 40% thought that the courts protected the citizens' rights, and that in general the courts were doing their job well[15]. This survey though done on about 1000 people in 3 consecutive years (total of 3000), encompasses people in 12 provinces, 25% of which are from Istanbul. TESEV survey on the other hand covers 20 provinces. The former is performed with questionnaires, but the latter is done with a smaller number of persons who were interviewed for longer periods and were given open-ended sentences. This creates a difference in the attitude of the interviewees, because, the longer time the interview takes the interviewee becomes more relaxed and remembers more memories of discontent, feels sympathy for the person interviewing and feels more comfortable with him/her, then come the complaints. On the other hand questionnaires of the former are filled with haste, by marking "a, b, or c" and sometimes do not reflect the real feelings[16]. Thus in the TESEV survey the interviewees seem to have a more critical and negativistic approach.

Istanbul Bar Association is the biggest bar association in Turkey, with more than 35000 lawyers as members. A survey conducted by the Istanbul Bar Association among its members caused a lot of noise and discomfort in some circles has some remarkable and striking findings. Around 95 % of the lawyers who took part in the survey, said that there is corruption in the legal system. According to the report the corruption is very common in the police force, but the numbers in the rest of the system are even higher. 97.5 % of the lawyers said that the prosecutors and the judges are also part of the corruption. The corruption level is same both in the civil law cases and the criminal cases. 95 % of the young businessmen believed that the judicial system could not be trusted. Almost every group of persons who are part of the judicial

---

11 Adalet Barometresi, p.18.

12 Adalet Barometresi, p. 5.

13 Adalet Barometresi, p. 14.

14 SANCAR/AYDIN, Biraz Adil, p.35-43.

15 Adalet Barometresi, p. 15.

16 SANCAR/AYDIN, Biraz Adil, p. 7.

system, have different level of participation in the wrongdoings. The client and his councilor mainly initiate the corruption and when a judge is involved to the corruption an intermediary take part in the deal. The reason for corruptions is identified as obtaining or preserving the rights of the client or has lesser punishment for something done wrongly. Few people believe that the judge really examine and evaluate the cases properly. In order to have sound and proper decision, the clients believe that something should be done to have the judges consider the facts more thoroughly[17].

Although the Turkish Codes are just like any other European Countries Codes, some laws give exceptional protection and immunity to the judiciaries and to law enforcement officers in some cases. Although according to the Constitution, laws are applied to everyone equally, the president of the state has an absolute immunity for all his acts. The members of parliament have special immunities[18] and they cannot even be charged for any crime including corruption without the permission to lift the immunity of the particular member of the parliament and that permission is never given by the legislatures. Judges enjoy similar protections. They are even exempt from fine, for their traffic violations. Unfortunately, there are some recorded instances that one of the parties got a verdict in his favor by given some monetary gifts through an intermediary. Although this was a recorded fact nothing happened at the end. The verdict remained as it was, and no prosecution started for those who accepted the bribe.

---

17 This report is published as ÖKÇESİZ, Adli Yargı'da Yolsuzluk Araştırması, Eko Kitaplığı Yayınevi, İstanbul, 1999.

18 Turkish Constitution, Article 83: Parliamentary Immunity
(1) Members of the Turkish Grand National Assembly shall not be liable for their votes and statements concerning parliamentary functions, for the views they express before the Assembly, or unless the Assembly decides otherwise on the proposal of the Bureau for that sitting, for repeating or revealing these outside the Assembly.
(2) A deputy, who is alleged to have committed an offence before or after election, shall not be arrested, interrogated, detained or tried unless the Assembly decides otherwise. This provision shall not apply in cases where a member is caught in the act of committing a crime punishable by a heavy penalty and in cases subject to Article 14 of the Constitution if an investigation has been initiated before the election. However, in such situations the competent authority shall notify the Turkish Grand National Assembly immediately and directly.
(3) The execution of a criminal sentence imposed on a member of the Turkish Grand National Assembly either before or after his election shall be suspended until he ceases to be a member; the statute of limitations does not apply during the term of membership.
(4) Investigation and prosecution of a re-elected deputy shall be subject to whether or not the Assembly lifts immunity in the case of the individual involved.
(5) Political party groups in the Turkish Grand National Assembly shall not hold discussions or take decisions regarding parliamentary immunity.

Trust based criminal justice has two main prerequisites: the physical and the psychological environment where the justice is served and fairness and independence of the judiciary as well as their dedication to serve the rule of law.

A. PHYSICAL ENVIRONMENT

In Turkey, the physical environment is very unsuitable for a proper conduct of the law, since the courthouses are insufficient and mostly rooms rented in commercial buildings. In fact another survey, covering 10 courthouses in Istanbul indicates that some of them are reserved just for the judiciary but two have to share the building with other government offices and there are shops in the entrance of one[19]. My personal experience was with the Fatih Courthouse, at the epicenter of Istanbul: It was a rented building and the sixth floor was occupied by Justice College of the University of Istanbul, of which I was the Director for six years. I sometimes shared the lift with an arrestee accompanied by gendarmerie!

The newly state built courthouses in major cities (which are in my opinion is very ironically) called "justice palaces" are very poorly architecturally designed, with no space for the public audience, which enables the judges to order the public to leave the room, so he/ she can conduct the trial behind closed doors with very highly loyal staff and court clerks. In every verdict it is stated that the verdict is reached "in the name of the Turkish nation". In fact, there are provisions both in the Turkish Constitution (art.141[20]) and also in the Code of Criminal Procedure (art.182) that the hearings are open to the public. However, I myself, who was just a spectator (bystander) at the courthouse, was denied entrance to a hearing by the bailiff. When I reported this to the Istanbul Bar Association, two lawyers were appointed as observers, to monitor the situation. The bailiff tried to stop them too!!! The judge's excuse was that the hearing room was not large enough for audience and it was him who gave instruction to the bailiff.

---

19 Adliye Gözlemleri, s. 8.

20 Turkish Constitution, Article 141: Publicity of Hearings and Verdict Justification
(1) **Court hearings shall be open to the public**. It may be decided to conduct all or part of the hearings in closed session only in cases where absolutely required for reasons of public morality or public security.
(2) Special provisions shall be provided in the law with respect to the trial of minors.
(3) The decisions of all courts shall be made in writing with a statement of justification.
(4) It is the duty of the judiciary to conclude trials as quickly as possible and at minimum cost.

Findings of a survey made in 10 courthouses and in 113 courts in them, in Istanbul indicates that:

- 76.3% of the courts are holding the hearings in their own hearing room.

- 22.3% of the courts are holding the hearings in the judge's chambers.

- 5.3% of the courts are holding the nearing in another court's hearing room[21].

- The exteriors, facades of the buildings are dirty,

- The interiors are dark, gloomy and dusty[22]. Although smoking is forbidden in the court buildings, cigarette butts are everywhere. Even footprints were seen on the walls of the Bakırköy Courthouse[23], which was recently built. (After this article was written, a majestic new courthouse was built in Istanbul, which is the largest in Europe)

B. PSYCHOLOGICAL ENVIRONMENT

The psychological environment is closely related with the physical environment, but there is more to it. If the environment is appropriate with the work the courts and other agencies are doing, this creates a positive psychological effect on the person, whether it a judge, a public prosecutor, a law enforcement officer or the public. In fact the hearing room should be in accordance with the dignity of the function, so that it creates the proper setting for a trust based crime control. This is why in almost all countries (including Turkey), all the sides to the case wear gowns and in some countries they even wear grey wigs so that they look more solemn and respectable.

Besides the decoration and attire, the psychological environment is affected negatively if favoritism and power relations play an important role in the functioning of the justice system, arbitrariness, the duration of the proceedings, workload of the courts, and the cost of proceedings. If the citizens do not believe in the justice and has no respect for it, they will look for justice beyond the judiciary and the legal system. In the some parts of Turkey although no one admits it, some people prefer to solve their problems with the help of Mafia. In the East and South East rural areas, where the societies

---

21 Adliye Gözlemleri, p.9

22 Adliye Gözlemleri, p. 7.

23 Kadıköy and Üsküdar court buildings we the cleanest, KALEM/JAHIC/ ELVERİŞ, Adliye Gözlemleri; İstanbul Mahkemeleri: Fiziksel Koşullar, Duruşmalar ve Gecikmeler, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2008, p.8.

are kinship based[24], and the system is feudal, the conflicts are solved within the clan. Some people stress the fact that this way, the problems are solved in much shorter time[25].

1. Duration of the Proceedings and the Workload of the Courts

In general both the public and the judiciary complain about the workload of the judiciary. Piles of files are waiting in the closets of the court. It takes about 5 years to finalize a criminal case. "Delayed justice is not fair" is frequently pronounced. Everyone seems to accuse the immense workload for the absence of fair trial.

In the survey on Istanbul Courthouses the average number of cases per day is 29 for each judge.

- In 25% of the courts the daily average is more than 37.
- In 25% of the courts the daily average is 37,
- In 25% of the courts the daily average is 28,
- In 25% of the courts the daily average is 23[26].

Most of the hearings do not begin in the scheduled (designated) time. At 10.00 a.m. the number of delayed cases is 66%, at 11.00 a.m. it reaches to 86%. The average delay is between 5 minutes to 30 minutes; sometimes it reaches up to 2 hours. The main reason is that the designated time for several hearings is cumulated in the same time. This means that everybody has to wait[27]! One interviewee said, "The judge is so busy, he does not even want

---

24 This term is used in anthropology to describe communities that are made up of persons related to each other as kin or the community is imagined as being composed of persons related to each other as kin. In this type of society, relations of production and distribution, of domination and subordination are based on kinship. Kinship serves the persons' relationship with one another and provides them with basic identity and guide to behaviour. In kin based societies, persons with real and imagined kinship bonds, form communities of different sizes: lineage, tribe, or clan….please see SOKULLU-AKINCI, "Homicides Committed for Honour: The Case of Turkey, Sweden and Germany", Annales Internationales de Criminologie, Year 2006,Vol. 44-1/2.

25 SENCER/AYDIN, Biraz Adil, p. 59.

26 Adliye Gözlemleri, p.13.

27 Istanbul being a huge metropolis and court houses very far from one another, if an attorney is late for one hearing, another case that the attorney is already there is heard.

to see you! He does not have time. The time for hearing is given to you as 9 am. You are heard at 2 pm"[28].

2. Accessibility to Justice and to Counsel and the Cost of Justice

In general no information office exists in the courthouses examined by the research group[29]. In the Central Court house of Istanbul there is one.

Accessibility of toilettes and lifts is limited. No special means and facilities are provided for the disabled in any of the 10 courthouses.

Bureaucracy and red tape is prevalent in the judicial system. To file a case in the civil courts the plaintiff has to apply with a petition. This is the same in the Criminal Courts for the victims and the complainant. For those who have no means to hire a lawyer, there are petition-writers (with very old typewriters, either in the street, in small vehicles or shops), who charge only a small amount[30] of money[31].

76.2% of the interviewees think that having an attorney is very expensive. Those who have higher education, high income and males tend to hire an attorney[32].

In the criminal courts the suspect or the accused may benefit from the advice of one or more defense counsels at any stage of the investigation and prosecution since 1992. The suspect or the accused is informed promptly about his legal rights at every stage of the procedure: as soon as he is apprehended (Code of Criminal Procedure, Art. 90/4) and before his interrogation starts (art. 147). One of these rights is right to appoint a defense counsel and to utilize his/her legal help. If he/she is not able to retain a defense counsel, and he/she requests one, a defense counsel is appointed by the bar association (147/1-c). There are groups of young attorneys who give their mobile phone numbers to the bar association on voluntary basis and go immediately as soon as they are notified. Their fee is paid by the Turkish Union of Bar Associations, but there were some problems with the Ministry of Finance.

In spite of all these, the surveys show that the accused sometimes waivers his right to an attorney:

---

28 SANCAR/AYDIN, Biraz Adil, p. 51.

29 Adliye Gözlemleri, p. 11.

30 For divorce and for surrender of lease it is about 5 euros in one courthouse, and about twice as much in another.

31 Adliye Gözlemleri, 11.

32 Adalet Barometresi, p.19.

- 73.53 think that he himself will better defend himself,
- 47.06% thinks that attorney charge high fees,
- 9.8% did not know that he could have defense counsel free of charge[33].

In criminal cases, if the suspect or the accused is a child, or a disabled person, or the attributed crime's punishment lower limit is more than 5 years, a defense counsel is appointed without request (art 150). The same arrangement is made in the Code of Criminal Procedure (2005) for the victims too (art. 234/3). So the crime victim may ask the appointment of a counsel on his/her behalf by the bar association. So both the accused and the victim in criminal cases, is reminded that he has access to an attorney, but in practice my post graduate students, who are also attorneys, complain that they face a "fait accompli" when they reach to the police headquarters and are made to sign the document prepared before they arrived.

In the civil cases the parts to the case have to hire an attorney at their own expense. The fee is calculated according to the amount requested. It may be up to 25% according to the Law of Attorneys.

On the other hand, the fact that the physical and psychological environment of the courthouses is not very "citizen friendly" stems from the general attitude of the judiciary. Court buildings are considered as buildings for the lawyers and the citizens are seen as "outsiders". Although the reason of existence of the whole judiciary system is for the well being of the citizens, the researchers all point out that the whole system seems to deny it!

As a result of the lack of public confidence and social trust in the criminal justice system, some people look for justice outside the legal process, such as the mafia. Although the interviewees never admitted this[34], especially during the high inflation periods, the claimants applied to the "debt collection mafia" to cash his/her money, instead of the courts, because it took a very long time to obtain their money via legal means. On the other hand, some people of the south and southeastern provinces where a feudal system and mores and customs are prevalent admitted that their values are different from other parts of Turkey and problems should be solved in a different manner. Indeed those societies are "kinship-based societies"[35]. Kinship serves the persons' relationship with one another and provides them with basic identity and guide to

---

33 Adalet Barometresi, p. 21

34 SANCAR/AYDIN, Biraz Adil, p. 54-55.

35 This term is used in anthropology to describe communities that are made up of persons related to each other as kin or the community is imagined as being composed of persons related to each other as kin. In this type of society, relations of production and distribution, of domination and subordination are based on kinship, SOKULLU-AKINCI, Honour Crimes, p 86.

behaviour. In kin based societies, persons with real and imagined kinship bonds, form communities of different sizes: lineage, tribe, or clan[36]. It is either a senior member of the clan that puts an end to the conflict[37] or a small incident such as "X's cow enters Y's land" and eats his grass is exaggerated and is leads to murders of vendetta[38].

III. THE JUDICIARY'S PERCEPTION OF JUSTICE

A. THE FUNCTION OF THE JUDICIARY

In Turkey the system of separation of powers is prevalent: Legislative, administrative and the judiciary powers act separately from one another. In this context, the judiciary's function is to solve the problems arising from the first two. It is the judiciary's responsibility to secure the rule of law and see that the legislator and the administration act within the limits of the law. Liberties can be restricted only with a judge's decision.

B. INDEPENDENCE OF THE JUDICIARY

According to the Turkish Constitution the judiciary is independent[39] and impartial. The legal provisions are just like any other European Country. In

---

36 SOKULLU-AKINCI, Honour Crimes, p 86.

37 SANCAR/AYDIN, Biraz Adil,, p.57.

38 SANCAR/AYDIN, Biraz Adil, p. 58.

39 Turkish Constitution,
Article 9: Judicial Power Judicial power shall be exercised by **independent** courts on behalf of the Turkish Nation.
Article 138: Independence of the Courts
(1) Judges shall be independent in the discharge of their duties; they shall give judgment in accordance with the Constitution, law, and their personal conviction conforming to the law.
(2) No organ, authority, office or individual may give orders or instructions to courts or judges relating to the exercise of judicial power, send them circulars, or make recommendations or suggestions.
(3) No questions shall be asked, debates held, or statements made in the Legislative Assembly relating to the exercise of judicial power concerning a case under trial.
(4) Legislative and executive organs and the administration shall comply with court decisions; these organs and the administration shall neither alter them in any respect, nor delay their execution.
Article 139: Security of Tenure of Judges and Public Prosecutors
(1) Judges and public prosecutors shall not be dismissed, or retired before the age prescribed by the Constitution; nor shall they be deprived of their salaries, allowances or other rights relating to their status, even as a result of the abolition of court or post.
Article 140: Judges and Public Prosecutors
(2) Judges shall discharge their duties in accordance with the principles of the independence of the courts and the security of tenure of judges.

fact the previous Code of Criminal Procedure was adopted from Germany 1n 1929. The same thing cannot be said about the 2005 Code, i.e. it is not an adoption of the German Criminal procedure Code, but lot of similarities and parallelism can be seen. But the general view of the public and of the judges is that there are problems concerning both concepts.

In fact there are serious problems that destroy damage or cast shadow on judicial independence. One should not underestimate the influence of the government over the judges. The final decision about the appointment, promotion, changing the location and prosecution for any sort of criminal allegation about the judges is made by the Minister of Justice, who is in fact the head of the Council which decides about the above activities. Therefore, the influence of the government over the judiciary in policy issues converts the judicial system into a tool the government and this weakens the confidence in the criminal justice system.

1. Admission to the Profession

Anonymous judges who were interviewed for the TESEV Survey pointed that candidates apply to the Ministry of Justice and the Ministry makes the written and the oral exams, and this casts a shadow on how the choice is made and there are doubts that political preferences play an important role. Who will be admitted to the judicial profession is within the absolute influence of a political person: the Minister of Justice[40].

2. The Structure of the Supreme Council of Judges and Prosecutors

The Council is supposed to be an independent body. In fact the Constitution states that: "The Supreme Council of Judges and Public Prosecutors shall be established and shall exercise its functions in accordance with the principles of the independence of the courts and the security of tenure of judges". This Council is responsible for the appointment, promotion and other personnel affairs. The President of the Council is the Minister of Justice. The Undersecretary to the Minister of Justice shall be an ex-officio member of the Council. The Minister of Justice who is a politician puts the finalizing signature on all the decisions, appointments, and promotions and thus he is the absolute decision maker.

In addition to all these, the Council does not have an independent budget. Financial sources are up to the Minister of Justice

---

40 SANCAR/ATILGAN, Adalet Biraz Es Geçiliyor, TESEV, Survey, 2009, p.106.

3. The Financial Concerns

The financial problems are always an important concern for the civil servants employed in the judicial system. A few years ago the Chief Judge of the High Court of Appeals, in a speech he made for the commencement of the judicial term, shocked many people saying, "The judges are stuck between their wallets and their qualms (conscience)"! Although the judges are better paid off than the other civil servants, this does not keep them asking much higher salaries and larger share from the wealth of the nation. A decade ago one of the presidents of the state after refusing their demand on the salary increase, said that the civil servants knew how to make money and increase their income. That was an implicit hint that bribery is a way of life and there is no need to increase the salaries since they can compensate their losses by this way. Until the final verdict reached in the courtroom, many illegal practices interfere with the decision-making process and administration of justice. The majority of the judges believe that the judges must be independent of any social pressure and also of his/her personal views[41] and they themselves have concerns about the independency of the judiciary[42], but the general opinion is that it is true but only for singular cases[43]. One judge pointed out that, "there may be a bad egg in a basketful of eggs"[44]. In my opinion there may always be illegalities in any system, but what is done for it is the crucial point. Is the system taking the bad egg out of the basket as soon as possible or somehow keeps it there! As far as I know, if a judge is reported to the Supreme Council of Judges and Prosecutors, and found guilty, he is appointed to a "lesser" area, but still stays in the system.

Besides these internal ethical problems that we encountered within the judicial system, the governments and the ruling forces in the country are trying to cover their failures by blaming the judicial system.

There is always a desire on the government side to control the judiciary. The arguments put forward by the supporter of this tendency is based on the notion that the governments come into the power by popular vote whereas the judges are chosen among the law faculty graduates. The governments always saw this issue as a matter of sharing power. The idea of rule of law and supremacy of legal rules frightened the ones who are in power and they do not want to be accountable for what they have done.

The governments complain that the judges are short sighted and they do not appreciate the hard work of the executive branch, and therefore the gov-

---

41 SANCAR/ATILGAN, Adalet, p.115.

42 SANCAR/ATILGAN, Adalet, p. 119, especially the interviews on p.117.

43 SANCAR/ATILGAN, Adalet, p. 115-116.

44 SANCAR/ATILGAN, Adalet, p. 116. interview 19.

ernments' decisions cannot be left to the judge's decisions and there should be no control of the judiciary over the wrong doings of the governments. For every failure of the governments on economic and social issues, the blame is put over the judiciary branch of the state in every speech giving to the public. Turkey is a country where the people trust to each other is the lowest in the world. The public trust to the judicial system is nearly disappeared and the adverse attitudes of the governments and the parliamentarians have a great contribution to that result.

For the ruling powers of the country a scapegoat is needed to cover up their failures and the judiciary system is the one that is found with no means to defend itself.

The means and new positions are rarely made available to the Ministry of Justice. Every year new judges are appointed to the new courtrooms, but these appointments are far from being adequate. The population of Turkey tripled in the last sixty years. During the same period of time, the increase in the number of judges is minimal (around 60 %).

INTERNATIONAL CORRUPTION

There is also an international dimension to corruption. Although Turkey claims that she is part of Europe and is trying to become a member in the European Community, and ratifying all international agreements including the OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, because of the lack of will in implementation of these agreements. Turkey is a tax haven for foreigners. The source of that money has never been asked. This is also true for the Turkish citizens. Although from time to time all civil servants declare their wealth to their superiors, the truth of these declarations rarely questioned, except for those civil servants who are not in line with the governments.

If Turkey insists on being a tax haven for foreigners and does not change her policy on her very permissive and loose financial policies, the hope for a trust based crime control system will disappear completely. In building confidence to criminal justice system, stricter financial control and fight against corruption should be done simultaneously. To raise awareness and promote the importance of ethical behaviour throughout the whole population seems to be the only choice but it is difficult task and it is not very surprising that the choice of such population has always been in favor of governments that would leave some doors to corruptions. For example mutual legal assistance and extradition are important instruments of which Turkey is a part of the international treaties) for denying safe haven to the corrupt and the proceeds

of corruption, for certain people will promote confidence in criminal justice and fair trial.

CONCLUSION

How can justice and rule of law be attained in Turkey? I must first admit that it is a very difficult task. It is like rewinding the clock, hoping the time that has past had never occurred. A little more optimistic approach will be to suggest that necessary measures should be taken to promote high ethical standards among officials, for example adopting a code of conduct for judicial staff, which might help curtail corruption. The creation, dissemination, implementation and enforcement of code of conduct for the judicial staff can contribute to prevent corruption, but more importantly the aim must be to raise awareness and promote the importance of ethical behaviour throughout the whole population. The focal point of ethics reforms is the monitoring and control of all functions of the government: legislative, administrative and judicial functions. In fact surveys in Turkey indicate that there is a high amount of distrust in the rule of law and fair trial. Quite a high percentage of people think that administration of justice differs from people to people. In fact because of the solidarity element of the professional sub-cultures, illegal behaviour of the police and the judiciary tend go unpunished an unquestioned. The same trust problem also exists for the political system. If the large majority in Turkey has similar views and values, one should start by trying to change these common values and try to bring some ethical considerations into the society.

Under the legal reforms new codes were passed in 2005. In the New Turkish Criminal Code the definition of bribery[45] is more limited. In the abolished code the crime of bribery contained " receiving a benefit (money or good)

1. For doing what you have to do or not doing what you don't have to do.
2. For doing what you should not do or not doing what you must do.
   In the new code the first part is not considered as bribery any more. It is placed in a lesser crime, "the abuse of power" with lesser punishment. Receiving money for the acquittal of an innocent person was bribery in the abolished code. Now it is not! The reason for such an amendment is that both sides to the crime of bribery are punished and this prevents those who pay bribes to report such crimes. Whereas in the abuse of power, those who are made to pay are considered victims and are not punished.

---

45 Art. 252

A trustworthy judiciary cannot be imported from the Moon. To have a trust based judiciary system, rules of ethics must be accepted by the whole society. There must be instruments to control and monitor corruption, such as whistle blowers. Turkey must consider introducing stronger whistleblower protection measures for public and private sector employees and also for the general public, who report suspicious facts that may indicate foreign bribery, in order to encourage them to report such facts without fear of reprisals[46]. The solutions adopted in criminal procedure may, in appropriate circumstances, be applied to whistleblowers, that subsequently act as witnesses in criminal proceedings. This sometimes may require an "incognito witness", "immunity witness", when there is a justified risk of violence or illegal threats towards a witness. This method needs quite an attention so that it does not violate the defendants right to defense.

To be able to build a national integrity system for the judiciary the general public must demand effective action. Corruption exists in all kinds of countries some developed, some developing. Methods of combating corruption should be different for each[47].

BUT the principal and initial step to take must be that corruption must not be an alternative to legal behaviour. This cannot be achieved just by changing the laws, because it is not enough to change the way people behave. If a legal system is not functioning, the problem is in the judicial system, not in the law itself[48]. If the existing laws are not working, the new ones will hardly have different outcomes. On the other hand, mechanisms of accountability must be available[49]. The starting point should be to abolish all the immunities, starting with the parliamentary immunity and special prosecution system for civil servants, police and the judges.

To be able to establish a system of honesty and integrity, transparency must be prevalent in the judicial system as well as the administration[50]. For the integrity and honesty of the judiciary, the culture of ethics and integrity must be established in the whole society. Confidence in the rule of law and the judiciary has shattered in Turkey, because there nepotism is prevalent everywhere and there are numerous examples that the same laws are applied in a different manner to different persons[51].

---

46 YÜKSEL, TUSIAD, Vol. 1, 149-150.

47 YÜKSEL, TUSIAD, Vol. 1, p. 135.

48 YÜKSEL, TUSIAD, Vol. 1, p. 139.

49 YÜKSEL, TUSIAD, Vol. 1, p. 141.

50 YÜKSEL, TUSIAD, Vol. 1, p. 226-228.

51 YÜKSEL, TUSIAD, Vol. II, p. 89.

Yasak Hakların İadesi Karşısında Karayolları Trafik Kanunu ile Milletvekili Seçimi Kanunu'nun Değerlendirilmesi

*Ersan ŞEN**
*Bilgehan ÖZDEMİR***

1. Genel Olarak Türk Ceza Kanunu'nun konu ile bağlantılı düzenlemeleri

01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu (TCK), Ceza Hukukumuza köklü değişiklikler getirmiş, bu çerçevede 765 sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu'nda bulunan bazı müesseseler tümü ile kaldırılmış olup, Eski Kanunda bulunmayan yeni kural ve düzenlemelere yer verilmiştir.

Bunların en başında, 765 sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu'nda olmayan 5. madde gelmektedir. **5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 5. maddesinde, bu Kanunun genel hükümlerinin özel ceza kanunları ile ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanacağı düzenlenmiştir.** Yeni Türk Ceza Kanunu ile Türk Hukuku'na giren bu yeni kuralın amacı, Ceza Hukukumuzun Genel Hükümlerini yeknesaklaştırmak ve tüm özel suç tipleri bakımından ortak bir uygulama sağlamak olarak gösterilmiştir.

765 sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu'nun 10. maddesinde, Kanunun genel hükümlerinin özel ceza kanunlarında yer alan hükümlere muhalif olmayanlarının bu kanunlara uygulanacağı düzenlenmiş iken, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 5. maddesinde ise, bir kanun hükmünü aşacak şekilde ve anayasal düzenlemelere benzer bir ifade yer almaktadır. Bu hükümle artık 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümleri, özel ceza kanunları ile ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanacaktır. Oysa Ceza Kanunu, diğer kanunların üstünde ve Anayasa ile eşdeğer bir kanun değildir. Ceza Kanununun yürürlüğünden sonra düzenlenecek kanunlarla bu hükmün aşılması ise normlar hiyerarşisi sistematiği açısından her zaman mümkündür.

---

* Prof. Dr., İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Öğretim Üyesi.

** Av, İstanbul Barosu.

Ceza hukukunun genel prensiplerinde birlik ve bütünlüğün sağlanması ve keyfi uygulamaların engellenmesi bakımından, Kanunun 5. maddesinin olumlu atılmış bir adım olabileceğini kabul etmek mümkün olabilir. Bununla birlikte 5. madde, bir "temenni" hükmü olmaktan ileri gidemez. Çünkü bu tür genel ilke ve esasların düzenleneceği yer, normlar hiyerarşisinin en üstünde bulunan "Anayasa" olmalıdır. Aksi takdirde, eşit düzeyde olan kanunlar arasında ilke ve esaslar açısından birlik ve bütünlüğü sağlamak mümkün olamaz. Bir ilke ve esasa Anayasada yer verildiğinde, artık bu ilke ve esasa aykırı olarak yasal düzenleme yapabilme imkanı ortadan kalkar. Kanun koyucunun bu ilke ve esaslara aykırı şekilde yapacağı düzenlemelerle Anayasayı ihlal etmesi halinde ise, başvuru olması kaydıyla bu düzenlemenin Anayasa Mahkemesi tarafından iptali gündeme gelecektir. TCK m.5, Anayasa tarafından düzenlenmiş bir hüküm olmaması sebebiyle diğer kanunların üstünde kabul edilebilecek bir norm değildir.

Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 5. maddesinin derhal uygulanması sebebiyle birtakım karışıklıkların veya istenmeyen sonuçların ortaya çıkabilme ihtimalini düşünen kanun koyucu, 5349 sayılı Kanunla öngörülen Geçici 1. madde ile düzenleme yapma yoluna başvurmuştur. 5237 sayılı Kanunun 01.06.2005 tarihindeki yürürlüğünden önce kabul edilen ve yürürlüğe giren geçici 1. maddeye göre, *"Diğer kanunların, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Birinci Kitabında yer alan düzenlemelere aykırı hükümleri, ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler yapılıncaya ve en geç 31 Aralık 2006 tarihine kadar uygulanır"*. 5237 sayılı Kanunun Birinci Kitabında bulunan 5. madde uygulaması da, bu geçici madde gereğince yapılacaktır. Bu şekilde bir kanunlaştırma tekniği isabetli olmamıştır. Önce 5237 sayılı Kanunda öngörülen 5. maddeyi kabul etmek suretiyle sistem değişikliğine giden ve bu konuda modern bir düzenleme yaptığını ifade eden kanun koyucu, Eski Türk Ceza Kanunu'nun 10. maddesinin tersini kabul ettiği bu maddenin uygulamasını, bu defa geçici de olsa yine Eski Türk Ceza Kanunu'nun 10. maddesine paralel olarak değiştirmek ve eski uygulamayı sürdürmek yolunu seçmiştir. Geçici maddenin uyum sürecinin zorunlu bir sonucu olduğu iddia edilse bile, TCK m.5'in sorunlu ve uygulanması imkansız olduğunu kabul etmek gerekir.

Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 5. maddesi, yürürlüğe girdiği 01.06.2005 tarihinden önce yürürlükte olan ve içeriğinde genel ceza kanunu normları içeren tüm özel ceza kanunlarındaki genel hükümler ile ceza normu içeren kanunlarda yer alan genel hükümleri zımni olarak ortadan kaldırmıştır. Ancak hükmün 31.12.2006 tarihinden sonra yürürlüğe giren kanunlar hakkında uygulanma olanağı normlar hiyerarşisi ile ilgili olarak yukarda yaptığımız kısa açıklamalar sebebiyle mümkün değildir.

Yeni Türk Ceza Kanunu ile Türk Ceza Hukuku'nda yapılan diğer bir temel değişiklik de, "memnu hakların iadesi" müessesesinin kaldırılmasıdır.

Memnu hakların iadesi, ceza mahkumiyetinden doğan süresiz yasakların ve ehliyetsizliklerin ortadan kaldırılmasını sağlayan, yasak ve ehliyetsizliklerden kurtulmak isteyen kimseyi düzgün ve hukuk kurallarına uygun bir şekilde yaşamaya teşvik eden bir müessesedir[1]. 765 sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu'nda yer alan memnu haklar, bir suçun işlenmesi sebebiyle mahkeme tarafından hükmolunması sonucunda ortaya çıkabileceği gibi, bir cezanın kanuni neticesi olarak da kişi hakkında uygulanabilir.

765 sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu'nun 121. maddesinde, *"Müebbeden hidematı ammeden memnuiyet ve ceza mahkumiyetinden mütevellit diğer nevi ademi ehliyet cezaları memnu hakların iadesi tarikiyle izale olunabilir."* şeklinde yer alan ve yine Kanunun 124. maddesinde, *"Memnu haklar, Usulü Muhakematı Cezaiye Kanunu'nun tayin ettiği suretlerle iade olunur. Memnu hakların iadesine alakadarların talebi üzerine usulü dairesinde karar verilmesi mahkemeye aittir."* şekliyle ifade bulan hükümlerin Yeni Türk Ceza Kanunu'nda karşılıkları bulunmamaktadır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, memnu hakların iadesi müessesesine konu olan yasaklılıklar ile bağlantılı olabilecek bir düzenlemeyi, "Belirli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma" başlıklı 53. maddede öngörmüştür.

TCK m.53'e göre;

"(1) Kişi, kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkumiyetin Kanuni sonucu olarak;

a) Sürekli, süreli veya geçici bir kamu görevinin üstlenilmesinden, bu kapsamda Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinden veya Devlet, il, belediye, köy veya bunların denetim ve gözetimi altında bulunan kurum ve kuruluşlarca verilen, atamaya veya seçime tabi bütün memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilmekten,

b) Seçme ve seçilme ehliyetinden ve diğer siyasi hakları kullanmaktan,

c) Velayet hakkından, vesayet veya kayyımlığa ait bir hizmette bulunmaktan,

d) Vakıf, dernek, sendika, şirket, kooperatif ve siyasi parti tüzel kişiliklerinin yöneticisi veya denetçisi olmaktan,

e) Bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmekten,

yoksun bırakılır.

---

1 Sulhi Dönmezer-Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, Cilt: 3, Beta Yayınları, İstanbul, 1997, s.326.

(2) Kişi, işlemiş bulunduğu suç dolayısıyla mahkum olduğu hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar bu hakları kullanamaz.

(3) Mahkum olduğu hapis cezası ertelenen veya koşullu salıverilen hükümlünün kendi altsoyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayyımlık yetkileri açısından yukarıdaki fıkralar hükümleri uygulanmaz. Mahkum olduğu hapis cezası ertelenen hükümlü hakkında birinci fıkranın (e) bendinde sözkonusu edilen hak yoksunluğunun uygulanmamasına karar verilebilir.

(4) Kısa süreli hapis cezası ertelenmiş veya fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında birinci fıkra hükmü uygulanmaz.

(5) Birinci fıkrada sayılan hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla hapis cezasına mahkumiyet halinde, ayrıca, cezanın infazından sonra işlemek üzere, hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir. Bu hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla sadece adli para cezasına mahkumiyet halinde, hükümde belirtilen gün sayısının yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir. Hükmün kesinleşmesiyle icraya konan yasaklama ile ilgili süre, adli para cezasının tamamen infazından itibaren işlemeye başlar.

(6) Belli bir meslek veya sanatın ya da trafik düzeninin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla işlenen taksirli suçtan mahkumiyet halinde, üç aydan az ve üç yıldan fazla olmamak üzere, bu meslek veya sanatın icrasının yasaklanmasına ya da sürücü belgesinin geri alınmasına karar verilebilir. Yasaklama ve geri alma hükmün kesinleşmesiyle yürürlüğe girer ve süre, cezanın tümüyle infazından itibaren işlemeye başlar".

Yeni Türk Ceza Kanunu m.53, kasten işlenen suçlardan dolayı hapis cezasına mahkumiyetin kanuni sonucu olarak ortaya çıkan belirli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma hallerini düzenlemiştir. Asıl cezanın kendiliğinden ortaya çıkan yan neticeleri olan bu haller, fer'i ceza olarak da adlandırılabilir. Böylece kanun koyucu, suç işlemek suretiyle hapis cezası yaptırımının muhatabı olan failin haklarını kısıtlayarak, fail hakkında uygulanan ceza yaptırımının etkisini artırmayı amaçlamıştır. Bunun yanında, işlediği suç sebebiyle toplumda kişiye karşı duyulan güven sarsıldığından, özellikle güven ilişkisinin varlığını gerekli kılan belirli hakları kullanmaktan failin mahrum bırakılması öngörülmüş ve failin mahrum bırakılacağı hakların ne olacağı maddenin birinci fıkrasında bentler halinde sınırlı olarak sayılmıştır. Maddenin birinci fıkrasının gerekçesi, failin işlediği suçtan dolayı topluma karşı kaybettiği güven duygusu ölçütünün, "belli hakları kullanmaktan

yoksun bırakılma" müessesesine dayanak alındığını ve mahkumun yoksun olacağı hakların neler olduğunun da madde metninde gösterildiğini ortaya koymuştur.

Böylece fail, işlediği suç sebebiyle mahkum olduğu hapis cezasının infazının sonuna kadar 53. maddenin birinci fıkrasında gösterilen hakları kullanmaktan yoksun bırakılacak, ancak bu haklar dışında diğer hak ve yetkilere sahip olmaya devam edecektir. 53. madde, bir hak mahrumiyeti getirmemiş, failin cezanın infazı tamamlanıncaya kadar yine hak sahibi olacağını, fakat bu hakları kullanmasının mümkün olmayacağını ifade etmiştir.

Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 53. maddesiyle, süresiz hak yoksunluğu veya hapis cezasının infazından sonra başlayacak olan hak yoksunluğu öngörülmemiş, sadece cezanın infazı sırasında devam eden ve ceza infazının bitimi ile kendiliğinden sona eren, süreye bağlı hakları kullanma mahrumiyeti kabul edilmiştir. Böylece kanun koyucu, eski düzenlemede mevcut olan "memnu hakların iadesi" uygulamasına da olanak bırakmamıştır.

Kanaatimizce, belirli hakları kullanmaktan yoksun bırakılmanın sadece hapis cezasının infazı süresince devam etmesi ve ardından kendiliğinden kalkması, bireyin toplum içinde kalması, topluma kazandırılması ve hak kaybı yoluyla daha fazla mağdur edilmemesi bakımından uygun olmuştur.

"Memnu hakların iadesi" müessesesi, 5560 sayılı Kanunun 38. maddesi ile Adli Sicil Kanunu'na eklenen 13/A maddesi gereğince tekrar Türk Hukuku'na girmiş olmakla birlikte, bu düzenleme yalnızca 13/A maddesinin yürürlüğe girdiği 19.12.2006 tarihinden sonra yürürlüğe giren yeni kanunlar tarafından öngörülen hak mahrumiyetleri hakkında uygulanacaktır. TCK m.5 ve 53 gereğince "memnu hakların iadesi" müessesesinin bu maddelerin yürürlüğe girdiği tarihten önceki tüm hak yoksunlukları için kaldırıldığı dikkate alındığında, Adli Sicil Kanunu'nda yer alan bu düzenlemenin yalnızca yürürlüğe girdiği tarihten sonraki kanunlarda yer alan hak yoksunlukları için gündeme geleceği ortadadır. Aşağıda da kısaca açıklayacağımız üzere, sürücü belgesinin süresiz geri alınmasını düzenleyen Karayolları Trafik Kanunu'nun 119. maddesi, TCK m.5'in yürürlüğe girdikten sonra 31.12.2006 tarihi itibariyle yürürlükten kalkmıştır.

2. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 119. maddesinde yer alan suçlar nedeniyle sürücü belgelerinin geri alınması uygulamasının Yeni Türk Ceza Kanunu hükümleri karşısında durumu

Karayolları Trafik Kanunu'nun (KTK) 119. maddesinde, sürücü belgesi alındıktan sonra belge sahibinin, Kanunun 41. maddesinin birinci fıkrasının

(e) bendinde[2] yazılı suçlardan birisini işlemesi üzerine verilen mahkumiyet kararının neticesi olarak sürücü belgesinin süresiz geri alınacağı düzenlenmiştir. Karayolları Trafik Kanunu'nun 41. maddesinde düzenlenen suçlar, uyuşturucu madde ticareti, uyuşturucu madde kullanma ve kullanılmasını kolaylaştırma, sarhoşluk suçunun ihtiyaten işlenmesi, bir örgüt çerçevesinde silahla işlenen kaçakçılık, Devletin siyasi veya mali veya iktisadi veya askeri veya idari, güvenliğini bozacak nitelikte kaçakçılık suçları ile 6136 sayılı Kanun kapsamında örgütlü silah kaçakçılığı suçları olarak sıralanmıştır.

Karayolları Trafik Kanunu'nun 119. maddesine göre, yukarıda sayılan suçlardan mahkum olan kişinin sürücü belgesi sürekli olarak geri alınacaktır. Bu hali ile madde hükmü, "suça ve cezaya bağlı kanuni netice olarak hak yasağı" niteliğinde olup, fail hakkında yukarıda sayılan suçlardan herhangi biri işlendiğinden bahisle verilen mahkumiyet kararının neticesi olarak ve başkaca herhangi bir karara gerek olmaksızın sürücü belgesinin geri alınmasını gerektirmektedir.

765 sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu döneminde, sürücü belgesinin süresiz geri alınması gibi cezanın kanuni neticesi olarak sürekli hak yoksunlukları, şartları oluşması durumunda "memnu hakların iadesi" kurumu ile ortadan kaldırılmakta idi.

765 sayılı TCK m.122'ye göre;

"(1) Yukarıdaki maddede yazılı ceza, şahsi hürriyeti bağlayıcı bir cezaya bağlı olduğu halde, buna mahkum olan ve işlemiş olduğu cürümden pişmanlık duyduğunu ihsas edecek surette iyi halli görünen kimse, asıl cezasını çektiği veya ceza af ile ortadan kalktığı tarihten itibaren üç ve zamanaşımı ile düşmüş olduğu surette düştüğü tarihten itibaren beş yıl geçtikten sonra memnu hakların iadesini talep edebilir.

(2) Eğer bu mahrumiyet ve ıskatı ehliyet cezaları diğer cezaya ilaveten tertip olunmamış ise, memnu hakların iadesi ancak hüküm ilamının katileştiği tarihten itibaren beş sene sonra istenebilir".

---

2 **Karayolları Trafik Kanunu m.41/1-e'ye göre, sürücü belgesi alabilmek için ilgili**lerin Türk Ceza Kanunu'nun 403 ve 404. maddeleri ile 572/2-3 maddesi hükümlerinden dolayı ikiden fazla ve 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun'un 28 ve 29. maddelerinden veya 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar Hakkında Kanun'un 12. maddesinin üçüncü ve takip eden fıkralarındaki suçlardan hüküm giymemiş olmaları gerekmektedir. Bu suçlardan Kanunda gösterilen şekilde hüküm giymiş olanların sürücü belgeleri süresiz geri alınmaktadır. Belirtmeliyiz ki, 1918 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmıştır. Yerine yürürlüğe giren 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda ise, sadece 29. maddenin karşılığı "Nitelikli haller" başlıklı 4. maddenin yedinci fıkrasında düzenlenmiş olup, kaçakçılık suçunun ateşli silahla işlendiğini gösteren 28. maddeye yer verilmemiştir.

Bu maddeye göre, memnu hakların iadesinin talep edilebilmesi için, cezanın infazının tamamlanması veya Kanunda sayılan diğer sebeplerle ortadan kalkmasından sonra belirli bir sürenin geçmesi gerekmektedir. Ancak bu sürenin geçmesi memnu hakların derhal ve takdire bağlı olmaksızın iade edileceği anlamına gelmeyip, Kanunun 124. maddesine göre mahkeme, hakkı iade edip etmemekte serbesttir.

Yukarıda açıklandığı üzere 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, memnu hakların iadesi müessesesini öngörmediği gibi, işlenen suçun kanuni neticesi olarak fail hakkında sürekli hak yoksunluğuna sebebiyet verebilecek bir düzenleme de içermemektedir. Kanunda konu ile ilgili yegane düzenleme 53. madde olup, bu mahrumiyetler de yine Kanunda yazılı istisnalar dışında cezanın infazı ile ortadan kalkmaktadır. Fail, KTK m.119 atfı ile m.41/1-e'de yer alan suçları işlemiş olsa dahi, cezanın infazının tamamlanması ile hakkında uygulanan hak yoksunlukları sona erecektir.

Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 53. maddesinin altıncı fıkrasında herhangi bir özel kanuna atıf yapılmaksızın, sadece taksirle işlenen trafik suçları sebebiyle geçici olarak sürücü belgesinin geri alınması düzenlenmiştir. Kanunun 5. ve 53. maddeleri incelendiğinde Karayolları Trafik Kanunu m.119'un korunduğuna dair herhangi bir hüküm içermediği, aksine bu hükmü TCK m.5 atfı ile zımni olarak yürürlükten kaldırdığı anlaşılmaktadır. TCK m.5'in gerekçesinde bazı sakıncaların önüne geçebilmek bakımından, ayrıca hukuk uygulamasında birliği ve hukuk güvenliğini sağlamak için, diğer kanunlarda sadece özel suç tanımlarına yer verilmesi ve bu suçlarla ilgili yaptırımların belirlenmesi ile yetinilmesi öngörülmüştür. Böylece Türk Ceza Hukuku Sisteminde, bir cezanın kendiliğinden uygulanan neticeleri için TCK m.53'e bakmak gerekecektir. Bu çerçevede sürücü belgesinin geri alınması yalnızca geçici olarak ve taksirle işlenen trafik düzeninin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık sebebiyle işlenen taksirli suçları için öngörülmüştür.

Karayolları Trafik Kanunu m.119'un yürürlükte olup olmadığı ile ilgili iki görüş sözkonusu olabilir. İlk görüşe göre, KTK m.119'un TCK m.5 karşısında yürürlüğü 5349 sayılı Kanunun geçici 1. maddesi ile 31.12.2006'ya kadar uzatılmış, bu süre dolmadan evvel kabul edilip 19.12.2006 tarihinde yürürlüğe giren 5560 sayılı Kanunun 38. maddesi ile 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun 13/A maddesine "Yasaklanmış hakların geri verilmesi" başlığı ile eklenen düzenlemeyle KTK m.119'un yürürlüğü korunmuştur. Bu düşünce, KTK m.119'un yürürlüğünün hala devam ettiğini savunmaktadır.

İkinci görüşe göre ise, KTK m.119'un yürürlüğü 31.12.2006 tarihinde son bulmuştur. 5349 sayılı Kanunun Geçici 1. maddesi, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Genel Hükümler başlığı altında yer alan düzenlemelerine aykırı

olan özel kanunlardaki hükümlerde gerekli değişiklikler yapılıncaya ve en geç 31.12. 2006 tarihine kadar özel kanunlardaki hükümlerin uygulanabileceğini söylemiştir.

Böylece ilk olarak, TCK m.5'in yürürlüğe girdiği tarihi olan 01.06.2005 tarihine kadar 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Genel Hükümler başlığı altında yer alan maddelerine, bu kapsamda TCK m.53'e aykırı düzenlemelerin yürürlüklerini devam ettirebilmeleri mümkün değildir. İkinci olarak bu düzenlemeler, ancak yer aldıkları kanunlarda 01.06.2005 tarihinden sonra yapılacak değişikliklerle yürürlüklerini sürdürebilirlerdi. KTK m.119'da ise, 01.06.2005 tarihinden sonra değişiklik yapılmadığı, yeni düzenlemeye gidilmediği ve 119. maddenin 31.12.2006 tarihi itibariyle yürürlükten kalktığı görülmektedir. Bir başka yasal düzenleme olan ve konuyu genel olarak hüküm altına alan Adli Sicil Kanunu'nun 13/A maddesinin 19.12.2006 tarihinde yürürlüğe girmesi, KTK m.119'un yürürlüğünün sona ermesine etki etmeyecektir. Çünkü Adli Sicil Kanunu'na yapılan ekleme, doğrudan doğruya KTK m.119 ile ilgili olmayıp, yürürlüğünü 31.12.2006 tarihinden sonra devam veya ettirecek yasaklanmış haklarla ilgilidir. KTK m.119 ise, 01.06.2005 tarihinden önce yürürlüğe girmiş ve en son 31.12.2006 tarihinden uygulama alanı bulmuş bir düzenleme olarak kabul edilmelidir. Dolayısıyla, Adli Sicil Kanunu'ndaki değişikliğin 31.12.2006 tarihinden önce yapılması sebebiyle Adli Sicil Kanunu m.13/A'dan hareketle KTK m.119'un yürürlüğünü sürdürdüğünü iler sürmek isabetli olmayacaktır.

Adli Sicil Kanunu m.13/A, 01.06.2005 tarihinden sonra kabul edilip 19.12.2006 tarihinde yürürlüğe girdiğinden, TCK m.5'in bu Kanun hükmünün yürürlüğü üzerinde herhangi bir etkisi olmayacağını da belirtmek isteriz. Adli Sicil Kanunu m.13/A, 01.06.2005 tarihinden sonra kabul edilip yürürlüğe giren ve yasaklanmış hakları düzenleyen yasal düzenlemeler hakkında uygulama alanı bulacaktır.

Yeni TCK m.5 ile KTK m.119'da yer alan ve bir "genel hüküm" niteliğinde olan sürücü belgesinin süresiz olarak geri alınmasına ilişkin hükmün zımni olarak ortadan kaldırıldığını ve Yargıtay'ın Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girdiği ilk dönemlerde[3] KTK m.119'u uygulamaya devam etmiş olsa da, son zamanlarda vermiş olduğu ve artık istikrar kazanmış kararlarının da bu yönde olduğunu ifade etmek isteriz.

---

[3] Yargıtay 10. Ceza Dairesi 29.05.2008 gün, 2008/3207 E. ve 2008/8664 K. sayılı ilamında; *"Sanıklar TR ve VR'nin suç tarihinde geçerli bir sürücü belgeleri bulunup bulunmadığı araştırılıp, bulunduğunun anlaşılması halinde sanıklar hakkında 2918 sayılı Kanunun 119/1. maddesi hükmünün uygulanması gerektiğinin düşünülmemesi"* hususunun bozmayı gerektirdiğine karar vermiştir (Yargıtay'ın benzer yönde içtihatları için bkz. Yargıtay 10. Ceza Dairesi, 30.01.2007 gün, 2006/14358 E. ve 2007/711 K.; 01.03.2006 gün, 2005/9895 E. ve 2006/3137 K. sayılı kararları).

Yargıtay 1. Ceza Dairesi 22.02.2010 gün, 2009/115 E. ve 2010/999 K. numaralı ilamında; *"5237 sayılı TCK'nın 5. maddesi gereğince TCK'nın genel hükümleri özel yasalara da uygulanacağından, sanık hakkında hak yoksunlukları bakımından, 5237 sayılı TCK'nın 53. maddesi gereğince hüküm kurulması gerekirken, 5237 sayılı TCK'nın 5 ve 53/6 madde ve fıkrasına aykırı olarak sanığın sürücü belgesinin 2918 sayılı Kanunun 119 maddesi gereğince geçici süre ile geri alınması"*nın bozmayı gerektirdiği ifade edilmiştir. **Aynı şekilde uyuşturucu madde ticareti suçundan verilen mahkumiyet kararı üzerine inceleme yapan Yargıtay 10. Ceza Dairesi, 19.01.2011 gün, 2008/15045 E. ve 2011/718 K. numaralı kararında;** *"5237 sayılı TCK'nın 5 ve 53. maddeleri ile 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un geçici 1. maddesi hükmü gereğince sanık hakkında 2918 sayılı Yasanın 119. maddesinin uygulanmasına olanak bulunmadığını"* ifade etmiştir[4]. Yargıtay'ın son dönemde verdiği kararlarında, Türk Ceza Kanunu'nun 5 ve 53. maddelerinin Karayolları Trafik Kanunu'nun 119. maddesini zımni olarak ortadan kaldırdığı açık şekilde ifade edilmektedir. Dolayısıyla, artık Karayolları Trafik Kanunu m.41/1-e'de yazılı suçlardan mahkumiyet kararı verilmesinde sürücü belgesinin süresiz olarak geri alınması tedbiri uygulanamayacak, mahkeme gerekli görürse yalnızca Yeni Türk Ceza Kanunu m.53/6'da yer alan geçici tedbirin uygulanmasına karar verebilecektir.

Yeni TCK m.53/6'da, taksir derecesindeki kusurla işlenen suçlarla ilgili bir istisna getirilmiş ve maddede gösterilen taksirli suçların işlenmesi halinde de "belirli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma" müessesinin uygulanabileceği ifade edilmiştir.

TCK m.53/6'ya göre,

"Belli bir meslek veya sanatın ya da trafik düzeninin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla işlenen taksirli suçtan mahkumiyet halinde üç aydan az ve üç yıldan fazla olmamak üzere, bu meslek veya sanatın icrasının yasaklanmasına ya da sürücü belgesinin geri alınmasına karar verilebilir.

Yasaklama ve geri alma, hükmün kesinleşmesiyle yürürlüğe girer ve süre, cezanın tümüyle infazından itibaren işlemeye başlar".

Kanun koyucu, kasten işlenen suçlardan farklı olarak fıkrada gösterilen taksirli suçları işleyenler hakkında uygulanmasını öngördüğü, meslek veya sanatın icrasının yasaklanması veya sürücü belgesinin geri alınması uygu-

---

4 Benzer yönde bkz. Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 22.02.2010 gün, 2009/6371 E. ve 2010/6040 K.; Yargıtay 2. Ceza Dairesi'nin 25.03.2010 gün, 2009/7901 E. ve 2010/9497 K. numaralı kararları.

lamasına başvurulması konusunda yargı makamına bir mecburiyet yüklememiştir. Bir başka ifadeyle yargı makamı, 53. maddenin altıncı fıkrasında gösterilen yasaklama veya geri alma yaptırımına başvurup başvurmamakta serbest bırakılmış, sadece yaptırımın müddeti bakımından değil, aynı zamanda yaptırımın uygulanıp uygulanmayacağı bakımından da takdir yetkisine sahip kılınmıştır. Böylece yargı makamı, belli bir meslek veya sanatın ya da trafik düzeninin gerektirdiği özen yükümlülüğünü ihlal etmek suretiyle taksirli suçtan mahkum olan fail hakkında kararda yer alan cezanın türü ve miktarı ne olursa olsun, bir fer'i ceza olarak yasaklama ve geri alma kararını vermeyebilecektir.

Kanun koyucu altıncı fıkrada, taksirli suçların türü veya hüküm kapsamına girecek ceza miktarları arasında herhangi bir ayırım veya sınıflandırma da yapmamıştır. Bu sebeple, belli bir meslek veya sanatın veya trafik düzeninin gerekli kıldığı dikkat ve özen yükümlülüğünü göstermemek suretiyle taksirli suçu işleyen her fail, 53. maddenin altıncı fıkrasında öngörülen ve yargı makamının takdirine bağlı tutulan fer'i ceza kapsamına alınmış bulunmaktadır.

53. maddenin altıncı fıkrasında öngörülen sürücü belgesinin geçici olarak geri alınması tedbiri mahkumiyet hükmünün kesinleşmesi ile yürürlüğe girer. Mahkumiyet hükmünde belirtilen geri alma süresi ise, cezanın tümü ile infazından itibaren başlar. Buna göre bir meslek veya sanatın veya trafik düzeninin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık sebebiyle işlenen taksirli suç neticesi olarak hapis veya adli para cezası ile cezalandırılan fail hakkında, cezanın kanuni neticesi olarak 3 aydan az ve 3 yıldan fazla olmamak üzere meslek veya sanatın icrasının yasaklanmasına veya sürücü belgesinin geri alınmasına karar verilebilecektir. Sürücü belgesinin geri alınması tedbirine karar verilebilmesi için, faile verilen cezanın hapis cezası olması zorunlu değildir. Mahkeme bu tür bir tedbire, cezanın zorunlu kanuni sonucu olarak karar vermek zorunda da değildir. Bu tedbir kararı mahkemenin takdirine bırakılmıştır. Mahkeme, gerekçesini göstermek suretiyle sanığın sürücü belgesinin belirli bir süre alınmasına karar verebilecektir. Bu noktada mahkemenin, somut gerekçe göstermesine gerek olmadığı, m.53/6'nın kapsamına giren bir suçun işlendiğinin tespit edildiği davalarda, dilerse tedbir kararı verebileceği ileri sürülebilir.

Kanaatimizce, mahkemenin takdirine bırakılmış olsa dahi, m.53/6 kapsamında verilecek karar da bir yargı kararı olacağından, Anayasa m.141/3 ve Ceza Muhakemesi Kanunu m.34 uyarınca gerekçeli olmak zorundadır. Bu tür kararlar da esas hükümle birlikte kanun yolu denetimine tabi olacaktır.

Mahkeme tarafından hükmedilen tedbirin yürürlüğü, hükmün kesinleşmesi, yani olağan kanun yollarının tüketilmesi ile başlar. Tedbirin uygu-

lanmasına, adli para cezalarında tüm cezanın eksiksiz olarak ödenmesi ve hapis cezaları yönünden ise, infazın tümü ile bitiminde başlanacaktır. Hapis cezasının cezaevinde çekilen kısmı bitip şartla salıverme uygulanmak suretiyle kalan kısmın dışarıda çektirilmesi, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 107. maddesinde düzenlenmiştir. Bu durumda sürücü belgesinin geçici bir süre geri alınması tedbirinin infazına, denetim süresinin iyi halli ve varsa yükümlülüklere uygun olarak geçirilmek suretiyle infazın tamamlanmasından itibaren başlanacaktır.

3. Milletvekili Seçimi Kanunu m.11'in "yasak hakların iadesi" müessesesi karşısında durumu

2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu'nun "Milletvekili Seçilemeyecek Olanlar" başlıklı 11. maddesine göre, ilkokul mezunu olmayanlar, kısıtlılar, yükümlü olduğu askerlik hizmetini yapmamış olanlar, kamu hizmetinden yasaklılar ile taksirli suçlar haricinde toplam bir yıl veya daha fazla hapis veya süresi ne olursa olsun ağır hapis cezasına veya yine 11. maddenin (f) bendinde yer alan katalog suçlardan birisine mahkum olanlar milletvekili seçilemezler.

Anayasa m.76 gereğince düzenlenen bu maddede, milletvekili seçilebilmek için kişide bulunması gereken nitelikler düzenlenmiştir. Maddede yer alan kısıtlılık, askerlik yükümü ve kamu hizmetinden yasaklı olmama gibi niteliklerin, şartların oluşması ile tekrar sağlanması mümkün iken, suç ve cezaya bağlı olarak aranan niteliklerin, Anayasada ve Kanunda değişiklik yapılmadıkça görmezden gelinmesi mümkün değildir.

Her ne kadar Yüksek Seçim Kurulu basın açıklamasında[5] ve kamuoyun-

---

5 Yüksek Seçim Kurulu'nun 21.04.2011 tarihli basın açıklamasının konu ile ilgili bölümü;

"Görüleceği üzere bazı suçlardan mahkum olma veya belirli süreyi asan hapis cezasına mahkumiyet halleri milletvekili seçilme konusunda kesin engel oluşturmaktadır. 1961 Anayasası'nın 68. maddesinde de benzer düzenleme bulunduğu için, yaklaşık elli yıldan bu yana konu Yüksek Seçim Kurulu'nun gündeminde olmuş ve seçilme hakkından ömür boyu mahrumiyet halinin doğurduğu bireysel ve toplumsal sorun, memnu hakların iadesi kurumu ile aşılmıştır. Yerleşmiş ve süreklilik kazanmış uygulamaya göre, engel mahkumiyeti bulunduğu için seçilme yeterliliğine sahip olmayan kişiler, adli ve yargısal bir işlem ve kurum olup geleceğe yönelik olarak sonuç doğuran ve ceza mahkumiyetinden doğan süresiz hak yoksunluklarının giderilmesini sağlayan bu işlemi gerçekleştirdikleri, bir başka deyişle bu husustaki talepleri üzerine yasaklanmış olan hakları mahkemece verilecek bir kararla iade edildiği takdirde, seçilme haklarına kavuşabilmektedir.

Memnu hakların iadesi kurumu daha önceleri, halen yürürlükten kalkmış bulunan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 121 ila 124 ve 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 416 ila 420. maddelerinde düzenlenmişti. Bu iki kanun, 1 Haziran 2005 tarihinde 5252 ve 5320 sayılı kanunlar ile yürürlükten kaldırı-

lıncaya kadar uygulama yukarıda özetlenen ve hemen herkes tarafından bilinen biçimde devam etmiştir. Ancak yine aynı tarihte yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda memnu hakların iadesi kurumuna yer verilmemiştir. Buna gerekçe olarak da, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda esas alınan yaptırım teorisinin sürekli hak yoksunluğunu benimsememesi gösterilmiştir. Gerçekten de, mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 20, 25, 31, 33, 34 ve 41. maddelerinde düzenlenmiş bulunan ve bir kısmı müebbeden süren hak yoksunlukları, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 53. maddesinde güvenlik tedbiri olarak düzenlenmekle beraber, bu yoksunlukların cezanın infazının tamamlanmasıyla birlikte sona ereceği kabul edilmiştir. Bu Kanunda ömür boyu süren bir hak yoksunluğu söz konusu olmadığı için, bundan böyle, yasaklanmış hakların geri verilmesi kurumunun yöntem ve esaslarını gösteren yeni bir düzenleme yapılmasına da ihtiyaç olmadığı düşünülmüştür.

Oysa, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın milletvekili seçilme yeterliliğini düzenleyen 76. maddesinin ikinci fıkrasında ve buna dayalı olarak da 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununun 11. maddesinde bazı mahkumiyetlerin affa uğramış olsa bile milletvekili seçilmeye engel olacağı belirtilmektedir. Ayrıca 1 Haziran 2005 tarihi itibariyle yürürlükte bulunan çeşitli özel kanunlarda, örneğin; 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 48., 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 8/h, 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 5/a, 1512 sayılı Noterlik Kanununun 7., 7397 sayılı Sigorta Murakabe Kanununun 2/b, 3568 sayılı Serbest Muhasebecilik Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununun 4/d, 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanunun 10/d, 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar Hakkında Kanunun 7/son maddelerinde, Anayasa'nın 76/2 maddesine benzer biçimde, belirli suçlardan mahkumiyet, affa uğramış olsa bile, bazı görevlere getirilmeye ve bir kısım hakları kullanmaya engel olarak kabul edilmiştir.

Öte yandan, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun hak yoksunluklarını içeren 53. maddesinin de içinde yer aldığı genel hükümlerinin, özel ceza kanunları ve ceza içeren diğer kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanacağını belirten 5. maddesinin, diğer kanunlarda buna uygun değişiklikler yapılması amacıyla 31 Aralık 2008 tarihinde yürürlüğe girmesi kabul edilmiştir.

Görüleceği üzere, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 1 Haziran 2005 tarihi itibariyle, bu Kanunun 53. maddesinde öngörülen hak yoksunlukları cezanın infaz süresi ile sınırlı olarak sonuç doğurmakta iken, yukarıda sayılan Anayasal ve yasal düzenlemelerde aynı mahkumiyete bağlanan hak yoksunlukları ise süresizdir. Uyum yasalarının çıkarılacağı sonraki süreçte, anılan kanun maddelerinde 5435, 5720, 5728, 5786 sayılı Kanunlar ile değişiklikler yapılmış ise de 'affa uğramış olsa bile' ibareleri muhafaza edilmiş veya aynı sonucu doğuracak biçimde 'Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile' ifadesi getirilmiş, hatta 7397 sayılı Sigorta Murakabe Kanunu bütünüyle yürürlükten kaldırılarak yerine 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu yürürlüğe konulmasına rağmen bu Kanunun da 3. maddesinin 2. fıkrasının a/2 bendinde 'affa uğramış olsa bile' ibaresi korunmuştur.

Bütün bu yasal düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen hak yoksunlukları infaz süresi ile sınırlı olmasına karşın, yukarıda belirtilen ayrıksı düzenlemeler nedeniyle, gerek Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen

suçlara gerekse diğer kanunlarda öngörülen suçlara ilişkin mahkumiyetlerden doğan süresiz hak yoksunlukları halen dahi bazı özel yasalarda bulunmaktadır; milletvekili seçilme hakkının ceza mahkumiyeti nedeniyle yitirilmesi de bunlardan biridir.

Nitekim bu husus, Anayasa Mahkemesi'nin 14.04.2011 gün ve 27905 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 20.01.2011 tarih ve 2008/44 Esas, 2011 K. sayılı kararında da '…cezanın milletvekili seçilmesini engelleyen Anayasa'nın 76. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilenlerden olup olmadığının saptanabilmesi ve mahkumiyete bağlı hak yoksunluğu öngören bazı özel yasalardaki hükümler nedeniyle mahkemelerce verilen mahkumiyet kararlarının kayıt altına alınmasında yasal ve anayasal bir takım gereklilikler bulunmaktadır.' denilerek vurgulanmıştır.Bu açıklamalardan sonra konuyu bir örnekle izah etmek gerekirse, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde bir kişinin Anayasanın 76/2. maddesinde sayılan yüz kızartıcı suçlardan olan hırsızlık suçunu işlediğini, hakkında verilen hapis cezasının para cezasına çevrildiğini varsayalım. Bu durumda, Türk Ceza Kanunu'nun 53. maddesindeki hak yoksunluğu hapis cezasının sonucu olarak uygulandığından, bu kişi 53. madde çerçevesinde bir hak yoksunluğuna maruz kalmayacaktır. Ancak Anayasanın 76/2 ve 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu'nun 11/f maddesi bu tür suçlardan verilen cezaların türüne ve miktarına bakılmaksızın affa uğramış olsa dahi ömür boyu seçilme hakkından yoksunluk getirmektedir.

İşte 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 53. maddesi ile ilgisi bulunmayan ve seçim mevzuatından kaynaklanan bu yoksunluğun giderilmesi için yasaklanmış hakların geri verilmesi kurumuna yeniden ihtiyaç duyulmuş ve ayrıca yine benzer biçimde, belirli mahkumiyetlerden dolayı bazı mesleklerin icrası ve hakların kullanılmasının imkansız hale geldiği anlaşılınca, 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'na 13/A maddesi eklenmek suretiyle sözkonusu kurum yeniden düzenlenmiştir.
Sözü edilen maddenin ihdas amacı ise gerekçesinde; '5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun Geçici 2'nci maddesinde, diğer kanunlardaki kasıtlı bir suçtan dolayı belirli süreyle hapis cezasına veya belli suçlardan dolayı bir cezaya mahkum olan kişilerin, belli hakları kullanmaktan süresiz olarak yoksun bırakılmasına ilişkin hükümleri saklı tutulmuştur. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu dışındaki çeşitli kanunlardaki süresiz hak yoksunluğu doğuran bu hükümlere rağmen, yasaklanmış hakların geri verilmesi yolunun kapalı tutulması, uygulamada ciddi sorunlara yol açacaktır. Bu sorunların çözümüne yönelik olarak, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu dışındaki çeşitli kanunlardaki kasıtlı bir suçtan dolayı belirli süreyle hapis cezasına veya belli suçlardan dolayı bir cezaya mahkum olan kişilerin süresiz olarak kullanmaktan yasaklandıkları hakları tekrar kullanabilmelerine imkan tanıyan bir düzenleme yapılmasına ihtiyaç duyulmuştur.' şeklinde açıklanmıştır. İşte bu nedenledir ki, 5352 sayılı Adli Sicil Yasası'nın Geçici 2. maddesinde, Anayasanın 76. maddesinde veya bazı özel yasalarda sayılan ve 'affa uğramış olsa dahi' bazı görevleri üstlenmeyi veya bazı hakları kullanmayı engelleyen suç ve mahkumiyetlerin adli sicil arşivinden silinemeyecekleri kabul edilmiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na ilişkin mahkumiyetler yönünden ortaya çıkan duraksamaların giderilmesi açısından, 1'inci fıkradaki '5237 sayılı Türk Ceza Kanunu dışındaki kanunların belli bir suçtan dolayı veya belli bir cezaya mahkumiyete bağladığı hak yoksunlukları' ifadesi ile kast edilenin ne olduğu hususuna gelince: Kurulumuza intikal eden bazı taleplerde; anılan düzenleme ile 5237 sayılı

da, suç ve cezaya bağlı olan yasaklılıkların, memnu (yasak) hakların iadesi yolu ile ortadan kaldırılmasına imkan bulunduğu ifade edilse de, bu düşünceye katılmak mümkün değildir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere yasaklanmış hakların iadesi, 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun 13/A maddesinde "belirli bir suçtan dolayı veya belirli bir cezaya mahkumiyet sebebiyle oluşan hak yoksunluklarının" ortadan kaldırılması ile ilgili düzenlemeleri içermekte olup, milletvekili seçimi yeterliliği için aranan şartlar hak yoksunluğu niteliğinde değildir. Anayasanın 76. maddesinde ve Milletvekili Seçimi Kanunu'nun 11. maddesinde, 1 yıldan fazla süreli olarak hapis cezasına veya ağır hapis cezasına mahkum olmama ile yine zimmet, ihtilas, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlarla, kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma, terör eylemlerine katılma-tahrik-teşvik suçlarından birisinden mahkum olmama şartı, suça veya cezaya bağlı bir sonuç niteliğinde olmayıp, bunlar milletvekili olabilmenin asgari nitelikleri ve şartlarıdır. Hatta isim olarak sayılan suçların işlenmesi halinde, bunlardan dolayı hapis cezası verilip verilmediğine ve infazına dahi bakılmaksızın, milletvekili adayı olan kişi affa uğramış olsa bile milletvekili adaylığı kabul edilmeyecektir.

Adli Sicil Kanunu'nda yer alan düzenleme, Karayolları Trafik Kanunu'nun 119. maddesinde öngörülen suçları işleyenler hakkında uygulanan "sürücü

Türk Ceza Kanunu dışındaki yasalarda düzenlenen suçlardan verilen cezalardan doğan hak yoksunluklarının düzeltilmesinin murad edildiği dile getirilmiş ise de, bu düşüncede isabet bulunmamaktadır. Esasen madde metninden ve gerekçesinden de anlaşılacağı üzere, mahkumiyet hangi yasadan kaynaklanmış olursa olsun (765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu veya herhangi bir özel yasa), şayet bu mahkumiyet 5237 sayılı Yasa dışındaki herhangi bir yasa hükmü gereğince (örneğin; 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 48., 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 8/h, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 5/a, 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun 7., 7397 sayılı Sigorta Murakabe Kanunu'nun 2/b, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 3/2-a-2., 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun'un 10/d, 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar Hakkında Kanun'un 7/son ve Anayasanın 76/2 maddeleri gibi) hükümlü yönünden süresiz hak yoksunluğu doğuruyorsa, bu yoksunluğun giderilmesi için, süre ve diğer koşullar gerçekleştiğinde yasaklanmış hakların geri verilmesi yoluna gidilmesi mümkündür.

Bütün bu açıklamalardan sonra bir kez daha vurgulanması gereken husus şudur; Anayasanın 76/2. maddesinde belirtilen nitelikte bir ceza mahkumiyeti nedeniyle milletvekili seçilme hakkını yitirmiş bulunan kişiler, bu haklarına ancak ve sadece, 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun 13/A maddesi uyarınca, talepleri üzerine mahkemece verilecek 'yasaklanmış hakların geri verilmesi' kararı ile kavuşabileceklerdir."

(http://www.ysk.gov.tr/ysk/docs/2011MilletvekiliSecimi/Basinaciklamasi21042011.pdf Çevrimiçi Erişim Tarihi: 22.04.2011).

belgesinin süresiz geri alınması" gibi[6], mahkumiyet kararında mahkeme tarafından belirtilen yoksunluklarla ilgilidir. Bu sebeple, Karayolları Trafik Kanunu m.119'un aksine yürürlüğü devam etmektedir. Oysa Karayolları Trafik Kanunu'nun 119. maddesinde yer alan düzenleme, işlenen somut bir suçun karşılığında öngörülen kanunun doğal neticesi veya mahkemenin kararı ile ilgili olup, sonradan geri verilebilir. Ancak milletvekilleri için öngörülen suç işlememe şartı, yasak haklar kapsamında değil, soyut olarak her Türk vatandaşı yönünden aranan ve kişinin bu suçları işlememesi karşılığında milletvekili adaylığına imkan tanımaktadır. Bir başka ifadeyle, milletvekili olabilmek için aranan bu nitelik somut bir suçun sonucu değil, soyut olarak herkes yönünden milletvekili olabilmek için aranan bir nitelik ve yeterlilik şartıdır.

5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen, ancak yürürlüğü kamu yararı nedeniyle 14.04.2012 tarihine kadar durdurulan "Adli sicil ve arşiv bilgilerinin silinmesi" başlıklı 12. maddesinin birinci fıkrasında, kişinin arşiv bilgilerinin ancak ölümü veya her halde kaydın girildiği tarihten itibaren seksen yılın geçmesi ile tamamen silineceği düzenlenmiştir[7]. Bu maddenin 3682 sayılı Mülga Adli Sicil Kanunu'nda kar-

---

6 Yukarıdaki açıklamalarımız ışığında sürücü belgesinin süresiz geri alınması tedbirinin artık uygulanma olanağı bulunmamaktadır.

7 Anayasa Mahkemesi, Resmi Gazete'nin 14.04.2011 günlü ve 27905 sayısında yayımlanan 20.01.2011 gün, 2008/44 E. ve 2011/21 K. sayılı karar ve gerekçesinde, kişinin belirli bir tarihte aldığı herhangi bir mahkumiyet dolayısıyla aldığı kaydın, kişinin ölümüne kadar veya seksen yıl süre ile muhafaza edilmesinin, Anayasanın 5. ve 17. maddelerinde belirtilen kişinin maddi ve manevi varlığının geliştirilmesi ilkesi ve cezaların uslandırıcı olma amacı ile bağdaşmayacağını, bu sebeple Anayasa 2, 5 ve 17. maddelere aykırı olan Adli Sicil Kanunu'nun 12. maddesinin birinci fıkrasının iptalinin gerekli olduğunu ifade etmiştir. Gerçekten de kişinin ölümüne veya en az seksen yıl süreyle kesinleşmiş mahkumiyet kararının adli sicil arşiv kaydında bulunması, 2. maddede yer alan hukuk devleti ilkesi, 5. maddede yer alan *"Devletin temel amaç ve görevleri, ... kişinin temel hak ve hürriyetlerini sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır."* hükmü ve 17. maddenin koruması altında bulunan kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkına aykırıdır. Çünkü en az seksen yıllık arşiv kaydıyla kişinin sırf bir ceza mahkumiyetinden dolayı, siyasal, iktisadi ve sosyal engelle karşı karşıya bırakılması kabul edilemez. Bu bir anlamda cezanın etkilerinin ömür boyu sürmesi ve kişinin hiçbir zaman cezasını ve cezanın fer'ilerini çekmiş olsa da affedilmeyeceği anlamına gelir ki, insan hak ve hürriyetlerine dayalı bir ülkede bu tür anlayışın kabulü mümkün değildir.

Ayrıca Anayasa Mahkemesi bu kararında, Yeni Adli Sicil Kanunu'nun, Eski Adli Sicil Kanunu'na bağlı sicil kaydından çıkarma şartları oluşan kayıtların silinmesi ile ilgili Geçici 2. maddesinin 1 numaralı fıkrası ile 2 numaralı fıkrasında yer alan Anayasa m.76'yı bu uygulamanın kapsamı dışında tutan ibarelerini de iptal etmiştir. Ancak Yüksek Mahkemeye göre bu iptal kararı, gerekçeli kararın

şılığı olan 8. maddede ise, cezanın çekildiği veya ortadan kalktığı veya düştüğü tarihten itibaren kabahatler hakkında bir yıl, basit ve nitelikli zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma ve dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlar ile beş yıldan fazla ağır hapis ve hapis cezalarında on yıl, beş yıl veya daha az ağır hapis veya hapis veya ağır para cezasına mahkumiyet halinde ise beş yıl içinde evvelce verilen ceza cinsinden bir cezaya veya daha ağır bir cezaya mahkum olunmadığı takdirde ilgilinin, cumhuriyet savcısının veya Adalet Bakanlığı Adlı Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün talebi üzerine hükmü veren mahkemece veya talep edenin bulunduğu yer asliye ceza mahkemesince duruşma yapılmaksızın adli sicildeki kaydın çıkartılmasına karar verileceği ifade edilmiştir.

Her iki kanunda yer alan farklı düzenlemelerin karışıklığa yol açmasını önlemek için kanun koyucu tarafından 5352 sayılı Kanunun yine Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen ve yürürlüğü 14.04.2012 tarihine kadar durdurulan Geçici 2. maddesinde;

"(1) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte, Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nce toplanmış olsun veya olmasın, suç tarihi itibarıyla bu Kanunun yürürlük tarihinden önceki kayıtlar hakkında, 3682 sayılı Kanuna göre süre yönünden silinme koşulu oluşanlar silinir; diğer kayıtlar için bu Kanun hükümlerine göre işlem yapılır. ***Anayasanın 76'ncı maddesi ile özel kanun hükümleri saklıdır****.*

(2) Birinci fıkra gereğince işlem yapılarak arşive alınan kayıtlar hakkında, 3682 sayılı Kanunun 8'inci maddesinde öngörülen sürelerin dolduğu veya ertelenmiş olan hükmün esasen vaki olmamış sayıldığı hallerde bu tarih esas alınarak, Anayasanın 76'ncı maddesi ve özel kanunlarda sayılan suç ve mahkumiyetler dışındaki kayıtlar için ilgilinin, cumhuriyet başsavcılığının veya

---

Resmi Gazete'de yayımlanması ile değil, doğacak hukuki boşluğun kamu yararını ihlal edecek nitelikte etkisi görüleceğinden bahisle bir yıl sonra, yani 14.04.2012 tarihinde yürürlüğe girecektir. Bu Anayasa Mahkemesi kararını, elbette adli sicil arşiv kaydının seksen yıl süreyle tutulmaması ve silinme şartları oluşmuşsa, bu kapsama Anayasa m.76/2'de milletvekili seçilme yeterliliği şartları arasında gösterilen suç ve cezaları da dahil edebilmek, en azından bunun yasal boşluk giderilmediği takdirde 14.04.2012 tarihinden sonra dikkate almak mümkündür. Ancak çalışmamızda da belirttiğimiz üzere Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı, milletvekili seçilme yeterliliği ile bir ceza mahkumiyetinin sonucu olarak hak yoksunluğun aynı çerçevede değerlendirilmez. Kararda, milletvekili seçilebilmek için dikkate alınacak Anayasa m.76 ile ilgili bir yorumda bulunulmadığı gibi, bu maddenin ikinci fıkrasında suç ve cezalar için öngörülen hükmün bir geçici hak yoksunluğu olarak değerlendirildiği de ifade edilmemektedir. Bu konuda, Anayasa m.76/2 ile bu hükme bağlı Milletvekili Seçimi Kanunu m.11'de değişikliğe gidilmedikçe, bu arada Adli Sicil Kanunu'nun iptal edilen kararları ile ilgili yasal boşluk giderilmese bile, yine de Yüksek Seçim Kurulu milletvekili adaylarının seçilebilme şartlarını Anayasa m.76'ya göre incelemek zorunda kalacaktır.

Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün talebi üzerine, hükmü veren mahkemece veya talep edenin bulunduğu yer asliye ceza mahkemesince arşiv kaydının silinmesine karar verilir." hükmüne yer verilmiştir.

Yukarıda yer alan düzenlemelerden de açıkça anlaşılacağı üzere kanun koyucu, Anayasanın 76. maddesinde yer alan suçlar hakkında farklı bir düzenleme ve usul öngörmüş ve bu kayıtların adli sicil arşiv kayıtlarından silinmesi yolunu ortadan kaldırmıştır.

Yargıtay 11. Ceza Dairesi 15.11.2007 gün, 2007/6956 E. ve 2007/8032 K. numaralı kararında ve Yargıtay 9. Ceza Dairesi 09.07.2008 gün, 2008/10204 E. ve 2008/8987 K. numaralı kararlarında, Adli Sicil Kanunu'nun Geçici 2. maddesinin ikinci fıkrası gereğince, Anayasanın 76. maddesinde yazılı suçların arşiv kaydından da silinemeyeceğini ifade etmiştir. Yasal düzenleme ve Yargıtay'ın müstekar içtihatları dikkate alındığında, Anayasanın 76. maddesinde sayılan suçlarla ilgili düzenlemelerin milletvekili olabilme şartı olduğunu anlaşılacaktır.

Anayasa Mahkemesi 14.04.2011 tarih ve 27905 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 20.01.2011 gün, 2008/44 E. ve 2011/21 K. numaralı kararı ile Adli Sicil Kanunu'nun 12. maddesinin birinci fıkrası ve Geçici 2. maddesini iptal etmiştir. Bu kararın gerekçesi, Anayasa'nın 76. maddesinde yer alan suç ve cezalara ilişkin hükümlerin milletvekili olabilme şartı niteliği taşıdığını ortaya koymaktadır.

Anayasa Mahkemesi kararının "İPTAL KARARININ YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN SORUNU" başlıklı 7. bölümünün ikinci paragrafında; *"5352 sayılı Kanun'un 12. maddesinin birinci fıkrası ile Geçici 2. Maddesinin birinci fıkrasının 'Anayasanın 76. maddesi ile özel kanun hükümleri saklıdır.' biçimindeki son cümlesi ve ikinci fıkrasının '… Anayasanın 76. maddesi ve özel kanunlarda sayılan suç ve mahkumiyetler dışındaki kayıtlar için …' bölümünün,* ***iptal edilmesi nedeniyle doğacak hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğünden,*** *Anayasanın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 53. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları gereğince iptal hükümlerinin, kararın Resmı Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesine …"* karar verilmiştir. Karar gerekçesinden de anlaşılacağı üzere, Anayasanın 76. maddesinde yer alan suçlar diğer suçlardan farklıdır. Bu suçlara ilişkin düzenlemeler, kamu düzenini doğrudan ilgilendirmeleri sebebiyle farklı düzenleme, karar ve şartlarla korunmaktadır.

Her ne kadar basın ve yayın kuruluşları tarafından Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda yer verilen kararı, "Milletvekili Seçimi Kanunu m.11 ve Anayasa m.76 çerçevesinde seçilme yeterliliği olmayan kişilerin seçilmele-

rine olanak sağlıyor" şeklinde yorumlansa da, bu düşünceye katılmak mümkün değildir. Anayasa Mahkemesi, Anayasa m.76'da yer alan suçların özel nitelikte olduğunu vurgulamış ve kamu yararı gerekçesiyle iptal kararının yürürlük tarihini bir yıl ertelemiştir. Bu sebeple karar, milletvekili adaylarının önünde seçilebilme yeterliliği engeli olarak görülen Anayasa m.76/2 ve Milletvekili Seçimi Kanunu m.11 yönünden herhangi bir değişiklik getirmediği gibi, aksine bu hükümlerde aranan şartların kamu yararı taşıdığından korunması gerektiğine işaret edilmiştir. Adli Sicil Kanunu'nun 12 ve Geçici 2. maddelerinin iptali ile ilgili kararın hemen yürürlüğe sokulmamasının nedeni de bu şekilde izah edilmiştir.

Özetle; Milletvekili Seçimi Kanunu ve Anayasada "milletvekili olmaya engel suçlardan mahkum olmama" esas itibariyle yasak hakların iadesi ile ortadan kaldırılabilecek bir hak yoksunluğu niteliğinde değildir. **"Mahkum olmamak" milletvekili olma şartıdır. Bu sebeple, memnu hakların iadesi yolu ile ortadan kaldırılması mümkün değildir.** Bu kişilerin memnu hakları iade edilse de, milletvekili seçilebilme niteliklerini kaybettiklerinden, milletvekili olabilme imkanları bulunmamaktadır.

Milletvekili Seçimi Kanunu'nda değişikliğe gitmek de, esas itibariyle soruna bir çözüm getirmeyecektir; zira Anayasa m.11/2 gereğince kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.

Anayasanın 67. maddesinin son fıkrasında yer alan *"Seçim kanunlarında yapılan değişiklikler, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılacak seçimlerde uygulanmaz."* hükmü dikkate alınarak, Anayasanın 67/son ve 76/2. maddeleri ile Milletvekili Seçimi Kanunu'nun 11. maddesinde değişikliğe gidilerek, 12.06.2011 seçimleri öncesinde Yüksek Seçim Kurulu tarafından bazı adayların adaylıklarının kabul edilmemesi ile ilgili ortaya çıkan soruna çözüm bulunabilir. Seçimlerin ertelenebilmesi ise mümkün değildir. Çünkü dört yıl genel seçim süresi gelmiş olup, istisnai olarak ülkede seçim ertelenmesini haklı kılabilecek olağanüstülük de bulunmamaktadır. Elbette amaç, seçime herkesin aday olabilmesi ve oy kullanabilmesidir. Bu husus, seçme ve seçilme hakkının doğal bir sonucudur. Ancak Anayasa ve Kanunun nitelik ve şart aradığı bir konuda, o niteliği ve şartı taşımayanın da seçme ve seçilme hakkı kısıtlanabilir. Bu konu ile ilgili kurallar, Anayasa olarak 1982 yılında ve Kanun olarak 1983 yılından bu tarafa yürürlükte olduğu unutulmamalıdır.

Kim olursa olsun bir milletvekili adayının Anayasa m.76 ve Milletvekili Seçimi Kanunu m.11 kapsamına giren bir suçu işlediği tespit edilmişse, Yüksek Seçim Kurulu'nun adayın başvurusunun red kararını geri alması da hukuka uygun olmayacaktır. Bu sebeple Yüksek Seçim Kurulu, adayın başvurusunu Anayasa m.76/2 ve Milletvekili Seçimi Kanunu m.11'e aykırı ol-

madığından bahisle kabul ettiğinde sorun olmayacak, fakat bu konu ile ilgisi bulunmayan Türk Ceza Kanunu'nun "Belirli haklardan yoksun bırakılma" başlıklı m.53/2 ve Adli Sicil Kanunu'nun "Yasaklanmış hakların geri verilmesi" başlıklı m.13/A hükümleri çerçevesinde sorunu ele alıp, adayın başvurusunu kabul ettiğinde, bu defa Kurulun kararı hukuka aykırı olacaktır.

TCK m.53/2'de, kişinin kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkumiyetin yasal sonucu olarak, hapis cezasının infazı tümü ile bitinceye kadar belirli hakları kullanmaktan yoksun bırakılması düzenlenmiş ve maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinden ve (b) bendinde de seçme ve seçilme ehliyetinden ve diğer siyasi hakları kullanmaktan mahkumun yoksun bırakılacağı ifade edilmiştir.

Adli Sicil Kanunu m.13/A'da ise, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu dışındaki kanunların belirli bir suçtan dolayı veya belirli bir ceza sebebiyle mahkumiyete bağlanan hak yoksunluklarının giderilmesi için yasaklanmış hakların geri verilmesi yoluna gidilebileceği ifade edilerek, maddede yasak hakların geri verilmesinin şartlarının neler olduğu gösterilmiştir.

Normlar hiyerarşisi çerçevesinde, Anayasa m.76/2'nin milletvekili seçilebilmek için getirdiği yeterlilik şartlarının ötesine kanunla çıkılamayacağı, bu prensibin Anayasa m.11/2'de açıkça belirtildiği gerçeğinden başka, TCK m.53'de düzenlemesinin, kişinin kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı çekeceği hapis cezasının infazı süresince mahkumiyetin kanuni sonucu olarak belirli hakları kullanmaktan yoksun bırakılması ve bu yoksunluğun nasıl ortadan kalkacağı açıklanmıştır. Adli Sicil Kanunu m.13/A'da ise, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu dışındaki ceza mahkumiyetine bağlı hak yoksunluklarının giderilebilmesinin usulü gösterilmiştir. Hem Türk Ceza Kanunu ve hem de Adli Sicil Kanunu, fail tarafından işlenen somut bir suça bağlı olarak ortaya çıkan hak yoksunluğunu ve bu yoksunluğun nasıl kalkacağını düzenlemiştir. Anayasa m.76/2 ise, net bir şekilde milletin iradesini temsil edebilecek vekilde aranacak yeterlilik şartlarını öngörmüştür. Anayasada düzenlenen bu şartı, normlar hiyerarşisi çerçevesinde kanunla kaldırabilmenin mümkün olamamasının yanında, Anayasa ile değindiğimiz kanunların düzenleme konuları da farklıdır. Anayasa m.76/2'nin getirdiği bir hak yoksunluğu değildir, tereddütsüz bir şekilde milletvekilliğine aday olabilme ve seçilebilme hususunda yeterlilik şartıdır. Anayasanın bu hükmü değiştirilmedikçe veya bir an için Anayasada belirtilen bir hak yoksunluğu olsa da nasıl kaldırılacağı yine Anayasada düzenlenmedikçe, kanunu yorumu ile Anayasanın üzerine çıkabilmek mümkün olmayacaktır. Bir an için mümkün olduğu düşünülse bile, burada bulunan yok hukuki değil, sadece hukukun feda edildiği krizi çözmeden ileri gidemeyecektir. Bu tür çözümler ise, hukuk devletini ve Anayasayı zedelemek anlamını taşıyacaktır.

Bu noktada, Adli Sicil Kanunu m.13/A'nın 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu dışındaki kanunların belirli bir suçtan dolayı veya belirli bir cezaya mahkumiyete bağladığı hak yoksunluklarının giderilebilmesi için, maddede gösterilen usulün izlenmesi suretiyle yasaklanmış hakların geri verilmesi yoluna gidilebileceği, bu şekilde Türk Ceza Kanunu dışında kalan Anayasa ile getirilen hak yoksunluğunun kaldırılabileceği, aynı şekilde çerçeveyi çizen Anayasa m.76'ya uygun olarak çıkarılan Milletvekili Seçimi Kanunu m.11'in de bu şekilde gözardı edilebileceği ileri sürülebilir. Bu düşünceye iki sebeple katılmak mümkün değildir; birincisi, Anayasa m.11/2 gereğince Adli Sicil Kanunu ile Anayasanın ortaya koyduğu bir sınırın kaldırılabilmesi mümkün değildir. Çünkü kanunlar, Anayasaya aykırı olamazlar. İkincisi ise, Anayasa m.76/2'de getirilen bir ceza mahkumiyetine bağlı hak yoksunluğu değil, tekrarlamak gerekirse milletvekili seçilebilme yeterliliği şartıdır.

Bir an için TCK m.53/1-b'de geçen, seçme ve seçilme ehliyetinden yoksunluğun infazdan sonra kalkacağı, bu sebeple hapis cezasının infazından sonra ve m.53/5'e göre hak yoksunluğu süresi de uzatılmamak kaydı ile kişinin seçilebilmesi, yani milletvekili adayı olabilmesinin önünün açıldığı, hatta TCK m.5 sebebiyle Milletvekili Seçimi Kanunu'nun 11. maddesinin gözardı edilmesi gerektiği söylenebilir. Ancak bu düşünceye de katılmak mümkün değildir. Şöyle ki, bu madde suç tipi ve hapis cezası süresi sınırı göstermeksizin hak yoksunluklarının neler olacağına yer vermiştir. Bu maddede milletvekili seçilebilme yeterliliğinden bahsedilmemektedir. Hapis cezasının infazı süresince hak yoksunluğunun süreceğini ve sonra kalkacağını belirterek, 765 sayılı TCK'da düzenlenen "Memnu Hakların İadesi" başlıklı m.121 ila 124'den ayrılmıştır. Somut olayda ise, normlar hiyerarşisinde en üstte yer alan Anayasa m.76/2'de öngörülen milletvekili seçilebilme yeterliliğinden bahsetmekteyiz. Bir kanun hükmü olan TCK m.53/2 ile bir hak yoksunluğu olarak görülen Anayasa m.76/2'de gösterilen sınırlamanın aşılabilmesi mümkün değildir. Ayrıca, TCK'da düzenlenen geçici hak yoksunluğu olduğu halde, Anayasa m.76'da yer alan düzenlemenin milletvekili seçilebilme yeterliliği ile ilgili soyut nitelik şartı olduğu unutulmamalıdır.

Cezalandırmakla amaçlananın, işlediği suçtan dolayı kişinin etkin pişmanlık duymasının sağlayıp topluma kazandırmasını sağlamak olduğundan bahisle, suça bağlı yoksunluklarında süre ile sınırlandırılmasının gerekeceği, bu sebeple hak yoksunluklarının, mahkum olunan cezanın infazı tamamlanıncaya kadar devam etmesinin öngörüldüğü, hak yoksunluklarının Eski TCK'dan farklı olarak süresiz şekilde düzenlenmediği, dolayısıyla hak yoksunluklarının hapis cezasının infazından sonra kişiye iadesinin hukuka uygun olacağı yönündeki düşünceye katılmak mümkün değildir. Çünkü bir hak yoksunluğunu değil, milletvekili seçilme yeterliliğini düzenleyen Anayasa m.76 ile Milletvekili Seçimi Kanunu m.11, Mülga 765 sayılı TCK dö-

neminde de yürürlükte olup, memnu haklar ve bunların iadesi kapsamında değerlendirilmemiştir. Anayasa m.76 ve buna bağlı Milletvekili Seçimi Kanunu m.11'de değişikliğe gidilmedikçe, milletvekili seçilme yeterliliği ile ilgili şartların ne olduğunu gösteren bu hükümlerin bağlayıcılığı devam edecektir. Yüksek Seçim Kurulu tarafından milletvekili seçilebilme yeterliliği ile hak yoksunluğu, hem Ceza Hukuku ve hem de Anayasa Hukuku ilke ve esasları açısından birbirine karıştırılmıştır.

Tüm bu sebeplerle; Yeni Türk Ceza Kanunu'nda memnu, yani yasak hakların iadesi ile ilgili bir hüküm olmadığından bahisle, hapis cezasına mahkum edilen milletvekilinin adaylığının bu sebeple reddi ne kadar hukuka aykırı ise, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 53. maddesine ya da Adli Sicil Kanunu m.13/A'ya dayanılmak suretiyle meselenin geçici hak yoksunluğu veya yasak hakların geri verilmesi kapsamında görülüp, esas itibariyle Anayasa m.76/2 ve Milletvekili Seçimi Kanunu m.11'e göre mahkum olduğu ceza miktarı veya suçun tipinden dolayı milletvekili seçilebilme yeterliliğine sahip olmayan adayların seçime girmelerine izin verilmesi de bir o kadar hukuka aykırıdır. Bu noktada esas olan milletvekili seçilebilme yeterliliğinin çerçevesini çizen Anayasa m.76/2'dir. Bu hüküm değişmedikçe, konuyu farklı fakat hukuka aykırı metodlarla açıklamaya çalışmak, hem ikna edici ve hem de isabetli olmayacaktır.

Belirtmeliyiz ki, Anayasa Mahkemesi'nin çalışmamızda tartıştığımız iptal kararı, milletvekili seçilme yeterliliği ile bir ceza mahkumiyetinin sonucu olarak hak yoksunluğun aynı çerçevede değerlendirilmez. Kararda, milletvekili seçilebilme yeterliliği konusunda dikkate alınacak Anayasa m.76 ile ilgili bir yorumda bulunulmadığı gibi, bu maddenin ikinci fıkrasında suç ve cezalar için öngörülen hükmün, bir geçici hak yoksunluğu olarak değerlendirildiği de ifade edilmemektedir. Bu konuda, Anayasa m.76/2 ile bu hükme bağlı Milletvekili Seçimi Kanunu m.11'de değişikliğe gidilmedikçe, bu arada Adli Sicil Kanunu'nun iptal edilen kararları ile ilgili yasal boşluk giderilmese bile, yine de Yüksek Seçim Kurulu milletvekili adaylarının seçilebilme şartlarını Anayasa m.76'ya göre incelemek zorunda kalacaktır.

Bunun yanında, Yüksek Seçim Kurulu'nun son kararının isabetli olduğuna dair, "Milletlerarası anlaşmaları uygun bulma" başlıklı Anayasa m.90/son fıkrasından hareketle, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 11. Protokol ile değiştirilen 1. Ek Protokolü'nün "Serbest seçim hakkı" başlıklı 3. maddesi de yasal dayanak olarak gösterilmektedir. Bu maddeye göre, *"Yüksek sözleşmeci taraflar, yasama organının seçilmesinde halkın kanaatlerinin özgürce açıklan-*

masını sağlayacak şartlar içinde makul aralıklarla gizli oyla serbest seçimler yapmayı taahhüt ederler". **Ek Protokolün bu hükmü elbette önemlidir, fakat bu hükümle, Sözleşmeye taraf ülkelerin iç hukuklarına bırakılan milletvekili seçilme yeterliliğine doğrudan doğruya müdahale edilebileceği anlamı çıkarılamaz. Zaten milletvekili seçimine aday veya seçmen olarak katılmak konusunda hukukun evrensel ilke ve esaslarına aykırı şekilde getirilecek yasal düzenlemeler, hukuk devleti ve eşitlik ilkeleri ile kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı, seçme ve seçilme hakkı, düşünce ve kanaatlerini açıklama hürriyetinin özünü ihlal ettiğinden bahisle, Anayasanın 2, 5, 17, 26 ile 67. maddelerine ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ile ek protokollerinin ilgili maddelerine aykırı olması sebebiyle iptal edilecektir. Ancak Anayasa m.76/2'nin bir Anayasa hükmü olduğu, Anayasa m.90/son dahil hiçbir hukuk kuralının, normlar hiyerarşisi ilkesi gereğince Anayasa m76/2'nin üstüne çıkamayacağı gerçeği dikkate alındığında, milletvekili seçilme yeterliliği sorununun geçici bir hak yoksunluğu olarak görülüp, TCK m.53 ve Adli Sicil Kanunu m.13/A çerçevesinde çözüme kavuşturulamayacağını, nihai çözümün yalnızca milletvekili seçimi yeterliliğini düzenleyen Anayasa m.76/2'de değişiklikle mümkün olabileceğini belirtmek isteriz.**

Netice itibariyle; çözüm varsa bunu yasama organında aramak gerekir. Konunun "yasaklanmış hakların geri verilmesi" müessesesi ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Sırf bazı sorunların ve karışıklıkların önüne geçilmesi bahanesi ile hukukun sürekli gözardı edilmesi ve sistemin bozulması, hukuk devleti açısından telafisi güç ve hatta imkansız zararlara yol açacaktır. Burada şahsın kim olduğu değil, kim olursa olsun hukuk kurallarının eşit bir şekilde uygulanması meselesi vardır. Hukuk kurallarının uygulanmasının sonuçlarını beğenmeyenlerin, demokrasi ve insan haklarının çiğnendiğinden bahsetmesi hukukun evrensel ilkelerine her yönü ile aykırıdır. Eğer ülkede bir hukuk kuralı varsa, bu kural herkese eşit şekilde uygulanmalı, siyasi ve sosyal mülahazalarla bu kuralın uygulanmasından vazgeçilmemelidir. Aksi halde, ülkede eşitliğin, adaletin ve hukukun üstünlüğünün olduğunu söylemek tereddütlü hale gelecektir.

Anayasa Mahkemesi Uygulamalarına İlişkin Bazı Gözlemler

*Turgut TAN**

Giriş

Anayasa Mahkemesi'nin bugüne dek uygulamalarına baktığımızda, özellikle mahkemelerden itiraz yolu ile gelen Anayasa'ya aykırılık savlarını içeren dosyaları esastan incelemeye geçmeden önce, başvuranın *"bir davaya bakmakta olan mahkeme"* niteliğinde olup olmadığını incelemektedir. Bu incelemesini yaparken mahkemenin <görevli> olup olmadığını araştırdığı gibi; davacının dava ehliyetine sahip olup olmadığını da incelemektedir. Bu yazıda ilk olarak bu konuyu ele alacağız.

İkinci olarak da, Anayasa'nın (m.153) iptal kararlarının gerekçesi yazılmadan açıklanamayacağını, kararların Resmi Gazete'de hemen yayımlanacağını ve iptal edilen yasa, KHK ve İçtüzük hükümlerinin kararın Resmi Gazete'de yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkacağını öngörmesine karşın, uygulamada iptal kararlarının gerekçeleri yazılmadan ve Resmi Gazete'de yayımlanmadan açıklanması ve bu uygulamanın söz konusu yasa maddelerinin uygulandığı davalara bakmakta olan mahkemelerde yarattığı duraksama üzerinde duracağız.

1. Anayasa Mahkemesi'nin görev alanı.

Anayasa'ya (m.152) göre, *"Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır"*.

2949 sayılı Anayasa Mahkemesi Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'a (m.28) göre de, *"Bir davaya bakmakta olan mahkeme:*

---

* Prof. Dr., Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

"1. O dava sebebiyle uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararname hükümlerini Anayasaya aykırı görürse, bu yoldaki gerekçeli kararı; veya,

"2. Taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa tarafların bu konudaki iddia ve savunmalarını ve kendisini bu kanıya götüren görüşünü açıklayan kararını;

"Dosya muhtevasını mahkemece bu konu ile ilgili görülen belgelerin tasdikli örnekleri ile birlikte Anayasa Mahkemesine gönderir."

1961 Anayasası'nda (m.151) ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'da (m.27) da benzer hükümler yer almaktaydı.

30.3.2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri hakkında Kanun'da (m.40) da benzer düzenleme yer almaktadır.

Anayasa Mahkemesi İçtüzügü (m.8) ise "İlk İnceleme" başlığı altında, mahkemelerden itiraz yoluyla gelen işlerin 2949 sayılı Yasa'nın 28. maddesine göre eksikleri olup olmadığının, evrakların kayda girişinden itibaren beş gün içinde bir raporla Başkanlığa bildirileceğini; bu raporda *"Mahkemenin önünde bakılmakta olan bir dava bulunup bulunmadığı, Anayasaya aykırı görülerek ya da ileri sürülen aykırılık iddiası ciddi bulunarak iptali istenen kanun veya kanun hükmünde kararname hükümlerinin bu davada uygulanma durumları ile Mahkemenin başvurmaya yetkili olup olmadığı"* hususlarının belirtileceğini öngörmektedir.

Bu incelemede iki konunun araştırılacağı anlaşılmaktadır. Bir başka deyişle, mahkemenin başvurmaya yetkili olup olmadığı hususunun belirlenmesi, öncelikle mahkemenin önünde bakılmakta olan bir dava bulunup bulunmadığının, sonra da Anayasa'ya aykırılık savına konu edilen yasa veya kanun hükmünde kararname hükmünün bu davada uygulanması gereken bir hüküm niteliğinde olup olmadığının saptanması anlamına gelmektedir.

2. İtiraz yolu ile gelen işlerde usulüne uygun açılmış bir davanın varlığının saptanması.

a) Usulüne uygun açılmış dava- görevli yargı yeri.

Hemen belirtelim ki, Anayasa Mahkemesi itiraz yoluna başvuran mercin <mahkeme> niteliğinde olup olmadığını da araştırmaktadır[1]. Biz başvu-

---

1 Bu konudaki örnekler için bkz. E.Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin yayınevi, 11. bası, Ankara, 2010, s.430 vd.; Y.Aliefendioğlu, **Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi**, Yetkin yayınevi, Ankara, 1996, s.135 vd.; S.Esen,

ran merciin mahkeme niteliğini kabul edip, görevli ve yetkili olup olmadığı konusu üzerinde duracağız.

Anayasa Mahkemesi'ne göre, *"<bir davaya bakmakta olan mahkeme> her durumda o davaya bakmaya, uyuşmazlık konusu sorunu çözmeye, suç sayılan eylemi işleyeni yargılamaya, görevli mahkemedir. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi'nin itiraz yoluyla gelen bir işe bakabilmesi için her şeyden önce, itiraz yoluna başvuran mahkemenin o davada görevli ve yetkili olması gerekir"*[2].

2577 sayılı Yasa'nın (m.28), Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idarenin gecikmeksizin işlem tesis etmeye ve eylemde bulunmaya mecbur olduğuna ve bu sürenin kararın idareye tebliğinden itibaren 30 günü geçemeyeceği hükmü ile Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemeleri kararlarına göre işlem tesis edilmeyen veya eylemde bulunulmayan hallerde idare aleyhine Danıştay ve ilgili idari mahkemede maddi ve manevi tazminat davası açılabileceğine ilişkin kuralının açık olduğunu belirten Anayasa Mahkemesi'ne göre, *"idare mahkemesince verilen yürütmenin durdurulması kararının uygulanması nedeniyle idareye karşı müdahalenin men'i ve tazminat istemiyle açılan davanın idari yargının görev alanına girdiği açıktır"*. Dolayısıyla, Yüksek Mahkemeye göre, idari yargının görevli olduğu bir konuda, adli yargıda (asliye hukuk mahkemesi) açılan davada uygulanacak kurala ilişkin itirazın, başvuran mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddi gerekir[3].

Bir başka olayda, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, aralarında imtiyaz sözleşmesi bulunan Çukurova Elektrik A.Ş.ne bir yazı göndererek 4628 sayılı Yasa'da elektrik iletim faaliyetinin Türkiye Elektrik İletim A.Ş. (TEİAŞ) tarafından yürütülmesinin öngörüldüğünü belirterek, şirket tarafından işletilen iletim tesislerinin TEİAŞ'a devredilmesini istemiştir. Benzer yazı şirkete TEİAŞ tarafından da gönderilmiştir. Çukurova Elektrik A.Ş. Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu ile TEİAŞ'a karşı Adana Asliye Hukuk

---

İptal Davası ve İtiraz Yolunda Anayasa Mahkemesinin Yaptığı İlk İnceleme, Mülkiyeliler Birliği Vakfı yayınları, Ankara, 1996, s.69 vd.

2 Anayasa Mahkemesi'nin 16.12.1997 tarihli ve E.1997/66-K.1997/72 sayılı kararı. http://www.anayasa.gov.tr İdare Mahkemesince verilen yürütmenin durdurulması kararını uygulamayarak, davacının talih oyunu salonunun açılmasına izin vermeyen davalı idareye karşı açılan müdahalenin men'i ve tazminat davasında ileri sürülen Anayasa'ya aykırılık savının ciddi olduğu kanısına varan Asliye Hukuk Mahkemesi, 4302 sayılı Turizmi Teşvik Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un Geçici 1. ve Geçici 2. maddelerinin iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

3 Dipnot 2 deki karar.

Mahkemesi'ne başvurarak, "el atmanın önlenmesi ve ihtiyati tedbir" talebinde bulunmuş; ayrıca, 4628 sayılı Yasa'nın ilgili maddelerinin de Anayasa'ya aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme Anayasa'ya aykırılık savını ciddi bularak Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

Anayasa Mahkemesi de Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Yasa'nın 28. maddesi hükümlerine dayanarak, *"Ancak, bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilmesi için, elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması ve iptali istenen kuralın da o davada uygulanacak olması gerekir"* diyerek, *"Davacı Şirkete, 9.3.1998 tarihinde imzalanan imtiyaz sözleşmesi ile belli bir bölgede elektrik üretim, iletim ve dağıtım faaliyetini yürütme görevi verilmiş, ancak daha sonra çıkarılan 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ile elektrik iletim tesislerinin TEİAŞ'a devredilmesi öngörülmüştür. Bu devir işlemlerinin gerçekleştirilebilmesi için davalı Bakanlık ve TEİAŞ tarafından, idare hukukuna özgü yöntemlerle oluşturulan uyuşmazlık konusu işlemlerin idari nitelikte olması nedeniyle bunlara ilişkin davaya bakmak idari yargı yerlerinin görev alanına girmektedir"* gerekçesiyle, başvurunun mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddine oybirliği ile karar vermiştir[4].

İtiraz yoluna başvuran yerel mahkemede davalı vekilinin görev itirazında bulunmasına karşın, mahkemenin bu konuyu karara bağlamadan Anayasa'ya aykırılık savını ciddi bularak dosyayı Anayasa Mahkemesi'ne gönderdiği de olmaktadır. Bu durumda da Anayasa Mahkemesi, başvuran mahkemenin görevli olup olmadığını kendisi inceleyip, görevsiz olduğuna karar verirse, itirazı mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddetmektedir[5].

Bilindiği gibi adli, idari ve askeri yargı düzenlerine sahip hukuk sistemlerinde bu yargı düzenlerine mensup yargı yerleri arasında görev konusunda uyuşmazlıklar çıkabilmektedir. Bu nedenledir ki, bu sistemlerde, söz konusu uyuşmazlıkları kesin olarak çözerek görevli yargı yerini belirleyecek uyuşmazlık mahkemeleri kurulmaktadır. Amaç, yasaların Anayasa'ya uyguluğunu denetlemek olduğuna göre, Anayasa Mahkemesi'nin esas hakkında vereceği karar açısından davaya bakan mahkemenin görev sorunu büyük bir önem taşımamaktadır.

---

4 Anayasa Mahkemesi'nin, 4.6.2003 tarihli ve E.2003/46-K.2003/46 sayılı kararı. http://www.anayasa.gov.tr.

5 Anayasa Mahkemesi'nin, 2.3.1976 tarihli ve E.1976/9-K.1976/10 sayılı kararı. **RG**;15.7.1976, sayı:15647. Yüksek Mahkemenin 15 üyesinden altısı, *"itirazın noksan olarak geldiği açıkça belli olduğu için görev konusunda karar verilmek üzere dosyanın geri çevrilmesi gerekirken, üst mahkeme hatta itiraz yoluna başvuran mahkeme yerine geçerek yetkisizlik yönünden itirazı reddeden"* çoğunluk görüşüne katılmadıklarını ifade etmişlerdir.

Anayasa Mahkemesi'nin başvuran mahkemenin görevsizliği gerekçesiyle başvuruyu reddetmesinin, yasanın Anayasa'ya uygunluğunun denetlenememesi dışında hiçbir pratik sonucu olmamaktadır. Zira, Anayasa Mahkemesi'nin görevsiz olduğuna karar verdiği mahkeme önündeki davayı görmeye devam etmektedir.

Kaldı ki, Anayasa Mahkemesi, daha önce yürürlüğe giren af yasası ile davanın ortadan kalkması veya işin Anayasa Mahkemesi'ne gelmesinden sonra Anayasa'ya aykırılık savı ciddi görülen davacının davasından feragat etmesi durumunda da Anayasa Mahkemesi denetimini sonuçlandırmaktadır[6]. Kısacası, Anayasa Mahkemesi, itirazın bir davaya bakmakta olan mahkeme tarafından yapılmış olup olmadığını saptamakla yetinmeli; mahkemenin görevli olup olmadığını araştırmamalıdır[7].

b) Davacının dava ehliyetinin varlığı.

Anayasa Mahkemesi, itiraz yolu ile başvuran mahkemenin görevli ve yetkili olup olmadığını incelemekle kalmamakta; davacının dava ehliyeti bulunup bulunmadığını da araştırmaktadır. Örneğin, bir öğretim üyesi olan davacı 1994 Yılı Bütçe Kanunu'nun 28. maddesinin uygulanması ile ilgili Maliye Bakanlığı'nın 512 sayılı Genel Tebliği'nin iptali için Danıştay'a başvurmuştur. Davacı, 512 sayılı Genel tebliğin dayanağını oluşturan 1994 Mali Yılı Bütçe Kanunu'nun 28. maddesinin Anayasa'nın 2., 10., 26., 27., 73/3., 130/4. ve 161. maddelerine aykırı olduğu savında bulunmuş; Danıştay 10. Dairesi de bu savları ciddi bularak, söz konusu Yasa hükmünün Anayasa'nın 87., 88., 89., 161. ve 162. maddelerine aykırılığı savı ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

Anayasa Mahkemesi, ilk inceleme aşamasında, *"2577 sayılı Yasa'nın 2. maddesinde idari işlemler hakkında iptal davası açmak için gerekli olan 'menfaati ihlal edilenler' koşulu, 4001 sayılı yasa ile 'kişisel hakları ihlal edilenler' biçiminde değiştirilmiştir. Davacının, dava konusu işlemle kişisel hakkı ihlal edilmediğinden 2577 sayılı Yasa'nın değişik 2. maddesinde öngörülen dava ehliyeti bulunmamaktadır. Bu nedenle Danıştay 10 Dairesi'nin elinde bakmakta olduğu bir davanın varlığından söz edilemez. Başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddi gerekir"* kararını vermiştir[8].

---

6 S. Esen, **op. cit.**, s.83. Anayasa Mahkemesi'nin 8.12.1983 tarihli ve E.1981/10-K.1983/16 sayılı kararı. **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, sayı: 20, s.110.

7 E.Özbudun, **op. cit.**, s.430.

8 Anayasa Mahkemesi'nin 13.7.1994 tarihli ve E.1994/60-K.1994/54 sayılı kararı. http:// www. Anayasa. gov.tr

Bu karara karşı oy yazan üyenin de isabetle belirttiği gibi, *"Dava ehliyetini saptama yetkisi öncelikle davaya bakmakta olan mahkemelerin, sonra da bunların karar ve hükümlerini son inceleme mercilerinindir. Adli, idari ve askeri yargıya ilişkin davalarda dava ehliyetinin varlığını veya yokluğunu bunlar kendi kararları ile belirlerle. Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda yapacağı bir belirleme itiraz yönünden bağlayıcı olamaz. Çünkü itiraz yoluna başvuran mahkemelerin karar ve hükümlerinin son inceleme mercii Anayasa Mahkemesi olmayıp diğer adli, idari ve askeri yüksek mahkemelerdir"*[9].

3. İdare iptal edilmiş fakat iptal kararı Resmi Gazete'de yayımlanmamış yasal düzenlemeye dayanarak işlem yapabilir mi?

a) Anayasa iptal kararının Resmi gazete'de yayımlanması esasını getirmiştir.

Anayasa'ya (m.153) göre, iptal kararları gerekçesi yazılmadan açıklanamaz. Anayasa Mahkemesi kararları Resmi Gazete'de hemen yayımlanır. Yasa, KHK veya TBMM İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmi Gazete'de yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar.

Anayasa Mahkemesi'nin geçmiş uygulamalarına bakıldığında, bazı kararların geç verildiği, bazı kararların da kısa sürede verilmelerine karşın Resmi Gazete'de yayımlanmalarının uzun zaman aldığı görülmektedir[10]. Öte yandan, idarenin Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı ile kararın Resmi Gazete'de yayımlandığı tarih arasındaki süre içersinde iptal edilen yasa hükmüne dayanarak işlemler yapmaya devam edebilmektedir[11]. Bu konuya aşağıda Danıştay'ın istişari kararı çerçevesinde değineceğiz.

Anayasa Mahkemesi'ne göre, *"Anayasa'nın 153. maddesine göre iptal edilen yasa kurallarının Resmi Gazete'de yayımlandığı ya da iptal kararları yürürlüklerinin ertelendiği durumlarda, bu tarihte yürürlükten kalkacağı kuşkusuzdur. İptal kararının Resmi Gazete'de yayımlanmasından önce duyulması ya da öğrenilmesi bu sorunu değiştirmez"*[12].

---

9 A.N.Sezer'in karşı oy yazısı.

10 Örneğin, 12.6.1992 tarihli ve 3825 sayılı Yasa ile ilgili iptal kararının 27.4.1993 tarihinde verilmesine karşın 12.10.1995 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmış, yürürlüğe giriş tarihi ise 12.4.1996 olarak belirlenmiştir. Başka benzer örnekler de vardır.

11 Örneğin, Adalet bakanlığı müsteşarı 3825 sayılı Yasa'nın iptal edilen hükmü uygulanarak, iptal kararının Resmi Gazete'de yayımlanmasından bir gün önce görevden alınmıştır. Bkz. 95/60 sayılı karar. RG; 11.10.1995, sayı:22430, s.3.

12 Anayasa Mahkemesi'nin 26.6.2002 tarih ve E.2001/377-K.2002/59. **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, sayı:38, c.2, s.658 vd.

Ancak, Anayasa'nın açık hükmüne karşın, geçmiş uygulamada, bazı iptal kararlarının Anayasa Mahkemesi yetkililerince kamu oyuna açıklandığı görülmüştür. Bu uygulama karşısında, iptal edildiği duyurulan yasa hükmünü uygulayarak karar vermek durumunda bulunan yargı yerleri duraksamaya düşmekte; kimi durumlarda da çelişik kararlar verilmesine yol açmaktadır.

b) Danıştay iptal edildiğini bildiği yasal düzenlemeye dayanarak karar vermiyor.

Danıştay bir kararında, *"Kanunun iptalinden önce tesis edilen işlemler dava konusu edilmişse, işlemin dayanağını teşkil eden kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılını saptayan iptal kararının, bu davaların sonucunu etkileyeceği kabul edilebilir. Bu etkileme derecesi iptal kararının içeriğine, iptal edilen kanun hükmünün niteliğine ve görülmekte olan davanın türü ve niteliğine göre değişik ölçülerde olacaktır"* demektedir[13].

Danıştay'a göre, *"Anayasa Mahkemesince bir kanunun veya KHK'nin tümünün ya da bunların belirli hükümlerinin Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiş olduğu bilindiği halde eldeki davaların Anayasaya aykırılığı saptanmış olan kurallara göre görüşülüp çözümlenmesi, Anayasanın üstünlüğü prensibine ve hukuk devleti ilkesine aykırı düşeceği için uygun görülemez. Bir başka anlatımla, Anayasa Mahkemesinin, iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihi ileriye dönük olarak ertelemiş bulunması öncelikle yasama organına aynı konuda, iptal kararının gerekçesine uygun olarak yeni bir düzenleme için olanak tanımak ve ortada hukuki bir boşluk yaratmamak amacına yönelik olup yargı mercilerinin bakmakta oldukları uyuşmazlıklarda hukuka ve Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiş kuralları uygulaması ve uyuşmazlıkları bu kurallara göre çözümlemesi sonucunu doğurmaz"*[14].

Zira, Danıştay'a göre, Anayasa'nın 153. maddesi uyarınca itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasını isteme hakkına sahip kişilerin, hak ve menfaatlerini ihlal eden kuralın iptal davası veya itiraz yoluyla daha önce yapılan bir başvuru sonucu iptal edilmiş olması durumunda iptal kararının hukuki sonuçlarından yararlanmaları gerekir. Aksi durumda, yani yararlandırılmamaları durumunda, dava yoluna başvuran herkese tanınmış olan itiraz hakkını bunlar için işlemez hale getireceği gibi; Anayasa'ya aykırılığı hükmen saptanmış bir yasa kuralının uygulanmasının hukuken korunması

---

13 Danıştay, 4.D;24.9.1991, E.1990/3122-K.1991/2893. **Danıştay Dergisi**, sayı:84-85, s.204.

14 Danıştay, 5.D; 23.12.1992, E.1992/1219-K.1992/3872. **Danıştay Dergisi**, sayı:87, s.271 vd. Ayrıca bkz. Danıştay, İDDK; 26.6.2008, E.2007/2326-K.2008/1714. **Danıştay Dergisi**, sayı:120, s.54 vd.

gibi, Anayasa'nın üstünlüğü ve Hukuk Devleti ilkesi ile bağdaşmayan bir sonuç yaratır.

İptal kararının verildiği ve kamu oyuna duyurulduğu tarih ile Resmi Gazete' de gerekçeli kararın yayımlandığı tarih arasındaki dönemde idarenin iptal edilen yasa hükümlerine dayanarak yaptığı işlemlerin geçerliliği konusu önemli bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır.

c) Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı verdiği tarih ile iptal kararının yürürlüğe girdiği tarih arasında iptal edilen yasa hükmüne dayanarak yapılan işlemlerin durumu.

İdarenin, iptal edildiğini bildiği yasal düzenlemeye dayanarak, iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihe kadar işlemler yapmaya devam ettiği de uygulamada zaman zaman görülmektedir. İptal kararının verildiği ve kamu oyuna duyurulduğu tarih ile Resmi Gazete'de gerekçeli kararın yayımlandığı tarih arasındaki dönemde idarenin iptal edilen yasa hükümlerine dayanarak yaptığı işlemlerin geçerliliği konusu önemli bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Nitekim, Anayasa Mahkemesi'nin 2960 sayılı Boğaziçi Kanunu'nun bazı hükümlerini iptalinden sonra, iptal kararının verildiği ve duyurulduğu tarih ile Resmi Gazete'de yayımlandığı tarih arasında verilen inşaat ruhsatlarının hukuka uygunluğu konusu Danıştay'ın bir istişari kararına konu olmuştur[15].

Danıştay, sorunun 3194 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği 9.5.1985 gününden Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararını verdiği 11.12.1986 arasındaki dönem ile iptal kararının verildiği 11.12.1986 tarihi ile kararın Resmi Gazete'de yayımlandığı 18.4.1987 tarihi arasındaki dönemi ayırarak çözmek gerektiğini belirtmektedir.

Danıştay'a göre, *"Anayasa Mahkemesi kararlarının kesin olduğu ve Resmi Gazetede yayımlanmasıyla yürürlüğe girdiği ve yasama, yürütme, yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri ve kuruluşları bağladığı hususuna yukarıda değinilmişti. Ancak, konuyla ilgili Anayasa Mahkemesi kararının radyo, televizyon ve gazetelerde, kararın verildiği gün ve sonraki günlerde haber olarak verilmesiyle idare ve kişiler yönünden alenileşmiş bulunduğu da bilinen bir gerçektir. Bu gerçek karşısında kararın açıklandığı 11.12.1986 günüden sonra idarenin bir yapı ruhsatı vermemesi ve yapılmakta olanlar hakkında da yapıların durumlarına göre uygun önlemleri alması gerekirdi.*

---

15 **Danıştay, 1.D; 19.12.1988, E.1988/336-K.1988/355. Bu karar İdari İşler Kurulunun 16.1.1989, E.1989/6-K.1989/1 sayılı kararı ile de onanmıştır. Danıştay Dergisi**, sayı:74-75, s.74 vd.

"11.12.1986 tarihinde Anayasa Mahkemesi kararının duyurulduğu göz önüne alındığında; iptal edildiği bilinen bir kanuna göre verilmiş imar ruhsatlarına dayalı inşaatlar söz konusu olacağından, idarenin bu tarihten sonra yaptığı işlemlerin hukuka uygun olduğu söylenemez. Ancak, bu tür işlemlerin dahi sübjektif sonuçları olduğu yadsınamaz.

"……..

"Hukuka aykırı bir işlemin ise kazanılmış hak doğurabileceğini söylemek pek kolay olmamakla beraber, sakat bir işlemin de bundan yararlananlar lehine bir hak doğurabileceği ve sübjektif sonuçlar meydana getireceği açıktır. Yok işlemler, ilgilinin hilesine dayalı işlemler, idarenin açık hatası sonucu yapılan işlemler ve hemen hak doğurmaya elverişli olmayan işlemlerin kazanılmış bir hak doğurmayacağı da tartışmasızdır. Bunlar dışındaki idarenin bazı hukuka aykırı işlemlerinin, hukuka uygun olmasalar bile ilgili lehine yarattığı hukuki durumların belli bir süreden sonra değiştirilmesi idarenin istikrarı ilkesine aykırı düşer. Bu işlemler hukuka aykırı olsalar bile yargısal başvurma süresi geçirildikten sonra hukuki sonuçların korunması gerekir. Bu durum idari işlemin kişisel sonuçlarının dokunulmazlığı ilkesinin doğal bir sonucudur. Bu bakımdan 11.12.1986-18.4.1987 günleri arasında imar ruhsatı verilmiş ve bu süre içinde inşaatları tamamlanmış yapıların ilgilileri yönünden yukarıdaki esaslar göz önüne alınarak ve hukuk düzeninde korunmaya değer bir hakkın varlığının saptanması koşuluyla hukuki durumlarının değerlendirilmesi" gerekmektedir[16].

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının bilinmesine karşın, iptal edilen yasa hükmüne dayanılarak yapılan idari işlemleri iptal edilme olasılığından kurtarmak için geriye dönük yasal düzenlemeler yapıldığı da dikkat çekmektedir. Örneğin, 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nda değişiklik yaparak Adalet bakanlığındaki bazı atamalarda üçlü kararname yerine ikili kararname uygulamasını getiren 3825 sayılı Yasa'nın ilgili hükümleri Anayasa Mahkemesi tarafından 27.4.1993 tarihinde iptal edilmiş, iptal kararı 12.10.1995 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmış ve 12.4.1996 tarihinde yürürlüğe gireceği öngörülmüştü.

Danıştay'ın, başta değindiğimiz gerekçe ile iptal kararının verildiği tarih ile iptal kararının yürürlüğe gireceği tarih arasında iptal edilen Yasa kuralına dayanarak yapılan atamaların yürütmesini durdurması üzerine, 4141 sayılı Yasa'ya eklenen geçici madde ile *"Anayasa Mahkemesi'nin 27.4.1993 gün ve E.1992/37-K.1993/18 sayılı kararı ile 2802 ve 2992 sayılı kanunların kimi hükümlerinin iptal kararı mucibince yürürlükten kalktığı 12 Nisan*

---

16 Danıştay 1.D; 19.12.1988 tarihli ve E.1988/336-K.1988/355 sayılı kararı. İİK'nun 26.1.1989, E.1989/6-K.1989/1 sayılı kararı ile onanmıştır. **Danıştay Dergisi,** sayı:74-75, s.74 vd.

1996 tarihine kadar, anılan görevlere mezkur hükümlerdeki usule göre yapılan atamalar geçerlidir" hükmü getirilmiştir. Yasa koyucu bir yandan Danıştay kararları ile yürütmesi durdurulan idari işlemlere geçerlilik kazandırmakta, öte yandan da yargı kararlarının yerine getirilmemesine hukuki dayanak oluşturmaktadır.

Bu yasal düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar veren Anayasa Mahkemesi'ne göre, Anayasa'nın 153. maddesi iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihe kadar iptal edilen yasa kuralına göre yapılan işlemlerin geçerli olması olanağını sağlamaktadır[17]. Yüksek Mahkemeye göre bu yasal düzenleme yapılan idari işlemleri yalnız yetki ve şekil yönlerinden korumakta, sebep, konu ve amaç yönlerinden yargısal denetimlerini engellememektedir.

Getirilen yasal düzenleme ile iptal edilen yasal düzenlemeye dayanılarak yapılmış söz konusu idari işlemlere hukuki geçerlilik kazandırarak, yargısal denetim yoluyla iptalden kurtarmak istendiği açıktır. Nitekim, karara katılmayan üyeler, yapılan yasal düzenlemenin hem hak arama özgürlüğünü kısıtladığını, hem de erkler ayrılığı ilkesi ile bağdaşmadığını haklı olarak savunmuşlardır.

Sonuç

Kendisini görevli sayıp davaya bakan mahkemenin Anayasa'ya aykırılık savını ciddi bularak uygulayacağı yasa maddesini veya maddelerini Anayasa Mahkemesi'ne gönderdikten sonra, görev sorununun davanın yargıcı tarafından değerlendirilmiş olduğunu varsayıp, Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'ya aykırılık incelemesini yapması gerektiğini düşünüyoruz. Böyle yaptığı takdirde Anayasa Mahkemesi, hem Uyuşmazlık Mahkemesinin görev alanına girmekten, hem de dava mahkemesinin ve hatta üst mahkemenin yetki alanına müdahaleden kaçınmış olacak; Anayasa'ya uygunluk denetimi gerçekleştirilerek amaca ulaşılacaktır.

Öte yandan, Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen yasalar üzerindeki denetimini mümkün olan hızla karara bağlayıp; kararlarını da gecikmeksizin Resmi Gazete'de yayınlaması durumunda uygulamada karşılaşılan duraksamaların pek çoğu ortadan kalkacaktır. Anayasa'nın (m.153) açık hükmüne karşın kimi zaman iptal kararlarının gerekçesi yazılmadan açıklanması, uygulamada yargı organlarının duraksamasına ve kimi durumlarda da çelişik kararların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Bu tür durumların sona ermesi Anayasa Mahkemesi'nin izleyeceği tutuma bağlıdır.

---

17 Anayasa Mahkemesi'nin 15.10.1996 tarihli ve E.1996/50-K.1996/37 sayılı kararı. **RG**; 29.6.2001, sayı: 24447, s.43 vd.

Güvenlik Tedbirleri ile Cezalar Arasında Bir Fark Kaldı mı?

(*Alman Anayasa Mahkemesi'nin Konuyla İlgili Bir Kararı Üzerine Kısa Bir Değerlendirme*)

*Yener ÜNVER**

I. GİRİŞ

Son yıllarda birçok devletin ceza kanununda yaptığı değişiklikler ve yeni kanuni düzenlemelerde, güvenlik tedbirlerinin cezalardan daha çok genel önleme amacı ve öç alma (kefaret) amacını izlediği ve etkileri itibariyle de güvenlik önlemlerinin nitelik ve amaçları ile işlevlerini ortadan kaldıracak şekilde, farklı türde ve klasik cezalardan kişi özgürlüğü başta olmak üzere temel haklardan yoksunluklara yol açtığı görülmektedir. Bu yöntem ve politika, 2005 tarihli TCK'nun gerek genel gerek özel hükümler kısmındaki hükümlerde de sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. TCK.nun akıl hastalarına özgü güvenlik önlemlerini düzenleyen hükümle tekerrür kurumu bunun acı örnekleridir. Yeni bir ceza tür veya biçiminin adına güvenlik tedbiri denilmekle veya bir suç genel teorisi kurumu infaz kurumu haline getirilmek istenirse, bu bir kanunla yapılsa dahi, gerçekte güvenlik tedbiri olarak kabul edilemez. Kanun ile bilim insanına hangi teoriyi benimseyeceği veya kanun ile hukukun aynı olduğu ya da kurumların hukuki nitelik değerlendirmelerinin kanunla yapılan bir isim değişikliği ile değiştirilip yönlendirileceği bilim insanı itaat yanılgısı bir tarafa bırakılır ve çağdaş hukuka kısa bir göz atılırsa, bu yanıltıcı çarptırmalar hemen fark edilir. Bu da bize, yerleşik ceza hukuku veya ceza infaz hukuku ilkeleriyle cezalarla yapamadığımız bir şeyi güvenlik tedbiri adı altında yaptığımızda, hukuka uygun davrandığımızın genelde söylenemeyeceğini gösterir. Cezalar ile güvenlik tedbirleri arasındaki fark, yalnızca isim farklılığından ibaret olamaz.

Güvenlik amaçlı olarak bir kimsenin kapalı kurumda tutulması tedbiri Alman CK'nun 66bis – 66b maddelerinde düzenlenmiş olup, özgürlüğü kısıt-

---

* Prof. Dr. Dr. h. c., Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Öğretim Üyesi.

layan bu önlem, toplumu tehlikeli faillerden korumayı hedefleyerek genel önleyici bir işlev yerine getirmektedir. Burada failin işlediği suçtan ziyade toplum açısından gösterdiği (olası/potansiyel) tehlikeye dayanılarak karar verilmektedir ki, bunun tespiti belirli bir tıbbi prosedürle yapılmaktadır. Bu tedbir genellikle tıpkı bir normal hapis cezası gibi genel infaz kurumlarında infaz edilmektedir. Failin somut işlediği suçtaki kusuruna değil, toplumun korunması düşüncesi ve failin tehlikeliliğine dayanılarak tespit ve karar altına alınmaktadır[1].

Alman Federal İstatistik Kurumu'nun açıklamasına göre, 2003 yılında 306 kişi, 2005 yılında 350 kişi ve 2008 yılında ise 448 kişi hakkında bu tedbir uygulanmıştır. Bu rakamlar tedbire yıllar içinde giderek daha çok başvurulduğu gözlemlenmektedir.

Burada ayrıntıya girmeden belirtelim ki, bazı nüans ve tür farklılığına karşın, Almanya dışındaki bazı ülkelerde de bu tür bir kapalı kuruma kapatma tedbirine mevzuat izin vermektedir. Oldukça eleştirilen ve ağır bu önlemi düzenleme akımından etkilenen ve mevzuatında düzenleyen ülkelere örnek olarak Avusturya, İsviçre, Danimarka, Norveç, Hollanda, Yeni Zelanda ve İngiltere örnek verilebilir. Bazı suçlar açısından 100 yılın üzerinde hapis cezası verilmesine olanak veren ABD'nin bazı eyaletlerindeki ceza hukuku düzenlemelerinin de, bu eleştirilen tedbir ile aynı fonksiyonu icra ettiği söylenebilir.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi'ne konuyla ilgili yapılan ve aşağıda sonucu incelenecek başvuruda, güvenlik koruması altına alınması kararına hüküm sonrası karar vermenin veya hüküm sonrası bu sürenin uzatılmasının Alman Anayasası'nın kişi özgürlüğü temel hakkını düzenleyen 2/2. maddesinin 2. bendine, bununla bağlantılı olarak da 104/1. maddesine ve Anayasa'nın yukarıda belirtilen hükümleri yanında 20/3. maddesine dayanan güvenin korunması hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu iddia edilmiştir.

Amacı toplumu korumak olan bu tedbirin, ilke olarak bir üst süresi bulunmamaktadır. Kişi özgürlüğünü doğrudan doğruya kısıtlamakta, infazında hapis cezasına oranla cüzi hafifletmeler bulunsa dahi, kapalı infaz kurularında hapis cezası gibi infaz edilmektedir. Bu tedbire karar verildikten sonra, en azından her iki yılda bir bu kişinin infaz kurumu dışında bir suç işleyeceğine yönelik toplumsal tehlikeliliğinin devam edip etmediği kontrol edilmek ve eğer failin tehlikelilik hali ortadan kalkmış ise salıvermekle birlikte o kişi azami beş yıl denetimli serbestlik kurumundan yararlandırılmak-

---

1 Ayrıntılı bilgi ve yetişkinler, genç erişkinler ve gençler hakkındaki uygulanmasına ilişkin mevzuat hakkında bkz. www.wikipedia.org/wiki/sicherungsverwahrung.

tadır. Federal Alman uygulamasında, bu tedbirin uygulanması suretiyle çok uzun yıllar kişinin toplumdan uzaklaştırılarak, toplumun korunduğu ve failin tehlikelilik halinin geçmesinin beklendiği çok sayıda vaka vardır[2].

Alman kanunkoyucusu psikolojik açıdan hasta ve potansiyel suç işleme tehlikesi bulunan kişilerin kapalı kurumlarda tutulmasına ilişkin yeni düzenlemesinde, AİHS'ne uyumlu bir düzenleme yapmak zorundadır. Belirtilen karar sonrası, polis, savcılık, idare ve mahkemeler ileride işlenmesi tehlikesi bulunulan ağır şiddet veya cinsel suçlar dışında diğer suçlar nedeniyle psikiyatrik tedavi merkezlerine yatırılan kimseleri salıvermek zorunda kalmışlardır.

II. ALMAN ANAYASA MAHKEMESİNİN BAKIŞ AÇISI

Alman Anayasa Mahkemesi'ne göre, yapılacak yeni düzenlemede asgari koşulları muhafaza ederek, özgürlük temel hakkının sınırlaması ile güvenlik tedbirinin tedavi edici niteliğinin bağdaştırılması gerekir. Çünkü, güvenlik tedbiri de, tıpkı ceza hukuku ve ceza yaptırımlarından ceza gibi *ultima ratio* niteliğini haizdir. Doğal olarak en belirleyici husus, kişinin erken vakitte ve yoğun biçimde icra edilen tedavisi ve ilgili kişiye ileriye dönük olarak sunulması gereken salıverilme bakış açısıdır. Bu tedavinin mümkünse ceza öncesinde yapılması ve geniş kapsamlı, modern tıp biliminin gereklerine uygun tetkikler yapılmalı, infaz tretmanı göz önünde tutulmalı, uzman kişilerden yararlanılmalı ve kişinin infaz tretmanına aktif katılımını motive edici unsurlarla birlikte gerçekçi bir salıverilme bakış açısı sunulmalıdır.

Anayasa mahkemesinin haklı tespitlerine göre, diğer yandan güvenlik önlemleri ve icrasının genel yasa koşullarına uyması, ceza yaptırımlarının özel önleme amacı dikkatlerden kaçırılmamalı, güvenlik sorunları zorunlu kılmadıkça infazın zorunlu olarak kapalı kurumlarda gerçekleştirilmemesi gerekir. Aynı infaz kurumunun özel alanlarında veya bu tedbirlere özgü özel kurumlarda, kişi kapasitesi sayı olarak zorlanmadan, ailevi ve sosyal dış dünya ile temas olanakları yaratılarak, kişi tedavi edilirken diğer yandan da infaz rejimi gevşetilerek kişi salıverilmeye hazırlanmalıdır. Kişinin infaz sürecinde durumu ve koşullarını sorgulatabileceği itiraz mekanizması yanında, her yıl en az bir kez olmak üzere tehlikelilik halinin ortadan kalktığına ilişkin tespit yaptırabilme olanağı da olmalıdır.

Bununla birlikte, Alman Ceza Kanunu'nun (Anayasa Mahkemesi'nin iptal kakarı öncesindeki haliyle) için verdiği biçimde özgürlüğü kısıtlayan güvenlik tedbirlerinin geçmişe etkili biçimde sürelerinin uzatılması veya

---

2 Bu örnekler ve failin işlediği suç ve tedbir sürecindeki olgu hikayeleri için bkz. www.zeit.de/2008/52/DOS-Schlangengrube.

hüküm ve/veya hükmün infazı sonrasında bu tedbirlere karar verilebilmesi, Anayasal güvenin korunması ilkesini ihlal etmektedir.

Alman Anayasası'nın 2/2. maddesinin 2. bendi ile 20/3. maddesinden türetilen bu ilke, Devlete, hukuk devletinin bireyin kendisine hukuk/mevzuat olarak güveninin bulunduğu hususların korunmasını emretmektedir.

AİHS bu güvenin korunmasını daha kuvvetli biçimde düzenleme altına almıştır ve bu hukuk devleti ilkesinin zorunlu bir gereğidir. AİHS'nin 7/1. maddesinin değerlendirilmesi, güvenlik tedbirleri açısından devletlere bu güveni koruma ödevini yüklemektedir. Kaldı ki, Anayasa Mahkemesi'nin haklı vurgusu uyarınca, bu değerlendirmede AİHS.nin 7/1. maddesi yanında 5/1, maddesinin 2, bendinin, alt e bendinin de dikkate alınması gerekir. Belirtilen kurumun uygulanabilmesi için, güvenilir biçimde ispatlanabilir ve sürekli bir ruh hastalığını şart koşmaktadır. Bu nedenlerle, bir kimse hakkında alınan kapalı bir kurumda muhafaza güvenlik tedbirinin ölçülülüğünden söz edebilmek için, ceza ile güvenlik tedbiri arasındaki farkın varlığı, yüksek düzeydeki tehlikelilik ve psikiyatrik hastalığın varlığı gereklidir. Bireyi tehlikesizce toplumuna geri kazandırmak ve toplumu tehlikelerden korumak meşru amacı karşısında, karar altına alınan tedbirlerin de meşru olması gerekir. Nitekim Anayasa mahkemesi, çok yüksek şiddet suçları ile cinsel suçlarda bu ölçülülüğün varolduğuna karar vermiştir.

III. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN BAKIŞ AÇISI

Konunun daha iyi anlaşılması için, değinmemiz gerekir ki, Alman Anayasa Mahkemesi esasen daha önce, 17. 12. 2009 tarihli[3] aynı konuya ilişkin bir kararda özgürlüğü kısıtlayıcı güvenlik önlemlerinin süresinin geriye etkili biçimde uzatılmasını değerlendirirken, Anayasa hükmünün değerlendirilmesinde AİHM'nin bu konuyla ilgili kararını devletler hukuku ilkesine uygun biçimde dikkate almıştı. Anayasa Mahkemesi bu kararında, AİHM'nin kararlarının şematik bir değerlendirmesinden ziyade, AİHM'nin kararlarının Federal Anayasa Mahkemesinin kendi değerlendirmelerine uygun olduğu ve metod açısından bunun mümkün olması ve değerlendirmelerin Anayasa'daki düzenlemelere uygun olduğu sürece dikkate alınacağına karar vermiştir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi bu kararıyla AİHM'nin kararlarının sorgulanıp değerlendirilmeksizin doğrudan doğruya iç hukuka aktarılıp uygulanmasını doğru bulmamakta, kendi yazılı ve içtihadi hukuk düzenleme ve uygulamasına uygunluğu konusunda bir değerlendirmeye tabi tutarak, yorumunda dikkate almaktadır.

---

3 BeckRS 2010, 01692.

Diğer yandan, Federal Anayasa Mahkemesi 05. 02. 2004 tarihli kararında, bir kimsenin infaz sonrasında kapalı kuruma kapatılmasına karar vermeye olanak veren düzenlemeyi anayasaya uygun bulmuştu. Hatta bu kararda, günümüz ceza hukukunda kabul edilemeyecek bir gerekçeyle, bu tür kapalı kurumda muhafaza gibi güvenlik tedbirleri açısından ceza hukukundaki geçmişe uygulama yasağının katı bir biçimde uygulanamayacağını, istisnalarının bulunabileceğine ve bu nedenle de bu tür bir uygulamanın geçmişe uygulama yasağını ihlal etmediğine karar vermişti.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 19. 05. 2010 tarihli kararında ise, AİHM'nin Alman mevzuatının konuyla ilgili hükümlerinin AİHS'nin özgürlük temel hakkına ilişkin hükmünü ihlal ettiği yönündeki 17. 12. 2009 tarihli kararına[4] rağmen 10 yıldan fazla süredir güvenlikli kurumlarda muhafaza edilen suç faillerinin hemen salıverilmeyeceklerini, ilgili esas mahkemesince bu kişilerin tahliyesi talebinin değerlendirilmesi suretiyle bir karar verileceğine hükmetmiştir. Esasen AİHM, 13. 01. 2011 tarihli kararında da, bu tür bir tedbire hapis cezası sonrası hükmedilebilmesini insan haklarına aykırı olarak değerlendirmişti. Alman Federal Anayasa Mahkemesi, AİHM'nin kararlarının kendiliğinden uygulanabilir normlar olmadığını ve bu kararı da değerlendirmek suretiyle, tahliye talebinde bulunan kimsenin talebinin esas mahkemesince değerlendirilmesi gerektiğini, bunun aksine bir uygulanın Anayasanın gereği olmadığına karar vermiştir. AİHM'nin belirtilen kararı uyarınca, yüksek mahkemenin hukuk devletinin ne kadar korunacağını, kötü fiilleri önleme için insanların nereye kadar haksızlıklara maruz bırakılabileceğini, haklı güvenlik ihtiyacı ile güvenlik histerisinin sınırlarının neresi olduğunu ve henüz bir suç işlemeyen her kesin bir hukuk devletinde kapalı bir kuruma kapatılabilip kapatılamayacağını açıklığa kavuşturması gerekir.

AİHM bu kararında kanunsuz suç olmaz ilkesine dayanmış, bu tür bir güvenlik önlemini bir ceza gibi görmüş ve bu tedbirle hapis cezası arasında bir fark olmadığını ve fakat bir fark yaratmak gerektiğinin altını çizmiştir. Mevcut haliyle insan haklarına aykırı bulunan bu tedbire ilişkin düzenleme, AİHS'nin 5/1. paragrafına aykırı bulunmuştur. AİHM'nin 5. Dairesi bu kararında[5], Alman hukukuna göre ceza sonrası güvenlik kurumunda muhafazaya hükmedilmesi tedbirinin hiçbir şekilde ve istisnasız olarak AİHM'nin 5/1. maddesiyle bağdaşmadığını belirtmiştir. AİHS.nun 5/1. maddesine aykırılık kararına karşılık, AİHM bu tedbirin, ilke olarak AİHS'nin gayriinsani mumaele ve cezalandırma yasağına ilişkin 3. maddesine aykırı olmadığını belirtmiştir. Buna karşılık bu tedbir uygulamasının, AİHS'nin 5/1. maddesi

---

4 "*Reinhardt M. aginst Germany*"., 19359/04 (BeckRS 2010, 01692).

5 Bkz. EMRG., Nr. 6587/04 (5. Kamer) – Urteil vom 13 Januar 2011 (Haidn v. Deutschland (HRRS 2011, Nr: 277).

yanında, ayrıca AİHS'nin 7/1. maddesine de aykırı olduğuna karar vermiştir[6].

IV. DEĞERLENDİRME

Federal Alman Anayasa Mahkemesi, 04. 05. 2011 tarihli kararında, güvenlik tedbirleri ile cezalar arasındaki en önemli farklılığın, güvenlik tedbirlerinin önleyici niteliği olduğu ve bu niteliğin bu tedbirlerle cezalar arasında cezanın infazı sürecinde özgürlüğü kısıtlama açısından farklı olmasını gerektirdiğini, kanunkoyucu bu farklılığı gözeterek kanuni düzenlemelere yansıtmamışsa, hükümlünün özgürlüğünün kısıtlanmasının hukuka uygun olamayacağına karar vermiştir. Ayrıca bu tek belirleyici bir hukuk da olmayıp, hakkında güvenlik tedbiri uygulanan kişinin tehlikeliliğinin (*Temibilita*) ortadan kaldırılması için, bunun gerekli oluşuna ve ölçülülüğüne de dikkat edilmelidir. Özgürlüğü bir güvenlik tedbiri dolayısıyla da kısıtlanmış olsa, Anayasa mahkemesinin haklı vurgusuna göre, bireyin özgürlüğünü belirli bir süre sonra tekrar kazanacağı beklentisinin güvence altına alınması gerekmektedir.

Alman ceza hukuku öğretisi ve medyasında "*Schröder"in Salıvermeyi Önleme Kanunu*"[7] veya "*hapis sonrası hapis*" diye adlandırılan bu uygulama, Alman hukukuna 90'lı yıllarda girmiş ve ölüm cezasına yedek bir tedbir olarak, failin toplumsal tehlikelilik hali geçinceye kadar failin demir parmaklıklar arkasında tutulmasını sağlamıştır. Cinsel nitelikli adam öldürme suçunun bir çocuk üzerinde gerçekleştirilmesi nedeniyle o zamanki başbakan Schröder'in bu tür kişileri sürekli biçimde kapalı kapılar ardında tutmak yönündeki fikrinden hareketle getirilen bu düzenleme, ilk başlarda çok yaygın uygulanmamıştır. Bu düzenlemeye göre, bir kimsenin tehlikelilik halinden kuşkulanıldığında kendisi bu tedbirle bir kuruma kapatılmaktadır[8]. Öğretide, şüpheli veya sanıklar için geçerli olan şüpheden sanık yararlanır (*in dubio pro reo*) ilkesinin bu düzenleme nedeniyle ileride şüphe halinde güvenlikli bir yere kapatma (*in dubio contra*) şekline dönüştüğü eleştirisi getirilmiştir. Bu tedbirin ceza hukuku açısından sakıncalı olduğu, kusur ilkesi ile bağdaşmadığı, sınırları belli olmayan cezaya dönüştüğü ve yaptırımların artık kusura dayalı değil kişinin potansiyel tehlikeliliğine göre belirlendiği tehlikesine işaret edilmektedir[9].

---

6 EMRG 17. 12. 2009., M. gegen Deutschland (Başvuru numarası 19359/04).

7 Süddeutsche Zeitung., 21. 10. 2003.

8 Bu tedbirin kabul ve uygulamasının AİHM, Alman Federal Anayasa Mahkemesi ve Alman Federal Yüksek Mahkemesi içtihatları karşısında değerlendirilmesi için ayrıca bkz. **PÖSL** Michael. Die Sicherungs verwahrung im Fokus von BVerfG, EMRG und BGH., ZJS 2001, sy: 2, sh: 132-146.

9 www.sueddeutsche.de (21. 10. 2003, saat: 16.46).

Bu ve buna benzer tedbirlerin ceza hukukunda güvenlik tedbiri ile cezanın birbirinden amaç, koşul ve nitelik açısından farklı olduğu, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin arkasına dolanılmasının meşru olmayacağı, geçmişe uygulama yasağının güvenlik tedbirlerini de ilgilendirdiği, bir kurumun adına ne denirse densin kanunla düzenlenirse dahi üst sınırı olmayan süreyle ve/veya hatta sonradan süre uzatılarak ya da karar verilerek uygulanmasının cezadan daha ağır sonuçlara yol açabileceği, kanunun hukuk anlamına gelmediği ve her zaman meşruluk için yeterli olmayıp bazen haksızlıkların temel dayanağı olabileceği, Türk hukukunu da etkileyen ve Alman hukukunun önemli niteliklerinden olan iki izlilik ilkesinin dahi bu tür bir tedbirle çeliştiği, Alman Anayasası'nın 103/2'deki "ceza" kavramıyla güvenlik tedbirinin koşul, etki ve sonuç olarak aynı olamayacağı, güvenlik tedbirlerinde failin kusurunun hiçbir şekilde dikkate alınmamasının doğru olmadığı, kusurdan ziyade toplumsal tehlikelilik kavramının etkin olmasının bu tedbirin devletin elinde bir insanın yaşamı boyunca veya çok uzun sürelerle kişiye karşı kullanabileceği bir silah haline getirilmesinin hukukla bir ilgisinin bulunmadığı, ceza ve güvenlik tedbirleriyle ilgili olarak AİHM içtihatlarının koşul ve nitelik belirlemelerinin göz ardı edilemeyeceği, güvenlik kaygılarının her zaman bu kaygıları gidermeye yönelik tedbirleri, süresini, türlerini ve uygulanışını haklı kılmayacağı, AİHM kararlarının doğrudan uyulan normlar gibi ele alınamayacağı görüşü bu konudaki tartışmalarda hukuken en az diğer görüşler gibi savunulabilir bir görüş olmakla birlikte, hiç dikkate alınamayabileceği veya asıl geçerli olanın milli mahkemelerin bu içtihatlar karşısındaki tutumu olduğu görüşünün de yanıltıcı ve ister yerel isterse yüksek mahkemelerin AİHM içtihatlarını sorgulayarak hiç dikkate almamak gibi sakıncalı bir eğilimi körükleyebileceği ve nihayetinde sırf bir suç işledi diye, bu suçun o kişinin ileride de suç işleyeceğine bir emare olarak kabul edilerek toplumsal tehlikeliliği gidereceğiz iddiasıyla sınırsız veya orantısız süreli bir tedbir uygulamasının çoğu ceza tür ve süresinden daha ağır ve ölçüsüz-haksız olacağı hususları tartışmasızdır. Ne ceza ve güvenlik tedbirinde bir etiket/isim değişikliği bu tedbirlerin gerçek anlam, amaç ve işlevlerine dayalı meşruluğunu sağlamaya yeterlidir ne de bir Anayasa veya Kanun düzenlemesinin sırf parlamento tarafından yapılması o düzenlemeyi meşru, hukuka uygun kılabilmektedir. Bilimsel her konu demokrasi veya halkın iradesiyle açıklanamaz, değiştirilemez veya değiştirilse dahi bunun hukuksal olduğu savı haklı olamaz. Yabancı ülkelerde düzenlenmiş ve hatta uygulanıyor olması da, tarihin geçmiş karanlıklarında uygulanmış ve fakat hukukun gelişmesiyle terk edilen bu sakıncalı kurum veya uygulamaları, sırf düzenleyen kanunun tarihinin yeni olması nedeniyle çağdaş ve hukuka uygun kılmaz. Karşılaştırmalı hukuk verilerinden yararlanmak gerekli ve kaçınılamaz olmakla birlikte, kötü örnekler kötü biçimde iç hukuka aktarılmamalıdır. Her ne kadar yüksek mahkemeler ve ulusalüstü yargı organları bu örnekte olduğu gibi bu haksızlıkları tespit ederek önleme etkisi gösteriyor

ise de, aradan geçen onca yıl bireylere yapılan haksızlığın, çok sonraları fark edilmesi veya milli kanunkoyucularca çok sonraları itiraf edilmesi, bu tutumun yeterli olmadığını, çok geç kalındığını, tek çareyi kanunu kutsallaştıran yargı organlarının kararlarında aramamak, yüzyıllardır gelişip değişen hukuk veri ve kültürü ile hukuku sistem bekçiliği yapacak şekilde siyasallaştırmayan hukukçuların cılız da çıksa seslerinden yararlanılması gerektiğini göstermektedir. Bu tür kurumların haksızlığı, Alman pozitif düzenlemesi ve uygulamasında olduğu gibi, işlevi veya zararları doğduktan ve belli bedeller ödendikten sonra nesil kaybederek öğrenilmemelidir. Bazen en modern diye alıntı yaptığımız bir hukuk sistemi, kendi içindeki yüksek hukuk kültürünün başka bir mekanizması aracılığıyla sorgusuz yüceltişimiz ve sloganlarla ayakta tutmaya çalıştığımız kumdan kaleleri yerle bir edebilmektedir; bu kaçınılmazdır ve fakat kaçırılan kazanımlar ve harcanan zaman itibariyle toplumsal bedeli ağır geç uyanılan bir uyku gibidir. Bugün Alman hukukçularının, kendi pozitif normlarını yüceltmeden gelişmiş hukuk sistemlerine ait ve hatta Türkiye gibi orijinal görüş az üretilen hukuk sistemlerinden bilimsel görüşleri kendi dillerine aktararak yararlanmaya yönelik yükselen çağırıları[10] dahi, ezberletilmeye çalışılan derslerin içerik yanlışlığına işaret etmektedir.

Kanunkoyucuyu veya oyçokluğunu kutsallaştırarak ve özellikle de farklı kişi veya kurumların güvenliğini önce çıkararak ceza hukukunu bu korkuların bekçisi haline getirmek, yabancı birçok Avrupa ülkesinde de son yıllarda sıklıkla görülen bir eğilimdir. Bu eğilim yalnızca teorik açıdan yaygınlaşan ve fakat az da olsa mevzuatı etkileyen düşman ceza hukuku akımından ibaret değildir. Başka ülke bilim insanlarının örnek aldığı anayasasına karşın, ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukuku alanında da gerçekten örnek ülkelerde, örneğin Almanya'da da bu tür haksızlık örneklerine rastlanabilmektedir.

Nitekim Federal Alman Anayasa Mahkemesi 04. 05. 2011 tarihli kararıyla, Alman Ceza Kanunu'nun güvenlikli gözetim altına almaya ilişkin hükümlerinin, adı güvenlik önlemi dahi olsa cezalarla arasında bir fark kalmadığı ve özgürlük temel hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle iptal ederek, halen bu güvenlik tedbiri nedeniyle infaz kurumlarında veya infaz dolayısıyla infaz sürecinde başka kurumlarda özgürlükleri kısıtlanan kişilerin derhal serbest bırakılmasını sağladı. Cezanın infazı sonrası dahi karar verilen, daha açık bir ifadeyle süresi uzatılabilen bu güvenlik tedbirlerinin, ceza ve güvenlik tedbirlerinin farklı olması gerekliliği ilkesi ve kişi özgürlüğü temel ilkesi yanında (devlete ve kanunlara/hukuka olan) güvenin korunması ilkesine de

---

10 **HILGENDORF**, Eric. Einführung. Einführung., Fünf Jahre türkischen Strafgesetzbuch., Das Strafrecht im deutsch-türkischen Rechtsvergleich., Band: IV, (Hrsg. Eric Hilgendorf-Yener Ünver)., İstanbul 2011.

aykırı olduğu gerekçesine dayandı. Bu karar nedeniyle aşağıda değinilecek iki farklı statüdeki mahkumlar dışında bu önleme tabi herkes salıverildi ve Alman Federal kanunkoyucusu 2013 yılı Haziran ayı başına kadar (bir yıl içinde) bu konuyu yeniden ve hukuka uygun düzenlemek zorunda kaldı. Bu salıvermelerde istisna tutulan hükümlülerin, yeni yapılacak düzenlemelerden yararlanacağı kuşkusuz olmakla birlikte, toplumsal tehlike potansiyellikleri nedeniyle, şimdilik salıverilmemesi kararlaştırıldı. Bunlar, çok yüksek derecede şiddet suçu işleyenler ile cinsel suç işleyen psikiyatri hastası hükümlülerdir. İnfaz görevlileri bu karar üzerine, bu iki istisnaya dikkat ederek 2011 yılına kadar tüm hükümlülükleri incelemek ve bu istisnalar dışında kalan kişileri 2011 yılı sonuna kadar salıvermek zorundadırlar ki, bunları çok büyük bir çoğunluğu kararın verildiği Mayıs ayından şimdiye kadar salıverildiler. Kuşkusuz bu uygulamada, yeni kanunun yapılacağı tarihe kadarki süreçte, halen uygulanan güvenlik önlemlerinin ölçülülük ilkesi açıdan da denetlenmeleri gerekir.

Türk Ceza Muhakemesi Hukukuna Hakim İlkeler: İtham Sistemi mi, Tahkik Sistemi mi?

*Duygun YARSUVAT**

Ceza Muhakemesi Hukuku ve Demokrasi:

1. Ceza Muhakeme Hukuku gerçekte içerdiği normlar açısından bir ülkenin siyasi sisteminin liberal ya da otoriter olduğu konusunda bir hüküm verebilir. Yargı gücünün bağımsız ve tarafsız olarak işleyebilmesi ancak Ceza Muhakemesi Kanunları'nda yer alan ilkeler ile şekillenir. Çağımızda liberal demokratik toplumlarda Ceza Muhakemesi Kanunları'nı yapanlar, insan haklarına saygılı hükümleri kanuna ithal etmişlerdir. Liberal eğilimli ceza hukuku sistemlerinde, olağanüstü yargı makamları uygulama alanı bulunmaz. Ceza Muhakemesinde, masumiyet karinesi, savunma hakkı, silahların eşitliği prensibi, karşılıklılık makul sürede yargılanma gibi Avrupa İnsan Hakları sözleşmesinin 6. maddesinde yer alan adil yargılanma ilkelerini esas alınmıştır.

Hegel'in diyalektik düşüncesi muhakeme hukukunda yerleşmiş ve muhakeme hukukunu karşılıklı hale getirmiştir. Bu düşünce, muhakeme hukukunda tez ve anti tez sentez olarak ortaya çıkar, taraflar serbestçe delil sunabilir ve tüm delillere serbestçe ulaşabilmek imkanına da sahiptirler. Kuşkusuz bu bildiğimiz silahların eşitliği ilkesidir.

Ceza Muhakemesi Hukukunun tarihi gelişimi içinde, itham sistemi, uygulanan ilk sistem olarak kendini gösterir. Daha sonra bu sistem yerini tahkik sistemine bırakmıştır. Tahkik sistemi ise karanlık ortaçağın bir mahsulüdür. Bilindiği gibi yazılı ve gizlilik asıldır. Sanık objedir, mutlaka cezalandırılması gerekir. Delil elde etmek için işkence yapılması yasaldır. Fransız İhtilaliyle bu sistemden vazgeçilmiş, karma sisteme geçilmiştir. Hukuka bağlı devlet anlayışı itham ve tahkik sistemini karıştırarak, karma bir sistem ortaya koymuştur. Bilindiği gibi dava ancak bir itham ile başlayabilir. Bu

---

* Prof. Dr., Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

ithamı yapan Devlet'in bir organıdır. İtham eden ile hüküm verecek olan kişiler aynı şahıs olamaz; Kamu davası iki aşamada tamamlanır. Bu iki aşamada birbirine zıt iki sistem yer almaktadır. Soruşturma evresi tahkik usullerine göre yapılır. Başka bir ifadeyle yazılı ve gizlidir. İkinci aşama ise, hüküm safhasıdır. Bu safha itham usulüne uygun cereyan eder. Yüze karşı sözlülük, açıklık esastır.

Vicdani delil, hüküm verilirken esas alınır. Tarafların getirdiği delillere bağlı kalmak veya kalmamak ise bu sistemin itham sisteminden ayrılıp ayrılmadığını sonuçlar.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda 2011 yılında yapılan değişiklik:

2. Mülga Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu'na baktığımızda, karma sistemi benimsediğini görmekteyiz. Yeni Ceza Muhakemesi kanunu da 1928 yılından beri uygulanan sisteme yabancı olmayan bir düşünce ile yapıldığı görülmektedir. Ancak yapılan değişikliklerle, ileri demokrasiye geçildiği söylendiği halde, demokratik olmayan bir 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ortaya çıkmış, böylece Türk hukukunda liberal ceza hukukunun dışına taşıyabilecek hükümlere yer verilmiştir.

Kanunun sistemini baştan aşağı değiştiren bir Kanun, Türk hukuk camiasında tartışılmadan aniden kamuoyunda yayınlanmıştır. 31 Mart 2011 tarihinde kabul edilen ve 14 Nisan 2011 tarih ve 27905 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan yeni moda tabiriyle Torba Kanun'da "*Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*"'un ortaya çıkması Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer alan sistemin daha karmaşık bir hale geldiği saptanabilmektedir.

Söz konusu Kanun'un 20'inci maddesi, "*5320 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'a aşağıdaki geçici maddeler eklenmiştir*" demek suretiyle, söz konusu Kanun'da derinlemesine değişiklik yapmıştır. Ceza Muhakemesini esaslı bir şekilde değiştiren bu Kanunun Ratio Legis'i, Ceza Muhakemesini hızlandırmak olduğu başlığından anlaşılmaktadır. Söz konusu Kanunda Geçici 3. madde ve Geçici 4. madde önem taşımaktadır. Bu maddelerde aynen şöyle demektedir:

Geçici Madde 3 - (1) 1/1/2004 tarihinde kadar, asliye ceza mahkemelerinde yapılan duruşmalarda Cumhuriyet savcısı bulunmaz ve katılma hususunda Cumhuriyet savcısının görüşü alınmaz. Ancak, verilen hükümler ile tutuklamaya veya salıverilmeye ilişkin kararlara karşı Cumhuriyet savcısının kanun yoluna başvurabilmesi amacıyla dosya Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir.

Geçici Madde 4 – (1) Bölge adliye mahkemelerinin, 26/9/2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun geçici 2 nci maddesi uyarınca Resmi Gazete'de ilan edilecek göreve başlama tarihinden altı ay sonra başlamak üzere üç yıl süreyle yapılacak kanun yolu incelemelerinde, bölge adliye mahkemelerinde ve Yargıtay'da tebliğname düzenlenmesine ilişkin hükümler uygulanmaz.

Değişikliğe Karşı İleri Sürülen Eleştiriler:

3. Bu maddeleri eleştirdiğimiz zaman, ilk eleştiri süre açısından yapılabilir. Kanun garip bir şekilde Asliye Ceza Mahkemeleri'ndeki duruşmalarda Cumhuriyet Savcısı'nın bulunmaması halinin 01.01.2014 tarihine kadar geçerli olduğunu belirtmiştir. Zihinlerde bazı sorular yer almaktadır; Acaba sadece bu süre içinde Cumhuriyet Savcıları yargı hizmetlerini yavaşlattığı, bundan sonra hızlandıracağı mı düşünülmüştür? yoksa geçici bir süre deneyelim sonucuna göre karar veririz mi? denmiştir.

Bu düşünceler tabii ki, kabul edilemez. Ceza Muhakemesi Kanunu temel bir kanundur. Bir "code"un üzerinde keyfi, geçici oynamalar yapılamaz, temel bir yasanın el yordamıyla devamlı olup olmamasına da karar verilemez.

Bir diğer açıdan olaya baktığımızda, Cumhuriyet Savcısı'nın görevi İddianame'nin hazırlanması ve bu İddianamenin Mahkemece kabul edilmesinden sonra bitmektedir. Özellikle bu suçlar için kanunda karşılığında öngörülen cezalarda göz önüne alındığında, kanun yolu olarak istinaf olduğu anlaşılmakta ve istinafta da savcılık makamının rolü çok kısıtlı olmaktadır. Şöyle ki, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 280'inci maddesine göre, savcının taraf işlevi bitmekte, kovuşturma evresinde rolü, hemen, hemen, kalmamaktadır. Bölge Adliye Mahkemesi yalnızca dosya üzerinden inceleme yaparak hükme varabilmektedir.

Yine Geçici 4. maddede, istinaf mahkemelerinin resmi gazetede ilan edilerek göreve başlama tarihinden 6 ay sonra başlamak üzere, 3 yıl süreyle yapılacak kanun yolu (istinaf) incelemelerine bölge adliye mahkemelerinde veya Yargıtay'da tebliğname düzenlenmesine ilişkin hükümlerin uygulanamayacağı öngörülmüştür. Buradan da hareket ile, Bölge Adliye Mahkemesi'ne dosya intikal ettikten sonra, Savcılık makamı 278 ve 280'inci maddede öngörülen tebliğname tanzim etmesi ve ilgililere tebliği, başka bir ifadeyle işe el koyması mümkün değildir. Halbuki, hatırlanacağı üzere, CMK'da 297/3'üncü maddede AIHM kararları ışığı altında temyiz savcılığının tebliğnamesinin ilgililere tebliği de öngörülmüştü.

Bu Geçici maddelerdeki hükümlere baktığımızda, ceza muhakemesi sisteminin değiştirildiği, kanunda yer alan birçok prensibin dolayısıyla ilkesel

normun ortadan kaldırıldığı ya da uygulamalarının kısıtlandığı, en kötüsü ise Ceza Muhakemesi Hukuku'nda yer alan karşılıklılık ilkesinin, diyalektik yöntemin sona erdirildiğini görmekteyiz.

3 yıllık bir süre için olsa dahi, adil yargılanma hakkının adeta ortadan kaldırıldığı anlaşılmaktadır. Böylece, Ceza Muhakemesinde tez ortadan kaldırılmakta, sadece yargılama makamı ile savunma karşı karşıya bırakılmaktadır. Bu da kuşkusuz bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılamanın yapılıp yapılamayacağı sorusunu da gündeme getirmektedir.

Türk Ceza Kanunu'na baktığımızda, tespit edebildiğimiz 114 adet suç tanımında, Asliye Ceza mahkemelerinin yetkili ve görevli olduğu görülmektedir. Bu nedenle, 114 adet suç teşkil eden eylemin yargılanması tez olmadan yapılabilecektir. Bu sayıya Sulh Ceza Mahkemelerinde görülen fiilleri de katarsak, 205 rakamına ulaşılmaktadır.

Savcıların Kovuşturmaya Katılmaması Konusunda AİHM Kararları:

4. Bu konuda meseleye adil yargılanma ve kişi özgürlüğü açısından baktığımızda, ilk başvurulacak kaynak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarıdır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, karşılıklı olmayan davalarla ilgili olarak, 1992 yılında başlayan Case of Thorgeir Thorgeirson v. Iceland (Application no. 13778/88, 23 June 1992) case of Ozerov v. Russia (Application no. 64962/01, 18 May 2010) ve Case of Krivoshapkin v. Russia (Application no. 42224/02, 27 January 2011) içtihatlarını görmekteyiz.

Krivoshapkin davasında, Strasbourg Mahkemesi olayı incelerken, geçmiş kararlarını da ele alarak bir sonuca varmıştır. Strasbourg Mahkemesi'ne göre, demokratik bir toplumda mahkemelerin kamuoyu nezdinde itimat uyandırması temel öneme sahiptir. Özellikle ceza yargılaması ile ilgili konularda bu önem daha çok artar. Bu nedenledir ki, sözleşmenin 6'ıncı maddesi, Mahkemelerin bağımsız ve tarafsız olduğunun açık bir şekilde ortaya çıkarılmasını öngörür.

Tarafsızlık, mahkemenin yerleşik içtihatlarına göre iki biçimde ortaya çıkar. Subjektif ve objektif olarak. Subjektif tarafsızlık, mahkemenin bir üyesinin ya da hakiminin taraflardan birisinin yanında olması veya önyargılı olması halinde ortaya çıkar. Objektif tarafsızlık ise, mahkemenin objektif olarak hiçbir şüpheye mahal vermeyecek şekilde tarafların yanında olmaması ve özellikle savcının yerine geçerek yargı işlemleri yapmamasına dayanmaktadır.

Strasbourg Mahkemesi, **Ozerov Rusya**'ya karşı davasında, hakimlik ve savcılık fonksiyonlarının karışması sonucunda, objektif olarak Mahkemenin tarafsızlığının yitirildiği ve sözleşmenin 6'ıncı maddesinin 1'inci paragrafının ve 5'inci maddenin 3'üncü paragrafının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Aynı şekilde, **Daktaras Litvanya**, (no. 42095/98, §35-38), 5'inci madde ihlali açısından **Birincat İtalya**'ya karşı (26 Kasım 1992, Series A no. 249-A, pp. 11-12, §20-22); **Huber İsviçre**'ye karşı, (23 Ekim 1990, PP. 17-18), **Kyprianou Kıbrıs**'a karşı no. (73797/01, §127, ECHR 2005-XIII) aynı sonuca 5'inci maddenin ihlali sonucuna varmıştır.

Ozerov davasında Strasbourg Mahkemesi Savcının tüm dava süresince mahkemede hazır bulunmamasını, 6'ıncı maddenin ihlali olarak görmüştür. Bu olayda yargılamayı yapan Moskova Mahkemesi'nin kovuşturma süresince delillerin değiştiği, yeni deliller elde ederek bunun üzerine mahkumiyet hükmü verdiği eleştirilmiştir. Mahkemenin resen elde etmiş olduğu bu delillerin, savcılık makamı tarafından sunulan delillerin dışında olduğu ve o delillerin kararda yer almadığına temas ederek savcı ve hakim rollerinin karıştırılmış olduğunu belirtmiştir.

Krivoshapkin Rusya'ya karşı davasında da, savcı kovuşturma süresince duruşmaya katılmamış, sanık ve müdafii buna sözlü olarak itiraz etmiş olmalarına rağmen, mahkeme yargılamaya devam etmiş ve hükme varmıştır. Bu davada Moskova mahkemesi, savcılık tarafından iddianame ile beraber sunulan tanıkları ve sanığın ifadesini almış, sanık tarafının gösterdiği tanıkların dinlenmesini reddetmiştir. Bunu gözönüne alan Strasbourg Mahkemesi, ceza muhakemesinde karşılıklılık ilkesinin gerçekleşmediğini kabul ederek, hakimlik ile savcılık görevlerinin karıştığını ve sadece savcının delillerini değerlendirerek, sanığın suçluluğuna karar verdiğine işaret ederek, 6'ıncı maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Bu kararda, Strasbourg mahkemesi, sanığın istinaf yoluna başvurduğunda, yine davanın savcının yokluğunda yapılmış olduğunu da tespit etmiş, ancak bu istinaf başvurusu karar tarihinde henüz sonuçlanmadığı için bir karara varılmamıştır.

Strasbourg Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararlarda temel unsur, mahkemenin objektif olarak tarafsız davranıp davranmadığının tespitidir. Her ne kadar Rus hükümeti bu davalara vermiş olduğu cevaplarda, Rusya'da yürürlükte olan Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre, Savcının duruşmada bulunması zorunlu olmadığını ileri sürmüş ise de, Strasbourg Mahkemesi bu savı da kabul etmemiş, hakimin yapmış olduğu işlemlerin savcı işlemlerinin yerine geçip geçmediğinin tespiti yoluna gitmiştir.

Özorol kararında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Rus Anayasa Mahkemesi'nin Ceza Muhakeme Usulü Kanunu'ndaki Anayasaya aykırı bir-

çok hükmünün Anayasa'ya aykırılıkları dolayısıyla iptaline karar vermesini de göz önüne almıştır. 20 Nisan 1999 tarihli Rus Anayasa Mahkemesi bu kararında aynı zamanda "ceza yargılamasının karşılıklılık prensibi üzerine kurulduğu, tarafların eşit olduğu, her şeyden önce adli fonksiyon ile savcılık fonksiyonunun kesin olarak ayrı olması gerektiği ve değişik aktörler tarafından fonksiyonların icra edilmesi gerektiği" konusunda karar vermiş ve Rus Anayasası'nın 123'üncü maddesinin 3'üncü paragrafına aykırılığından iptal etmiştir. Aynı kararda Anayasa'nın 120'inci maddesinin 1'inci paragrafında öngörülen mahkemenin tarafsızlığının da ihlal edildiği sonucuna varmıştır. 20 Nisan 1999 tarihinde verilmiş olan bu karar, 3 Şubat 2000 tarihinde yürürlük kazanmıştır.

Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki Durum; Hakimin Re'sen Delil Toplayamayacağı:

5. Türk Hukuk Sistemi açısından meseleye baktığımızda, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "Delilerin Ortaya Konulması ve Tartışılması" başlığını taşıyan bölümde, 206'ıncı maddede, kovuşturma evresinde delillerin toplanması düzenlenmiştir. Bu maddenin 1412 sayılı Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu'ndaki karşılığı olan, "Delillerin İkamesi ve Bu Babdaki Talep ve Kararlar" başlıklı 237'inci maddesinin son fıkrasında ise, "*Mahkeme vuku bulan talep üzerine veya kendiliğinden tanık ve bilirkişi celbini ve başkaca sübut sebeplerini ihzar ve iradını emredebilir*." Hükmü yer almakta idi.

Yeni Kanun'un 206'ıncı maddesinde ise bu hüküm değiştirilmiş "kendiliğinden" ibaresine yer verilmemiştir. Bu açıklık karşısında, mahkemenin resen, kendiliğinden delil toplama yetkisinin olmadığını söyleyebiliriz. Mahkeme, sadece tarafların talebi üzerine tanık ve bilirkişi ve başkaca ispat delillerini toplayabilir. Bu konuda, ceza muhakemesinin amacı "gerçeğe" ulaşmaktır, dolayısıyla kanunda yer almasa dahi, gerçeğe ulaşmak için hakim ya da Mahkeme delil araştırması yapabilir şeklinde bir karşı görüş ileri sürülebilir.

Bize göre bu görüş, adil yargılanma ilkesini kabul etmiş bir hukuk sisteminde asla kabul edilemez. Bu görüşün yerinde olduğu bir an için kabul edilirse, işkence yapılarak, yasak usullerle sorgu yapılarak "ikrar" elde etmenin de geçerli olduğu sonucuna varılır ki, bu yoldaki düşünceler Liberal demokratik bir sistemi kabul etmiş toplumlarda geçerli olamaz.

CMK 206/3'üncü maddesindeki "Savcı ile sanık veya müdafii birlikte rıza gösterirlerse, tanığın dinlenmesinde veya başka bir delilin ortaya konulmasından vazgeçebilir" hükmü, Asliye Ceza Mahkemelerinde yapılan yargılamada geçerliliğini yitirmiştir. Kaldı ki, bu hükmün uygulanması bakımından Mahkemenin hiçbir fonksiyonu, takdir yetkisi dahi Kanunda öngörülme-

miştir. Bu değişiklikten sonra sanığın rızasına bağlı olarak bir tanığın dinlenmesi ya da delilin ortaya konulması söz konusu olabilecektir.

Yapılan değişiklik ile, kovuşturma evresinde, cumhuriyet savcısının davaya katılmayacağı da gözönüne alındığında, savcılık tarafından hiçbir delil istemi yapılamayacaktır. Savcılık makamının, iddianame ve iddianameye esas teşkil eden delilleri mahkemeye sunması ve iddianame ve eklerinin mahkemece kabul edilmesinden sonra duruşma sırasında hiçbir görevi ve talebi kalmamaktadır. Bu sebeple, Savcılık makamınca, İddianamenin hazırlanması, Mahkemece İddianamenin iadesi veya kabulü önemi bir hale gelmektedir.

6217 sayılı Kanun'un 26'ıncı maddesinde yer alan Ek 3'üncü maddesinde, savcıların yalnızca Asliye Ceza Mahkemeleri'nden verilen hüküm, tutuklama ya da tutuklamaya son vermeye ilişkin kararlarına karşı kanun yoluna başvurabilme imkanı tanımış bulunmaktadır.

Bu hükümler ışığı altında, Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki sistem değiştirilmiş, tahkik sistemine son verilmiş ve itham sistemine dönülmüş, ancak karşılıklılık kaldırılmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ilke kararlarına göre, delillerin açık duruşmada sanığın huzurunda tartışılması, incelenmesi ve karşılıklı olarak tartışılması gerekir ki buradaki karşılıklılık kaldırılmıştır. Bu davranış Hakimin, savcının fonksiyonlarını üstlenmediği sürece Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ıncı maddesinin 1'inci ve 3'üncü (d) paragrafına uygun bir gelişmedir. Bu maddeler sanığa adil ve eşit olarak şahitlerin ifadelerinin irdelenmesi ve kendi görüşlerini açıklama hakkını vermektedir. (Bkz. Van Mechelen and Others v. The Netherlands, P51, Lüdi v. Switzerland, 15 June 1992, §49, Series A no. 238)

Kanunlarda bazı istisnaların bulunması, sanığın savunma hakkını ihlal etmediği sürece geçerli olabilmektedir. Önemli olan sanığa, kendisi hakkında, kendi aleyhine veya lehine verilmiş olan ifadelere ve delillere ulaşabilmek ve bunları tartışabilmek imkanının tanınmış olmasıdır. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 217'inci maddesi, "*Hakim, kararını, ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir*" şeklinde temel ilkeyi tespit etmiştir.

Aynı Kanunun 201'inci maddesi, doğrudan soru yöneltme hakkını tanımıştır. Kanun'un bu maddeyle ilgili gerekçesinde, Türk Hukuku'nda bunun bir yenilik olduğu söylenmiş ve çapraz sorgu sisteminin Türk Hukuk Sistemine de getirildiği belirtilmiş olmakla birlikte, yapılan son değişiklikle Cumhuriyet Savcısının duruşmaya katılmasının önlenmesi sonucu, silahların eşitliği prensibine aykırı hareket edilerek, çapraz sorgu tek taraflı hale getirilmiştir. Bu maddeye göre, hakimin tanıklara soru sorma imkanı da

hukuken kalmamaktadır. Hakim sadece 192'inci maddede belirtildiği gibi "*sanığı sorguya çekmekle*" yetkisi sınırlandırılmıştır. Bu ifadenin de yanlış olduğunu, sanığın sorguya çekilmesinin tahkik sisteminin bir kalıntısı olduğunu, "sanığın ifadesinin tespiti" şekline dönüştürülmesi gerekir.

Uluslararası Hukukta Yer Alan Belgeler:

6. Bugünkü Türk Hukuk Sistemi'nde Savcılık ile hakimlik makamları birbiriyle içiçedir. Bunun adil yargılanma hakkını ağır bir şekilde yaraladığı açıktır. Nitekim, Avrupa Konseyi (2000)19 sayılı rekomandasyonda -bu rekomandasyon Bakanlar Komitesi tarafından 6 Ekim 2000 tarihinde ve 724'üncü oturumda kabul edilmiştir- Avrupa Ceza sistemi içinde savcıların ithamlarını göstermek, delilleri sunmak veya vazgeçmek, bu delilleri de mahkemeler nezdinde ileri sürmek, kanun yoluna başvurmak yetkilerinden oluşmaktadır.

Bu rekomandasyonun da "devletlerin, savcıların hukuki statülerini, görev ve yetkilerini, yargılamada oynayacağı rolleri bir kanun ile göstermeleri ve mahkeme hakimlerinin tarafsızlığı ve bağımsızlığı hususunda hiçbir şüpheye mahal vermeyecek şekilde ortaya koyması, ayrıca ve özellikle Devletin bir kişinin aynı zamanda savcı görev ve yetkilerini kullanması ve aynı zamanda mahkeme hakimi olmasının da önlenmesi gerektiğinin altı çizilerek ifade edilmiştir.

Birleşmiş Milletlerce, 1990 yılında savcının rollerini düzenleyen önergede, savcı ve adli yargı fonksiyonu gören kişilerin çalıştığı yerlerin dahi kesin bir şekilde ayrı olması öngörülmüştür. (*Havana, Küba, 27 Ağustos – 7 Eylül 1990, Mahkumların Tretmanı ve Suçun Önlenmesine Dair 8'inci Birleşmiş Milletler Kongresi*.)

Ülkemiz de bu Avrupa Konseyi rekomandasyonuna bakan düzeyinde katılmış ve Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ni de imzalamış bulunmaktadır.

Türkiye'deki Hakim ve Savcı Ayrılığı:

7. Uluslar arası hukukta yer alan bu görüş, savcı ve hakim fonksiyonlarının birbirinden tamamen ayrılmasını öngörmektedir. 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu, bu iki ayrı mesleği bir olarak nitelendirmiş, bunlarla ilgili bu iki meslek için yetişen kişileri aynı usullerle yetişmesi, aynı sınava tabi tutması sonucu mesleğin başlangıcında iki ayrı fonksiyon gören, iki ayrı meslek olduğunu bir yana bırakmıştır. Hakim ve Savcıları Adalet Bakanlığı'na bağlı kişiler olarak görev görmelerini sağlayacak hükümlere yer vermiştir. Anılan Kanunun 34'üncü maddesi bu görüşümüzü kuvvetlendirmiştir. "*Adli yargıda görevli hakim ve Cumhuriyet savcılarıyla hakim ve Cumhuriyet sav-*

cısı olup da Adalet Bakanlığı merkez, bağlı ve ilgili kuruluşlarındaki görevlerde çalışanlar, sınıf ve dereceleri bakımından eşittir". İdari yargıda görevli hakim ve savcılar ile idari yargı hakim ve savcıkı olup da Adalet Bakanlığı merkez, bağlı ve ilgili kuruluşlarındaki görevlerde çalışanlar, sınıf ve dereceleri bakımından eşittir. Bu hüküm Hakimlerin bağımsızlıklarına gölge düşüren bir görünüm vermektedir.

Diğer yandan, yeni yapılan 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, cumhuriyet savcısının görev ve yetkileri genişletilmiş, yer yer savcılar hakime ait yetkiler ile donatılmıştır. Söz gelimi, özel hayatın gizliliği bakımından çok önemli olan arama, cumhuriyet savcısının kararı ve hatta cumhuriyet savcısının onayına sunulmak üzere kolluk görevlileri tarafından yapılabilmektedir.

El koyma, keza mülkiyet hakkına ilişkin çok önemli bir işlem olmasına rağmen, cumhuriyet savcısının yazılı emri ile gerçekleştirilebilmektedir. Suçun delillerini oluşturduğu kuşkusu ile resmi veya özel kuruluşta bulunan gönderilere hakim kararıyla el konması asıl iken, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde cumhuriyet savcısının kararıyla da el konabileceği, hakimin kararının veya cumhuriyet savcısının emrini yerine getiren kolluk görevlileri el koydukları iletileri hakime veya cumhuriyet savcısına teslim edebilir. Böylece cumhuriyet savcısı eski kanunda olduğu gibi, sadece hakimin yetkili olduğu posta iletilerinin açılmasını bu kez cumhuriyet savcısına bırakmaktadır. (CMK madde 129)

Keza CMK 135'inci maddede, iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması cumhuriyet savcısı ve hakim tarafından karar altına alınabilmektedir. Bütün bu imkanlara Kanun'da yer alan sadece sihirli bir cümle sebep olmaktadır. "*Gecikmesinde sakınca bulunan haller*." "Gecikmesinde sakınca bulunan hallerin" tanımını CMK'nun Tasarısının 2'inci maddesinde yer alan tarifler arasında yer verilmiş idi. Bu halin tarifini, tasarının gerekçesinde aynen; "*Tasarının değişik maddelerinde belirtildiği üzere, delil, iz, eser ve emarelerin saptanması bakımından adli mercilerce yetkilerin ne suretle kullanılacağı insan haklarına saygı ve adil yargılama esasları çerçevesinde gösterilmiştir. Ancak, bir kısım Batı kanunlarında da gösterilmiş olduğu üzere "gecikmesinde sakınca bulunan hallerde" bu işlemlerin kolluk tarafından da yapılabilmesi öngörülmüştür. Fakat, bu tür istisnai uygulama kural halini alabildiğinden "gecikmesinde sakınca bulunan hal"in bu maddede tanımlanması ve bu uygulamanın, gerektiği durumlarda maddesinde açıkça gösterilmesi uygun görülmüştür*." Buna karşılık Komisyon bu kavramın tanımının belirsiz olduğu, tanımlar maddesinde böyle bir kavrama yer verilmesinin uygun olmayacağı düşüncesiyle "tasarıdan çıkarıldığını" gerekçesinde belirtmiştir.

Gerek Ceza Muhakemesi Kanunu'nda gerek Polis Vazife ve Selahiyetleri Hakkındaki Kanun'da ve bu kanunlara dayanılarak çıkartılan arama, yakalama, iletişimin dinlenmesiyle ilgili yönetmeliklerde bu cümle çoklukla yer almış ve oldukça geniş bir şekilde herhangi bir denetime tabi olmadan kullanılmaktadır.

Oysa, içinde bulunduğumuz yüzyılda iletişim araçları oldukça genişlemiştir. Buna uygun olarak, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 43'üncü maddenin 2'inci fıkrasında, tanıklara yapılan çağrının telefon, telgraf, faks, elektronik posta gibi araçlardan yararlanılmak suretiyle yapılabileceği öngörülmüştür.

Hakime ulaşamamak, savcıya ulaşamamak, bu asırda bir mazeret olarak kabul edilemez. Hürriyetlerin kısıtlanmasında en önemli aktör, hakimdir. Hürriyetlerin kısıtlanması için bir yetkinin cumhuriyet savcısına tanınmış olması muhakemede taraf olan yürütmenin bir unsuru olan adalet bakanına bağlı savcıyı, bağımsız ve tarafsız olan hakim mertebesine çıkartır ki, bu da yanlış bir uygulamadır.

Esas Hakkında Savcı Mütalaası ve Sanık ve Müdafinin Savunması:

8. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 216'ıncı maddesi Delillerin Tartışılması başlığı altında delillerin toplanması ve tartışılması bitince, iddia ve savunmanın bildirilmesi aşamasına geçildiği herkesin malumudur. Bu konuda davaya katılan iddia ve isteklerini bildirir, daha sonra cumhuriyet savcısı esas hakkındaki görüşünü bildirir. Bundan sonra da savunma makamı genel savunmasını yapar. Söz konusu Kanun değişikliği ile CMK'nun 216'ıncı maddesi, Asliye Ceza Mahkemeleri'nde yapılan kovuşturmalarda hukuken ve fiilen ortadan kalkmıştır. Söz konusu maddeye göre, Savcının yapmış olduğu iddianın duruşmada tartışılan deliller karşısında geçerli olmadığını gördüğü taktirde, Sanığın beraatini isteyebilme imkanından da mahrum bırakılmıştır. Bu da, karşılıklılık prensibinin demokratik bir devlette bulunmaması sonucunu doğurur. Muhakeme hukuku açısından bugün için kabul edilemez bir çözümdür.

Yine Asliye Ceza Mahkemeleri'nde yapılan, yargılaması yapılan fiiller bakımından suçun niteliğinin değişmesi de söz konusu olmayacaktır. 226/1'inci madde suçun niteliğindeki değişiklikten söz etmektedir. İddianamede kanuni unsurları gösterilen suçun değindiği kanun hükmünden başka bir suçla mahkum edilmesi artık işlevsiz kalacaktır. İddianamede yer alan fiilin hukuki açıdan değerlendirilmesinde, iddia ve savunma ile hakimin bağlı olduğu suçun hukuki niteliğinin değişmesini veya cezanın arttırılması konularında ek savunma verme imkanının dahi ortadan kalktığı sonucuna varılabilir.

Asliye Ceza Mahkemelerinde Savcının görev yapmasına son verilmesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ıncı maddesinde garanti edilen ve çok önemli bulunan temel haklarının ve özellikle bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma haklarının ortadan kaldırılması sonucunu vermemelidir. Böylece ceza yargılaması "kadı" yargılamasına dönüşmektedir. Hakim, kadı rolünü yüklenmektedir. İşaret etmiş olduğumuz Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki hükümlerin uygulanmasına devam edilir ise, hakim-savcı karışımı bir yargılama ortaya çıkacaktır ki, bu da 6'ıncı maddeye açık bir şekilde aykırılık teşkil edeceğinden şüphe duyulmamalıdır.

9. Temelde tüm olarak itham sistemine dönülmesini temenni etmekteyiz. Böylece otoriter sistemden hürriyetçi sisteme geçiş yapılacaktır. Geleneksel Ceza Muhakemesi Hukuku'nda karma sistemin getirilmesiyle, tahkik sistemi – itham sistemi ayırımının özelliğini kaybettiğini söyleyemeyiz. İtham ve tahkik sistemi birbiriyle çelişkili olan iki sistemdir. İki ayrı sistemin homojen bir hale getirilmesinin mantıklı olmadığı açıktır. Usul diyalektiği ancak itham sistemi içinde söz konusu olabilir.

Hakimle savcının fonksiyonlarının ayrılması, soruşturma safhasında da önem kazanır. Soruşturma evresinde hakimin tutuklama kararı verebilmesi için savcının istemi şarttır. Buna karşılık kovuşturma evresinde sanığın tutuklanması savcının istemi üzerine veya resen mahkemece karar verilir denmektedir (CMK Madde 101). Mahkemenin resen tutuklama kararı vermesi, savcılık fonksiyonlarını gasp etmesidir. Bu nedenle, Mahkemenin isteme bağlı olmaksızın tutuklama kararı vermesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5'inci madde 1'inci fıkra (b) bendindeki hükmün ihlali sayılır. Asliye Ceza Mahkemelerinde yapılan muhakemeye cumhuriyet savcısı iştirak edemeyeceğinden, talepte bulunamayacak, dolayısıyla mahkemede resen bir karara varamayacaktır.

Bitirirken,

10. Ceza Hukuku ve Ceza Muhakemesi Hukuku'nun demokratikleşmesi, liberal sistemi getirir ki, bu sistemde itham usulüne yatkındır. Soruşturma evresi de savunma makamının yetkilerinin itham makamının yetkilerine eşit kılınması, daha az gizlilik, daha fazla yüze karşılık olmayı zorunlu kılmıştır.

Delil araştırma ve karar verme, bir başka ifadeyle savcılık ve hakimlik aynı kişide birleşemez. Birleşirse her iki görevde bundan zarar görecektir. Hatırlanacağı üzere, Türk Ceza Hukuk Sistemi'nde geçmiş yıllarda "sorgu hakimliği" uygulaması mevcut idi. Bugünde, Asliye Ceza Mahkemelerinde savcıların kaldırılmasıyla bir nevi sorgu hakimliği müessesesi tekrar getirilmektedir. Mülga 1412 sayılı CMUK'dan farklı olarak, ilk tahkikattan sonra

mahkeme önüne çıkabilmek ve karşılıklılık esasına göre yargılama yapılmakta iken, bu değişiklikle iddia makamının gıyabında gerek derece mahkemesinde, gerek kanun yolu mahkemesinde karşılıklı olmadan tek yanlı bir yargılama yapılabilecektir. Bu da peşin hükme yargıyı götürebilir. Gerçekte adaletin peşin hükümden uzak kalması zorunludur. İddia makamının yapmış olduğu ithamı, ortaya koyduğu delilleri, savunma makamının ortaya koyduğu karşı deliller ile delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi sonucunda mahkemenin hüküm vermesi icap eder. Adalet güçlerin karşılıklı olarak tartışması ile gerçekleşir. Adil bir yargılamanın yapılabilmesi, toplumda güvenlik duygusunu sağlar. Adaletin bulunmadığı ülkede herkes suçludur. Mahkemelerin görevi herkesi suçlu sayarak, siyasi yönlendirmeye uygun olarak davranıp, insanları mahkûm etmek değildir. Gerçeği ve hukuka uygun olanı bulmaktır. Her zaman olduğu gibi, burada Hakime önemli görevler düşmektedir.

Faruk Erem hocadan bir atıfla yazımı bitirmek istiyorum; "Sokrates'i ölüme mahkum eden, 501 Atina'lı hakimden hiçbiri bugüne kadar yaşayabilmiş değildir. Sanık Sokrates, hala kendini savunmaktadır."

Markaların Hükümsüzlüğü Davalarında Dava Açma Süresi

*Hamdi YASAMAN**

I- GENEL OLARAK

Marka bir mal veya hizmeti diğer bir mal ya da hizmetten ayırt etmeye yarayan işarettir (KHK m. 5). Seçilen bu işaretin ayırt etme gücü bulunmalıdır. Ayırt etme gücü bulunmayan işaretler, tasviri işaretler marka olarak alınamazlar. Bunun yanında KHK'de marka olarak tescil edilemeyecek işaretler KHK'nin 7 ve 8. maddelerinde belirlenmiştir. Buna göre, mutlak ve nisbi red sebebleri tesbit edilmiştir. Mutlak red sebebleri TPE tarafından marka tescil başvurusunda re'sen nazara alınırlar. Nisbi red sebebleri ise markası tescil edilmiş veya başvurusu yapılmış marka sahibi tarafından ileri sürülebilen sebeblerdir.

Gerek TPE tarafından nazara alınmayan mutlak red sebebleri veya itiraz sonucunda reddedilen nisbi red sebebleri veya itiraz edilmemiş olan mutlak veya nisbi red sebebleri sonucunda marka tescili yapıldıktan sonra, markanı sahibi belli olur. Marka 10 yıl boyunca adına tescil edilen kişinin mülkiyetinde olur. Bu hak her 10 yılda bir yenilenebilir. Bunda, diğer fikri ve sınai mülkiyet haklarında olan bir süre sınırı yoktur. Marka 10 yılda yenilenmek kaydı ile ilanihaye korunur.

Markanın korunması mutlak değildir. KHK'nin 42. maddesindeki sebeblerin varlığı halinde Mahkemeden markanın terkini istenebilir. TPE mutlak red sebeblerini tescilden sonra tesbit etmesi halinde, markayı hükümsüz kılamaz ve markayı markalar sicilinden terkin edemez. Bunun için Mahkeme kararı gerekir. Markanın hükümsüzlüğünü, ilgili mahkemeden, zarar gören kişiler, Cumhuriyet Savcıları veya ilgili resmi makamlar isteyebilir (KHK m. 43)[1].

---

* Prof. Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 Yasaman/Yusufoğlu, Marka Hukuku, C.II, s.890 vd.

II- HÜKÜMSÜZLÜK HALLERİ

Markaların hükümsüzlüğü halleri 556 sayılı KHK'nin 42. maddesinde düzenlenmiştir[2]. Buna göre:

a). 556 sayılı KHK'nin 7. maddesinde belirtilen mutlak red sebeblerinden birinin varlığı

b). 556 s ayılı KHK'nin 8. maddesinde belirtilen nisbi red sebeblerinin birinin varlığı

c). Markanın 5 yıl süre ile kullanılmaması veya kullanmaya ara verilmesi (m. 14)

d). Markanın yaygın ad haline gelmesi

e). Markanın kullanımı sonucu mal ve hizmetlerin niteliği, kalitesi, üretim yeri ve coğrafi kaynağı konusunda halkta yanlış anlaşılmaya sebep olunması

f). Garanti markaları veya ortak markalarda teknik yönetmeliğe aykırı kullanma

KHK'nin 42. maddesinde düzenlenmemesine karşılık kötüniyetli tescil de hükümsüzlük sebebi sayılmaktadır. Kötüniyetli tescil 42. maddede zikredilmemesine karşılık, KHK'nin 35. maddesinde, marka başvurusunun kötüniyetle yapılması halinde buna 3 ay içinde itiraz edilebileceği hükme bağlanmıştır. Doktrinde[3] ve Yargıtay kararlarında[4] kötüniyet hali hükümsüzlük sebebi olarak kabul edilmektedir.

III- HÜKÜMSÜZLÜK DAVALARINDA HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRE

Hükümsüzlük davasının açılma süreleri hakkında KHK'nin 42. maddesinde, bir hal hariç, bir süre öngörülmemiştir. Hükümsüzlük sebebleri maddede 6 bend halinde belirlenmiştir. Bunlardan mutlak red sebeblerine dayanan hükümsüzlük hallerinden tanınmış markalar ile ilgili 7. maddenin (i)

---

2 Yasaman/Yusufoğlu, Marka Hukuku, C.II, s. 868 vd.

3 Yasaman/Yusufoğlu, Marka Hukuku, C.II, s. 879; Arkan, Marka Hukuku, C.II, s. 158; Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 1999, & 29, no. 36, s. 447; Aslan Kaya, Marka Hukuku, İstanbul 2006, s. 324; Karahan, 42. Maddede gösterilen hükümsüzlük hallerinin tahdidi olduğunu ve örnekseme yoluyla bunların çoğaltılmasının mümkün olmadığını ileri sürmüştür (Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları, Konya 2002, s. 6); aynı yönde: Kılıç/karan, Markaların korunması 556 sayılı KHK Şerhi, Ankara 2004, s. 382.

4 Yarg. 11. HD. 29.1.1999, 1998/5372 E. 1999/256 sayılı Grin Nicci kararı.

bendinde belirtilen tanınmış markalarla ilgili davanın tescil tarihinden itibaren 5 yıl içinde açılması gerekir. Kötüniyetin varlığı halinde dava süreye bağlı değildir.

KHK'nin 42. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde parantez içinde belirlenen süre hak düşürücü süredir[5].

Doktrinde bazı yazarlar ve Yargıtay kararlarında bütün hükümsüzlük hallerinde 5 yıllık sürenin uygulanabileceği savunulmaktadır. **Karahan**, "Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları" adlı tezinde hükümsüzlük davasının haksız rekabet hukukundaki men davaları ile benzeştiğini, bu davalarda kural olarak zamanaşımının işlemeyeceği, ancak MK 2. maddeden kaynaklanan "sessiz kalma nedeniyle hakkın kaybı ilkesi"ne göre dava hakkının hiçbir zaman sınırlaması olmaksızın sınırsız olarak tanınmasının hukuki güvenlik ve iyiniyet kuralları ile bağdaşmadığını; haksız tescile muttali olan kişinin uygun sürede dava açmayarak kendi isteğiyle sessiz kalması ve zımni icazet veren kişinin aksine hareket etmesinin hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edileceğini ve bu durumlarda hükümsüzlük davasının açılabileceğini; AB Yönergesinde ve Alman Hukukundaki 5 yıllık süreden yararlanılarak, tanınmış markalar için öngörülmüş olan 5 yıllık sürenin tanınmış olmayan diğer markalara da uygulanabileceğini ileri sürmüştür[6].

Tekinalp, markanın hükümsüzlüğü davasının terkini de kapsayan bir eda davası olduğunu; eda davalarının belli bir süre içinde ikame edilmesinin zorunlu olduğunu, bu sebeble KHK'nin 70. maddesinde yer alan zamanaşımı süresinin, 42. maddede öngörülen ve parantez içinde gösterilen istisnalar da göz önünde tutularak, uygulanmasının gerektiğini; buna göre ıttıladan itibaren 1 yıl, herhalde 10 yıl, cezayı gerektiren durumlarda ceza zamanaşımının uygulanmasının doğru olacağını savunmuştur[7]. Burada bir çelişki mevcuttur. KHK'nin 42. maddenin 1. fıkrasının (a) bendinde parantez içinde tanınmış markalar için öngörülen süre hak düşürücü süre olmasına karşılık, tanınmış markalar dışındaki markalar için zamanaşımı süresinin kabul edilmesi çelişki yaratır.

Kaya, hükümsüzlük davalarının açılmasının, bir hal hariç, bir süreye bağlanmadığını, ancak bunun davanın ila nihaye açılacağı anlamına gelmediğini; yargıcın somut olayın özelliklerini göz önünde bulundurması gerektiğini, MK 2. maddedeki kuralın burada da uygulanarak hak sahibinin uzun süre sessiz kalmasının icazet anlamına geleceğini ileri sürmüştür[8].

---

5 Yarg. 11. HD. 11.09.2000, 2000/5607 E. 2000/6604 K.; Kaya, Marka Hukuku, İstanbul 2006, s. 339.

6 Karahan, Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları, s. 148.

7 Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, & 29, no. 12-13, s. 439.

8 Kaya, Marka Hukuku, s. 342, 344.

Karan/Kılıç, KHK'nin 42. maddesinde hiçbir süreden bahsedilmemesinin, davaların hiçbir süreye tabi kılınmadığı anlamına gelmeyeceğini; MK 2/II gereği hakkın kötüye kullanılması hallerinde davanın red edilmesi gerektiği ve boşluğun bu madde ile doldurulması gerektiğini; sessiz kalanın yarattığı bu görünüşün sonuçlarına katlanması gerektiğini; sürenin somut olaya ve şartlara göre doldurulması gerektiğini; bu konudaki kanun boşluğunun hakim tarafından doldurulması gerektiğini; 42 maddenin 1 fıkrasının (a) bendindeki tanınmış markalara ilişkin 5 yılın kanun boşluğunun doldurulmasında hakime yol göstereceğini yazmışlardır[9].

Yargıtay, bu durumun kanun boşluğu olduğunu, davanın beş yıl içinde açılması gerektiğini kabul etmektedir[10]. 08.04.2002 tarihli Merinos kararında aynen şu gerekçe vardır:

> "Marka üzerinde üstün ve öncelikli hak sahibi olduğunu ileri sürenlerin açacakları marka terkini davaları için 556 sayılı KHK'da dava açma olanağı tanınmasına rağmen bu davanın hangi sürede açılacağı konusunda bir düzenleme getirilmemiş ise de, yine anılan KHK'nın 42. maddesinde Paris Konvansiyonuna göre tanınmış sayılan marka sahiplerinin hükümsüzlük davasını tescil tarihinden itibaren 5 yıl içerisinde gerekeceği belirtilmiş, dava açma hakkının sınırsız sürede kullanılmasının da yasanın ruhu ve hukuk mantığı ile bağdaşmayacağı gözetilerek yukarıda sözü edilen sürenin en azından diğer markalar yönünden açılacak davalar için de uygulanarak yasal boşluğun doldurulması Dairemizce uygun görülmüştür".

IV- SESSİZ KALMA YOLUYLA HAK KAYBI

Markaya tecavüz hallerinde veya haksız rekabet hallerinde, tecavüz hali devam ettiği müddetçe zamanaşımı süresi işlemez[11]. Bu hale göre, hak sahibi tecavüz devamı süresince dava açma hakkına sahipdir. Ancak, bu sürenin çok uzaması ve tecavüze uğrayan hak sahibinin bu hakkı kötüye kullanması halinde, hukuki güvenlik ve hakkaniyet düşünceleri ile davanın reddi mümkündür[12].

---

9 Kara/Kılıç, Markaların Korunması 556 sayılı KHK Şerhi, 2004, s.380.

10 Yargıtay 11. HD.08.04.2002, 2001/10860 E. 2002/3275 K. Merinos kararı (www.kazanci.com.tr); Yarg. 11.HD. 23.11.2007, 2006/7758 E. 2007/14801 K (www.kazanci.com.tr); Yarg. 11.HD06.11.2007, 22006/7877 E.15429 K (www.kazanci .com.tr)

11 Derby kararı: Yarg. 11.HD. 15.11.2001, 2001/6343 E. 2001/9004 K (Yasaman, Marka Hukuku, C.II, s. 1188).

12 Karahan, Haksız Rekabet Davalarında Dava Zamanaşımları ve Sessiz Kalma Nedeniyle Hakkın Kaybedilmesi İlkesi, Domaniç'e Armağan, İstanbul 2001, s.301.

Doktrin[13] ve mahkeme kararlarında[14] sessiz kalma yoluyla hak kaybı ilkesi kabul edilmektedir. Hak sahibinin (markalarda tescilli marka sahibinin ve haksız rekabette haksız rekabete uğrayanın) MK 2 uyarınca belli bir davranışda bulunması gerekirken sessiz kalması sonucu, iyiniyetle markayı daha sonra tescil ettiren kişiye karşı hükümsüzlük davası açma hakkını veya sonraki tarihli markanın kullanımını men etme hakkını kaybetmesine sessiz kalma yoluyla hak kaybı denilmektedir [15]. Bu ilkenin uygulanabilmesi için, hak sahibi markasının başkası tarafından tescil edildiğini veya kullanıldığını bilmeli, bu kullanıma belli bir süre katlanmış olmalı, ikinci marka sahibinin markayı iyiniyetle tescil ettirmesi ya da kullanmış olması gerekir[16].

Uygulamada görülen bazı vakıalarda, markanın tanınmamış ya da kullanılmayan bir marka olması halinde marka sahibi, aynı işaretin tesciline veya kullanılmasına ses çıkarmamakta; bu ikincinin yatırımlar yaparak, reklam kampanyaları sonucu bu işareti tanınmış hale getirmesinden sonra tecavüz davası ve tescil edilmiş ise hükümsüzlük davası açtıkları görülmektedir. Buradaki amaç, markasını önce tescil ettiren veya kullanan kişi, markayı tanınmış hale getiren kişiden büyük meblağlar istemesidir. Bu halde, markaya esas yatırımı yapan haksızlığa uğramakta ve tanınmamış marka sahibi haksız kazanç elde etme yoluna gitmektedir. Bu haller MK 2'nin uygulanmasına yol açabilmektedir. Bu tür kullanmaya müsaade eden veya sessiz kalan kalan marka sahibinin daha sonra dava açması hakkın suiistimali olarak kabul edilmektedir.

Yargıtay 11. HD.si Telsim kararında sessiz kalma yoluyla hak kaybını ilkesini uygulamıştır[17]. Kararda tarafların unvanlarında Telsim sözcüğünün bulunduğu, davanın hallinin, davanın açılmasının MK'nın 2. maddesine aykırı olup olmadığının açıklığa kavuşturulmasına bağlı olduğu. Davacının davalı tarafın unvanından haberdar olduğu halde uzun süre sessiz kalınmasının zımnen icazet anlamında olduğu, davalının dava dışı PTT ile sözleşmeler yaptığının tüm kamuoyunca bilindiği, şayet kuruluşda buna karşı çıkılsa, davalının belki başka bir hareket tarzı seçmesinin muhtemel olduğu, uzunca

---

13 Yasaman/Yusufoğlu, Marka Hukuku, C.II, s. 856; Kaya, Marka Hukuku, s. 342; Karahan, Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları, 147; Karahan, Haksız Rekabet Davalarında Dava Zamanaşımları ve Sessiz Kalma Nedeniyle Hakkın Kaybı İlkesi, Domaniç'e Armağan, s.293.

14 Yarg. 02.03.2000, 8169 E. 1726 K (Telsim kararı); Yarg. 11. HD. 17.09.2001, 4321 E. 6860 K (Mita kararı).; Yarg. TD. 30.04 1968, 13837/1587 sayılı karar).

15 Yasaman/Yusufoğlu, Marka Hukuku, C.II, s. 856.

16 Fazla bilgi için bkz. Yasaman/Yusufoğlu, Marka Hukuku, C.II, s. 858-863;

17 Yarg.11.HD. 12.03.2000, 8169 E. 1726 K.

bir süre sonra bu davanın açılmasının hakkın kötüye kullanılması olduğu sonucuna varmıştır.

Yargıtay Ticaret Dairesinin 30.04.1968 tarihli eski bir kararında da bu ilkeye göre karar verilmiştir. "..hak sahibi olan davacı, hareket tarzı ile hakkın ihlaline zımnen müsaade ettiği takdirde, davalının senelerden beri hüsnüniyetle kullandığı ve tanıttığı markanın iptalini talep edemez. Bu şekildeki dava bir hakkın sırf gayri ızrar eden suiistimali olup kanun himaye etmez".

Yargıtay 11. HD.sinin 06.11.2007 tarihli kararında (2006/7877 E. 2007/15429 K) yerel mahkeme zamanaşımı süresinin geçtiği, aynı zamanda uzun süre sessiz kalınması sebebiyle MK uyarınca davanın reddine karar vermiştir. Yargıtay burada zamanaşımı değil, hak düşürücü süre olduğunu, bu yönden yerel mahkeme kararının hatalı bulunduğu sonucuna varmıştır. Yargıtay 11. ND.si 23.11.2007 tarihli kararında (2006/7758 E. 2007/1480 K.) buradaki sürenin hak düşürücü süre olduğu ve hakimin bu süreyi re'sen nazara alması gerektiği belirtilmiştir.

IV- SONUÇ

Avrupa Birliğinin 89/104 sayılı Yönergesinde ve Topluluk Markası hakkında 207/2009 Avrupa Konseyi Tüzüğünde (m. 54) hükümsüzlük davalarında 5 yıllık hak düşürücü süre açıkça hükme bağlanmıştır. 556 sayılı KHK Avrupa Birliği mevzuatı ile uyumlaştırma çerçevesinde hazırlanmış ve bu açık hüküm KHK'ye alınmamıştır[18]. Bu bilinçli bir davranıştır. Zira, 42. maddede 7. maddede belirtilen hallerin hükümsüzlük sebebi olarak zikredildikten sona parantez içinde bu maddenin (i) bendinde belirtilen tanınmış markalarda davanın tescilden itibaren 5 yıl içinde açılması hükme bağlanmıştır. Bu halde, dava açma bakımından maddenin bir süre getirmediği ve fakat mutlak red sebeblerine dayanan hükümsüzlük sebeblerinden sadece tanınmış markalarda süre bakımından bir istisna getirilmiştir. Bunun sebebi, belki de tanınmış markanın herkes tarafından bilindiği ve bilinme karşısında 5 yıllık sürenin işletilmesinin makul olduğudur. Tanınmış markaların dışındaki markaların tescili veya kullanılmasının öğrenilmesinin mümkün olmaması veya zor olması halinde, öğrenmenin esas alınması ve iyiniyet çerçevesinde bu hakkın kullanılmasının daha uygun olduğu düşüncesidir.

Zamanaşımı ve hak düşürücü süreler kanunlarda açık olarak düzenlenirler. Hakkında özel bir hüküm olmayan hallerde genel zamanaşımı müddetleri uygulanır (örneğin BK 125. maddesi).

Bunun gibi, tecavüzün devam ettiği hallerde zamanaşımı müddeti işlemez. Markaya tecavüz hallerinde veya 42. maddede belirtilen hallerin deva-

---

18 Yasaman/Yusufoğlu, Marka Hukuku, C.II, s. 864.

mı süresince zamanaşımı süresinin işlememesi gerekir. Ancak, haksız rekabet veya markaya tecavüz devam etmesine rağmen, hak sahibinin de bunu bilmesine karşılık, bu duruma sessiz kalması bu hallere icazet anlamına gelebilir. Bunun yanında, hak sahibinin bu duruma sessiz kalması kendisine bir menfaat sağlayabilir[19]. Sonraki marka sahibi markaya büyük yatırımlar yaparak kamuda işaretin tanınmasına ve markanın ekonomik değerinin artmasına sebebiyet vermiş olabilir. Belli bir susmadan sonra ortaya çıkarak markanın hükümsüzlüğünü istemek hakkın suistimali teşkil edebilir. Sabah adlı gazete çıkarılmış ve en çok satan gazete haline gelmiştir. Yayınına ara vermiş ve çok az tirajı olan "Babı Ali'de Sabah" adlı gazete belli bir süre sonra dava açmıştır. Koç grubu bir margarin yağı piyasaya sürmüş, reklam kampanyaları ve Koç grubunun prestiji sebebiyle kısa zamanda bu marka tanınmış hale gelmiştir. Bütün bunlardan sonra, aynı işareti daha önce tescil ettiren firma dava açmış ve hükümsüzlük talep etmiştir. Buradaki amaç, markayı yüksek fiyatla rakibe satmaktır. Koç grubu bu işaretten vazgeçmiş ve başka bir işareti marka olarak kaydettirmiştir. Uygulamada buna benzer bir çok olay görülmektedir.

Türk Hukukunda da sessiz kalma yoluyla hak kaybına yol açan süre dürüstlük kuralı çerçevesinde belirlenmelidir[20].Sessiz kalmanın ne zaman susan açısından hak kaybına yol açacağı her olayın kendi özelliği çerçevesinde değerlendirilmelidir. KHK'de, Avrupa Birliği Hukukunda veya Almanya'da olduğu gibi açık bir hüküm getirilmediği sürece, sürenin MK'nun 2. maddesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir.

İstisnai hükümlerin kıyasa cevaz vermediği bir hukuk kuralıdır. Bu bakımdan 42. maddenin (a) bendinde mutlak red sebeblerinin varlığı hükümsüzlük sebebi olarak sayılmıştır. Mutlak red sebebleri 7. maddede 11 bend halinde sayılmıştır. Bunlardan sadece biri (i) bendi istisna olarak zikredilmiştir. 42. maddenin (a) bendindeki parantez içindeki 11 mutlak red sebebinden sadece tanınmış markalar ile ilgili süreyi tüm hükümsüzlük sebeblerine yaymak imkanı hukuken mümkün değildir. Bu bakımdan Yargıtay'ın kararları hatalıdır. Burada bir kanun boşluğu söz konusu değildir. Kanunkoyucu bir zamanaşımı ya da hak düşürücü süre öngörülmüş ise, bu süre içinde dava açma bir haktır. Örneğin 10 yıllık zamanaşımının varid olduğu bir olayda 9 yılın en son ayında dava açmak MK 2'ye göre hakkın suiistimali teşkil etmez. Bu kanuni bir hakkın kullanılmasıdır. Eğer bir süre belirlenmiş ise, o takdirde "sessiz kalma yolu ile hak kaybı ilkesi"sinin uygulama alanı kalmaz.

---

19 İsviçre Hukukunda, sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşmesi için, ikinci marka hakkı sahibinin korunmaya değer bir malvarlığı değerinin oluşması aranmaktadır (Killias, La Mise en Oeuvre de la Protection des Signes Distinctifs, s. 116).

20 Fazla bilgi için bkz. Yasaman/Yusufoğlu, Marka Hukuku, C.II, s. 866-867.

Örgüt Suçu, Muhakemesi ve Gizli Tanık

*Feridun YENİSEY**

İstanbul Üniversitesinde Nurullah Kunter'in asistanı olduğum dönemde çok az bilinen ve Türkiye'de henüz uygulaması olmayan "istinaf" konusunda doktora tezimi yazmak üzere araştırmalar yapıyor ve kaynak norm bulamıyorum. Denizde Yardım ve Kurtarma Kanununda istinaf uygulaması bulunduğunu, bana Köksal Hocam göstermişti. Halen yürürlükte olan, fakat uygulanmayan bu norm sayesinde Türkiye'den örnek verebilmiştim. Bilimsel çalışmalarımızda bize hep yol gösteren ve daima destekleyen Prof. Dr. Köksal Bayraktar için hazırlanan bu Armağanda, son yıllarda giderek daha fazla uygulanan örgüt suçları konusunu ele alacağım.

I- Örgüt Kavramı

Avrupa Birliğinin 21 Aralık 1998 tarihinde kabul ettiği (98/733/JHA) numaralı *Joint Action* uyarınca, *"suç örgütü; yapısal bir birlik oluşturan, belli bir süre için varlığını sürdüren, ikiden fazla kişilerin, en az dört yıl hapis cezası veya daha ağır cezaları gerektiren suçlar işlemek üzere birlikte hareket ettikleri, amaçları sadece bu suçları işlemek veya maddi çıkar elde etmek olan ve tatbik kabiliyeti bulunan hallerde de, kamusal makamları hukuka aykırı bir şekilde etkilemeyi amaçlayan örgüt",* olarak anlaşılmaktadır.[1] Bu tanım, Türk Ceza Kanunun kabul ettiği sisteme büyük ölçüde uygun olmakla birlikte, Türk Hukuku, aşağıda göreceğimiz gibi, cezanın ağırlığı bakımından bir kısıtlama getirmemiştir. Mukayeseli Hukuktaki yaklaşım, örgüt suçlarını, uyuşturucu madde ticareti, terörizm, insan kaçakçılığı gibi belli ağır suçlar ile sınırlı tutmaktır. Türk Hukuku ise, her suçta örgütlü yapıya açıktır.

Suçların örgüt halinde yapılanan kişiler tarafından işlenmesi toplum açısından, bireysel suçlara nazaran daha büyük bir tehlike yarattığı için,

---

* Prof. Dr., Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 Official Journal of the European Communities, 29.12.98, I. 351/1.

geleneksel delil elde etme yöntemleri yetersiz kalır. "Hukuk Devletinin" topluma yönelik bu büyük tehlikeyi önlemesi, örgütlü[2] suçları etkin bir şekilde soruşturması ve kovuşturması gerekir.[3]

Örgüt suçlarının meydana gelmesinin, Devlet otoritesinin boşluğu ve ekonomik otorite boşluğu gibi çeşitli sebepleri vardır. İştirak halinde işlenen suçta da birden fazla kişinin katkısı varsa da, *iştirak* ile *örgüt* arasında büyük farklar vardır. İştirakte belli bir kişiye yönelik bir suça iştirak iradesi ortaya çıkar. Örgütte ise, amaç doğrultusunda işlenen veya işlenebilecek olan gayri muayyen suçlar ve bunların önceden bilinmeyen mağdurları vardır.

Örgüt suçları; örgüt, çıkar amaçlı örgüt, silahlı örgüt ve terör örgütü şeklinde kademelendirilebilir. Çıkar amaçlı örgüt suçları ile mücadele edilmesi amacı 4422 numaralı Kanun hazırlanmış ve yürürlüğe girmişti. Temelde hepsi örgütsel bir yapıya dayanmakla birlikte, amaçları farklı olduğu için, *çıkar amaçlı örgütler*[4] ile, siyasi amaçlı *terör örgütleri*[5] arasında

---

2 *Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma, Saygılar, Alan, (*Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, Seçkin, Ankara; *Öztürk* 2009, 710), bir üst kavram olduğu için, "organize suç" terimini tercih etmekte ve saydığı sekiz kriterden büyük bölümünü bünyesinde bulunduran yapılanmaların, "organize suç" olduğunu belirtmektedirler. Sözü edilen kriterler şunlardır: (1) Aralarında kazanç temin etmek için fonksiyonel iş bölümü yapılmış olan elemanlar bakımından hiyerarşik bir yapı vardır; (2) Suç organizasyonu içinde bir yaptırım sistemi mevcuttur; (3) Kara para aklama uygulaması yapılır; (4) Korkutma yöntemleri uygulanarak Devlet memurları ve özel sektörde çalışanlar yolsuzluğa yönlendirilir; (5) "Suç organizasyonu" suç işleyerek kazanç temin eder; (6) Suçların işlenmesinde süreklilik vardır; (7) Kişilere karşı cebir ve şiddet uygulanır; (8) Paravan firmalar kurulur (*Öztürk* 2009, 714).

3 *Avcı Mustafa,* Yeni Yasal Düzenlemelere Göre Türk Hukukunda Örgütlü Suç Kavramı, Hukuk ve Adalet, Bahar 2005, sh. 348 vd.; *Erel Kemalettin,* Yargıtay Kararları Işığında Suç İşlemek İçin Örgüt Kurma Suçu, Yayınlandığı yer: *Hilgendorf/Ünver,* Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Cilt III, Köksal Bayraktar'a Armağan, İstanbul 2010, sh 379 vd. *Evik Vesile Sonay,* Çıkar Amaçlı Örgütlenme Suçu, İstanbul 2004; *Özbek Veli Özer,* Organize Suçlulukla Mücadelede Ön Alan Soruşturmaları, 9 Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 4, Sayı 2, İzmir 2002, sh. 75 vd.; *Özgenç İzzet,* Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Seçkin, Ankara 2008.

4 *Öztürk* (2009, 723) CMK nın *çıkar amaçlı örgütü* muhafaza ettiğini vurgulamakta ve üç temel kriterden yola çıkmaktadırlar: TCK 220 anlamında bir örgütün kurulmuş olması; örgütün amacının haksız ekonomik çıkar sağlamak olması; örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçların cebir ve tehdit uygulanarak işlenmesi.

5 *Öztürk* (2009, 723) terör örgütünü iki kritere bağlamaktadırlar: TCK 220 anlamında bir örgütün kurulmuş olması ve bu örgütün; TCK 305, 318, 319, 323, 324, 325 ve 332 maddeler hariç, ikinci kitap, dördüncü kısmın 4, 5, 6 ve 7 inci bölümlerinde tanımlanan suçları işlemek için kurulmuş olması.

farklar bulunduğu için, biz 4422 numaralı Kanun'un 2005 yılında yürürlükten kaldırılmasını yerinde bulmuyoruz.[6]

Örgüt kurma suçunun tarihteki gelişmesi açısından üç dönem vardır: 1200-1600 yılları; 1600-1800 ve 1800-1872.[7] *İlk dönemde,* suçlayan ile suçlananın düello yapmalarına yol açan, *şahsi dava* yolu ile görülen ceza davalarında, ceza muhakemesinin kötüye kullanılmasını önlemek üzere, bu suç ortaya çıkmıştır: o dönemlerde rakiplerini haksız yere suçlayan kişiler, düolloda kendileri bizzat savaşmayıp, güçlü kişilere vekalet veriyorlar ve davayı kazanıyorlardı. 1305 tarihli Kral Emri *(Third Ordinance of Conspirators)* ile, "haksız suçlama getiren kişinin, savaşcı ile anlaşması", cezalandırılmaya başlandı. *İkinci dönem,* 1611 yılında verilen *The Poulterers' Case* kararı ile gündeme geldi. Daha önce, sadece bireysel olarak, "tek kişi ile anlaşma" cezalandırılırken, bu karar ile, birkaç kişinin birleşerek, bir başka kişiye hırsızlık yaptığı iftirasında bulunmaları cezalandırıldı: suçladıkları kişi hakkında büyük jüri, kişinin açıkça suçsuz olduğuna karar verip, bir tür "iddianamenin iadesi" kararı verince, aralarında birleşerek, sanığı haksız yere suçlayan kişiler hakkında iftira suçlaması ile dava açıldı. Böylece, somut hiç bir suç işlememekle birlikte, bir kişiyi suçlamak üzere aralarında anlaşan kişilerin cezalandırılması, "sadece anlaşmanın yapılması ile oluşan" *örgüt kurma suçunun* ortaya çıkmasına vesile oldu.[8] Bu suç 17 inci yüzyılda dolandırıcılık suçları işlemek üzere yapılan anlaşmaları ve hatta 1664 yılında verilen *Rex v. Jones* kararı ile, suç teşkil etmeyen fiileri işlemek üzere yapılan anlaşmaları da kapsayacak şekilde genişletildi[9] ve böylece günümüzde Anglo-Amerikan Hukuk Sisteminde uygulanan örgüt kurma suçu *(conspiracy)* ortaya çıktı. *Üçüncü dönemde* ise, 18 inci yüzyıl sonrasında toplumda sosyal problemler ortaya çıktıkça, bu suçun uygulanma kapsamı daha da genişledi ve önceleri sadece adliye aleyhine işlenen suçlarda uygulanan örgüt kurma, hemen hemen bütün suçları kapsayacak şekilde yaygınlaştı.

İnsan öldürme, hırsızlık gibi suçların büyük bir çoğunluğu, tek bir kişi tarafından işlenebilir. Bu gibi suçlarda birden fazla fail varsa ve eğer failler aralarında bu suçu işlemek için anlaşmışlar olurlarsa, yani aralarında iştirak iradesi varsa, suç "iştirak halinde işlenen bir suç" halini alır.

---

6 *Öztürk* (2009, 723) ise, 4422 numaralı Kanunun birinci maddesindeki "kavram kargaşasının" kalkmasını önemli bir teminat olarak görmekte ve CMK 250/1-(a) ve (b) bentlerde yapılan tanımların son derece yalın, açık ve berrak olduğunu savunmaktadırlar.

7 *Marcus Paul,* Prosecution and Defence of Criminal Conspiracy Cases, Matthew Bender, New York 1993*, sh.* 1-2.

8 *Marcus,* 1-4.

9 *Marcus,* 1-6.

Tek kişi tarafından işlenebilen bir suçu, birden fazla kişi birlikte işlemiş olmalarına rağmen, "iştirak iradesi" yoksa, "toplu suçtan" (CMK 2/1-k) bahsetmek mümkündür: "Aralarında iştirak iradesi bulunmasa da, üç veya daha fazla kişi tarafından işlenen suç, toplu suçtur." Toplu olarak işlenen suçlarda, delil toplamada güçlük varsa veya şüpheli sayısı çoksa, Cumhuriyet savcısı gözaltı süresini, her defasında bir günü geçmemek üzere, yazılı emir vererek uzatabilir.

Suç tipinde birden fazla failin bulunmasının, açıkça öngörüldüğü hallerde, *çok failli suçlardan* bahsedilir. Bu suçlar tek bir kişi tarafından işlenemez. Mesela, rüşvet suçunda (TCK 254), bir rüşvet alan, bir de rüşveti veren kişi vardır.

Çok failli suçlar, faillerin yöneldikleri gayeye bakılarak ikiye ayrılmaktadır: eğer failler *aynı gayeye* yönelmişlerse, "anlaşma suçu veya yakınsama suçu", yok eğer failler *farklı gayelere* yönelmişlerse, "birleşme suçu veya karşılaşma suçu" kavramı kullanılmaktadır.

Diğer suçlar, genellikle failin fiilini tamamladıktan sonra cezalandırmayı öngörmekte iken, örgüt kurma suçunda; bir taraftan, "işlenmemiş, fakat işlenmesi planlanan suçlar" nedeni ile *failler arasında varılan bir anlaşma* cezalandırılmakta, diğer taraftan da, planlanan bu suçların işlenmesi durumunda, *işlenmiş olan suçlar* da cezalandırılmaktadır.

Örgüt kurma suçunu "iştirakten" ayırmak için kullanılan kriter daha basit olmakla birlikte, uygulamada aslında iştirak halinde işlenen bir çok suçun örgüt kapsamında ele alındığı da bir gerçektir. İştirakte failler belli bir suçu işlemek üzere anlaşırlarken, örgüt kurmada hangi kişiye karşı hangi suçun işleneceği önceden belli değildir; failler "gayri muayyen", fakat "belli tipte suçlar" işlemek üzere anlaşırlar.

Suç işleme planının cezalandırılması, yani suç henüz teşebbüs aşamasına dahi gelmeden, yani netice gerçekleşmeden önce ceza hukukunun devreye girmesi, "örgüt kurma suçu" ile "teşebbüs" arasındaki farkların ortaya konmasını gerektirir. Faillerin suçlar işlemek üzere irade birliğine vararak bir anlaşma yapmaları, onların ceza kanunlarını ihlal etmek üzere kuvvetli bir istek gösterdiklerini ortaya koyar. Bu anlaşmanın hemen arkasından, güç birliği yapılarak, suçların işlenmesi aşaması gelecektir. İşte, faillerin "birlikte hareket etme kararı" vermeleri, onların bireysel suçlara nazaran daha büyük bir tehlike ortaya koyduklarını gösterir; suç işleme riski arttığı ve suçlar işlendikten sonra da bunların aydınlatılması zorlaşacağı için, Devletin suçun işlenmesini beklemeden müdahale etme ve failleri cezalandırma hakkı doğar. Faillerin teşebbüs aşamasına kadar gelmelerini, yani fiili doğrudan doğruya icraya başlamalarını beklemek, bu suçlar açısından, *toplumu büyük bir zarar tehlikesi altına koymak* anlamını taşır.

Örgüt kurma suçunun teşebbüse elverişli olup olmadığı da tartışmalıdır. Sadece anlaşmanın yapılması ile oluşan bu suç, bir tehlike suçu olduğu için, teşebbüs hükümlerinin uygulanamayacağını söyleyenler vardır.

Florida Yüksek Mahkemesi ise, örgüt kurma suçu açısından, *örgütün soruşturma makamlarının örgütün varlığını sezmelerine neden olan önemli bir etkinlik yapması, fakat henüz amaçlanan suçların işlenmediği bir dönemde bulunulması* hallerini, "örgüt kurma suçuna teşebbüs" olarak nitelendirmiştir.[10]

Mülga Türk Ceza Kanununun uygulandığı dönemde, Yargıtay, *teşekkül* adı altında ele alınan *örgüt* için *("iki veya daha çok kişinin varlığı", "basit bir birleşmenin ötesinde olmak", "kamu için tehlike yaratmak", "süreklilik göstermek" gibi)* bazı kriterler geliştirmiş ve bu suçun hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığı bir *tehlike suçu* olduğunu vurgulamıştı.[11]

Türk Ceza Kanununda *örgüt mensubu suçlu* tanımlanmış (TCK 6), suçların örgütlü olarak işlenmesi durumuna ilişkin düzenlemeler yapılmış, fakat *örgüt tanımına* yer verilmemiştir.[12]

Doktrin[13] ve yargısal içtihat açısından bakıldığında, suç örgütünün oluşması için, aşağıdaki bazı unsurların varlığı aranmaktadır:

Henüz işlenmeyen ve ileride işlenebilecek olan suçların doğurduğu tehlike nedeni ile suç haline getirilen *örgüt kurma suçu*, henüz işlenmiş bir fiilin bulunmadığı bir aşamada, örgütün üyeleri arasında varılan *anlaşmayı* cezalandırmaktadır. Bu anlaşmanın varlığı, Devlet tarafından ispat edilmesi gerekir. Anlaşma, kast ile ilgilidir.

---

10 *Goldberg v. Florida,* 351 So. 2d 332, 333 (1977); nakleden: *Marcus,* 1-21.

11 CGK 1.2.2000, 299/1. Ceza Genel Kurulunun 11.12.2001 tarihli, 248/288 sayılı kararında da; *"bu suçu basit birleşmelerden ayıran, devamlılılk ve birden fazla suç için olma, diğer bir anlatımlı sürekliliktir. Maddede öngörülen "teşekkül", basit bir birleşmeyi değil, birden çok veya belirsiz sayıda suçların işlenmesi yönünde birleşmeyi zorunlu kılar ve henüz bir suç işlenmemiş olduğu halde, bu amaçla teşekkül oluşturanlar cezalandırılır. Bu düzenlemeyle güdülen amaç müstakbel suçların önlenmesidir",* şeklinde detaylı bir açıklama yapılmıştır (nakledenler: *Güven / Yalvaç,* Terör Örgütüne Üye Olmak Suçu, Terörle Mücadele Sempozyumu, sh. 274 vd, 275).

12 Kanunda açık bir tanımın yer almaması, uygulamada soruşturma makamları tarafından, yeterli delile ulaşılmadan, örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak suçlarından iddianame düzenlenmesine neden olmakta, bu yanlış yöntem ve uygulamaların değişmesini sağlamak amacı ile bilimsel yayınlar yapılması gerekmektedir (*Özgenç İzzet,* Suç Örgütleri, Seçkin, Ankara 2010, 9).

13 *Özgenç*, *"yapılanma biçimi ne olursa olsun, kanunlarda suç olarak tanımlanan fiillerin işlenmesi amacıyla oluşturulmuş örgütlere, suç örgütü* demektedir (*Özgenç* 2010, 19).

Örgütün varlık kazanması için, aşağıda inceleyeceğimiz unsurların dışında, örgüt mensuplarının bireysel iradelerinin, örgütün ortaya koyduğu genel iradeye tabi bulunması gerekir; *örgütün iradesi,* ortak amaç doğrultusunda hareket eden ve kendilerini bir bütünün, yani örgütün parçası olarak hisseden kişilerin ortaya koydukları bağlayıcı bir iradedir.[14]

Örgüt kurma suçunun oluşması için anlaşmaya varılmış olması şart olduğu için, bu anlaşmanın mevcudiyetinin ispat edilmesi gerekir. İspat konusu aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

Örgüt kurma suçunun işlenmesi için, üç veya daha fazla kişinin suçlar işlemek amacı etrafında fiilen birleşmeleri ve bu konuyu kendi aralarında karara bağlamış olmaları yeterlidir. Örgütün amaçladığı suçlardan herhangi birinin işlenmesine gerek yoktur. Bunun gibi, işlenmesi amaçlanan suçların somutlaşmış olması da şart değildir. Ancak, amaçlanan suç, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenirse, failin örgütteki konumuna göre, fail üye veya yönetici sıfatı ile cezalandırılacağı gibi, ayrıca işlediği suçtan dolayı da cezalandırılacaktır.[15]

Örgütün varlığından bahsedebilmek için, örgüt içinde hiyerarşik bir ilişki bulunması gerekir.[16] Bu hiyerarşik bağ, gevşek de olabilir. ancak *soyut bir birleşme* yeterli değildir. Ayrıca planlı bir yapılanma ve iş bölümü bulunması da aranan unsurlandandır.

Yargıtay *devamlılık*[17] veya *süreklilik gösterme*[18] kavramları altında, örgütün zaman içinde varlık göstermesini aramaktadır. Suçlar işlemede *devamlılık* yoksa ve eğer failler *belli bir suçun işlenmesi için* bir araya gelmiş iseler, artık örgütten bahsetmek mümkün olmadığı için, *iştirak* halinde işlenen bir suç söz konusu olacaktır.

II - Örgüt Kurmak veya Örgütü Yönetmek Suçu

Yukarıda unsurları belirtilen bir örgütün kurulması, işlenmesi amaçlanan *amaç suçlar* bakımından *araç* niteliğindedir. Örgütlenmenin verdiği güç, kamu düzenini tehlikeye düşürdüğü için, kanun koyucu *hazırlık hareketi* niteliğindeki davranışları, bağımsız bir suç haline getirmiştir.

---

14 *Joecks Wolfgang,* Studienkommentar StGB, 6. Auflage, Beck, München 2005*,* 225.

15 *Güven / Yalvaç,* 277.

16 CGK 3.4.2007, K. 253/80 (*Güven / Yalvaç,* 277).

17 CGK 3.4.2007, K. 253/80 (*Güven / Yalvaç,* 277).

18 8. CD 27.12.2006, K. 98-610 (*Gültaş Veysel,* Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu ve Etkin Pişmanlık, Bilge Yayınevi, Ankara 2008, 39).

"Suç işlemek amacıyla örgüt kurma" suçu, bir tehlike suçu olduğu için, "örgütü yönetmek suçundan" farklı olarak, maddi unsuru olmayan bir suç gibi gözükür. Fakat daha yakından incelendiği zaman, bu suç açısından da, *maddi olgulara dayanan ve örgütün kurulmuş olduğunu ortaya koyan* bir ispat faaliyetinin yürütülmesi gerektiği görülür. Örgütün, belirlenen suçlar işleme amacı doğrultusunda varlık kazandığının, Savcılık tarafından delilleri ile ortaya konması halinde cezalandırma mümkün olabilir; aksi takdirde, sadece bazı soyut düşüncelerin cezalandırılması söz konusu olabilir ki, bu da Hukuk Devleti ilkeleri ile bağdaşmaz. Bu nedenle, örgütün kurulmuş olduğunu, makul, orta zekalı insanların da takdir edebileceği şekilde, belli somut olgulara dayanarak ortaya konulması şarttır: buna *makul şüphe* adı verildiği bilinmektedir. Diğer bütün suçlarda savcının soruşturma başlatabilmesi için *makul şüphe* ("suç işlendiği izlenimi veren hal" CMK 160/1) bulunması bir ön koşuldur.

Türk Ceza Kanunu örgüt yöneticilerinin, *örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardan dolayı da ayrıca "fail olarak" cezalandırılmalarını* öngörmüştür (TCK 220/5). Böylece, *dolaylı faillik* kavramı TCK ya girmiştir.[19]

TCK 220/5 örgüt yöneticileri için, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarda *dolaylı faillik* kavramını kabul etmiştir. Madde gerekçesinde, *"kendisine örgüt tarafından suç işleme emri verilen kişi, bu emri yerine getirmezse, onun yerine bir başka örgüt üyesi ikame edilmektedir; bu nedenle örgüt yöneticileri örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı, ayrıca fail olarak sorumludurlar",* denilerek, "ikame edilebilirlik" ölçütüne dayanan bir sistem geliştirilmiştir.[20]

Türk Ceza Kanunun 37/2 maddesine göre, suçu bizzat işlemeyip de, *"suçun işlenmesinde" bir başkasını araç olarak kullanan kişi de, fail olarak sorumlu tutulur".* Bu tanım *Jescheck / Weigend* tarafından ortaya konulan kavramı büyük ölçüde karşılamaktadır.[21] Böylece, "dolaylı faillik" teorisinin *(mittelbare Täterschaft)* Türk Ceza Hukukuna girdiği görülmektedir.

Dolaylı faillikten bahsedilebilmesi için, olayın bütün işleniş aşamalarının, dolaylı failin yönlendirici iradesinin eseri olması ve bu kişinin suçu işleten kişi olarak, kontrolu elinde tutmuş olması gerekir. Örgütlü suçtaki güçlü yönetici kadro da, örgüt üyelerinin işledikleri amaç suçlar üzerinde

---

19 *Yaşar / Gökcan / Artuç,* Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt V, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, 6248.

20 *Yaşar / Gökcan / Altuç,* 6249.

21 *Jescheck / Weigend,* Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil 5. Auflage, Duncker und Humblot, Berlin 1996, sh. 663: *"Her kim tipe uygun bir fiili icra etmekte başka bir kişiyi araç olarak kullanırsa, dolaylı fail (mittelbarer Täter) sayılır."*

hakimiyet sahibi olduklarından, masa başında oturan ve örgütüne suçlar işleten örgüt yöneticilerinin de "dolaylı fail" olarak ayrıca cezalandırılmaları (TCK 220/5), Alman Yargıtayının[22] ve doktrininin[23] görüşlerini yansıtmaktadır.

TCK 220/1 ile yapılan düzenleme ile, *"kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacı ile örgüt kurmak veya kurulmuş olan örgütü yönetmek"* fiilleri suç haline getirildiği için, bu suç *seçimlik hareketli* bir suçtur.[24]

Suç işlemek amacıyla örgüt kurma veya kurulmuş örgütü yönetme suçu, doğrudan[25] kast ile işlenebilen bir suçtur.

III - Örgüte Üye Olmak Suçu

Örgüt üyesi olmamakla birlikte, *örgüt adına suç işleyen kişi,* ayrıca örgüte üye olmak suçundan dolayı cezalandırılır (TCK 220/6). Uygulamada *örgüt adına suç işleme* olgusu, genellikle korsan gösteri yürüyüşü şeklinde görülmektedir. Mesela, örgütün yayın organı tarafından yapılan eylem çağırıları üzerine yasa dışı korsan gösteriye katılan kişiler, örgüt üyesi olarak cezalandırılmaktadır. Yargıtay, örgütün genel çağırısının örgütün yayın organları yayınları ve çağırıları ile somutlaştığını belirlemiş ve bu suç işleme çağırısının somut bir kişiye yönelik olmasına gerek görmemiştir.[26]

Örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dahil olmamakla birlikte, örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişi, örgüt üyesi olarak cezalandırılır (TCK 220/7). Yargıtay, bu *yardımın* maddi nitelikte[27] olmasını aramaktadır.

Mesela, örgütün talimatı doğrultusunda kepenk kapatma eylemine katılmaları için, esnafı dolaşma[28] veya örgüt üyelerine sahte kimlik temin etme[29] eylemlerini yapanlar, *örgüt üyesi* olarak cezalandırılabilirler.

Türk Ceza Kanunu, 765 sayılı kanunun 168 ve 169 maddelerinde yer alan düzenlemenin aksine, örgüte yardım etme suçunu düzenlememiştir. Bununla birlikte, TCK 314 kapsamındaki silahlı örgüte silah sağlama şeklin-

---

22 BGH 40, 218 (236); nakledenler: *Jescheck / Weigend* sh. 670.

23 *Roxin,* Täterschaft und Tatherschaft s. 242.

24 *Özgenç* 2010, 18.

25 *Özgenç* (2010, 27), bu suçun *olası kast* ile işlenemeyeceği kanaatindedir.

26 CGK 4.3.2008, K. 282/44 (*Güven / Yalvaç* 278).

27 CGK 12.12.2008, 230/23 (*Güven / Yalvaç* 280). Eğer yardım maddi nitelikte değilse, terör örgütünün propagandasını yapmak suçunu (TMK 7) oluşturabilir.

28 CGK 11.11.1991, 242/305 (*Güven / Yalvaç 279).*

29 CGK 15.6.1999, 143/161 (*Güven / Yalvaç 279).*

deki yardım fiilleri, bağımsız bir suç olarak TCK 315 de yaptırım altına alınmıştır.

IV - Örgütün Faaliyeti Çerçevesinde İşlenen Suçlar

Türk Hukukunda[30], örgütün kurulması veya yönetilmesi müstakil bir suç olup, örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işlenmesi *ayrı bir suç* olarak kabul edilmekte ve faillere bu suçtan dolayı ayrıca cezaya hükmolunmaktadır (TCK 220/4).[31] Örgütün faaliyeti çerçevesinde ayrıca suç işlenmesi halinde, örgütün kurucusu, yöneticisi veya üyesi olan kişi, hem bu suçtan, hem de TCK 220/1 veya 2 inci fıkralarda düzenlenen suçlardan birinden, gerçek içtima kurallarına göre cezalandırılır.[32]

Hırsızlık suçları işlemek üzere oluşturulmuş bir suç örgütünün işlediği hırsızlık suçları, örgütün faaliyeti doğrultusunda işlenen suçlardır. Fakat, örgüt üyerinden bir tanesi adam öldürme suçu işlerse, bu suç örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suç sayılmaz.[33]

Görüldüğü gibi, örgütün faaliyeti çerçevesinde veya amacı doğrultusunda bir suç işlendiği vakit, örgütün yöneticileri, bir başka kişi tarafından işlenen bu suçtan dolayı ayrıca cezalandırılmaktadır. Örgütü kurduğu için cezalandırılan, daha sonra örgütü yönettiği için cezalandırılan bu kurucu ve yöneticiler, örgütlerinin faaliyeti kapsımında işlenen her bir suçtan dolayı ayrıca sorumlu tutulmalarının sebebi, örgüt üzerindeki sahip bulundukları denetim gücü ve örgüte hakimiyetleridir. Örgüt, düzenli çalışan bir makine gibidir; kendisine örgütün faaliyeti çerçevesinde bir suç işleme görevi verilen kişi, bu görevini yerine getiremezse, hemen bir başka kişi devreye sokulmakta ve suç işleme faaliyeti devam etmektedir. Bu sistemli yapı nedeni ile, örgütün işleyiş mekanizmasını elinde bulunduranlar, "dolaylı fail" olarak sorumlu tutulurlar.[34]

---

30 Alman Hukukunda ise, örgüt üyesinin işlediği; amaç suçlar ile, örgüte üye olma suçu, *tek fiil ile işlenen suçlar* olarak ele alınmakta ve fail en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılmaktadır (*Joecks,* 223). Mülga Türk Ceza Kanunu döneminde de, bölücü örgütlerin işledikleri suçlar örgüt suçu içinde eriyor, fakat diğer örgütlerinkiler ayrı ayrı suçlar olarak ele alınıyordu.

31 Mülga 765 numaralı TCK 313/5'e göre, Alman Hukuku gibi, örgütün amacı doğrultusunda suçlar işlendiği zaman, "verilecek cezaların toplamı, en ağır cezayı gerektiren fiilin cezasının azami hadini geçemiyordu".

32 *Özgenç* 2010, 29.

33 *Joecks,* 223.

34 Örgüt yöneticilerinin, örgütün faaliyeti çerçevisinde işlenen suçlarda "dolaylı fail" olarak sorumlu tutulmaları bakımından, suç teorisinin verilerinden ve iştirake ilişkin genel prensiplerinden ayrılmaya gerek bulunmadığını vurgulayan *Özgenç* (2010, 30), yöneticinin suçun icra hareketlerini gerçekleştiren kişi ve işlediği fiil

Örgütün amacı doğrultusunda işlenen suçlar, bir açıdan bakıldığında "müstakil bir suç" görünümünde olmakla birlikte, "örgütün amacı doğrultusunda" işlenen bir suç olduğu için, cezası ağırlaştırılan bir suç niteliği alırlar ve örgüt yöneticilerinin de bu suçtan dolayı ayrıca cezalandırılmalarına neden olurlar. Bu durum, "örgüt kurma", "örgütü yönetme" suçları ile, "örgütün amacı doğrultusunda işlenen suçlar" arasında "geniş manada bağlantı" bulunmasını açıklar. Bu bağlantı nedeni ile, müstakil suçlar olmalarına rağmen, örgütün işlediği bütün suçların, birleştirilerek görülmesi gündeme gelir. Birleştirilen davalarda; yetki kurallarından ayrılınarak, yargılama, en ağır cezayı gerektiren suç bakımından görevli mahkemede yapılabilirse de, birleştirilen muhakemelerde her suç ve her dava müstakil varlığını korur; mesela her davanın temyiz kabiliyeti ayrı ayrı aranır.[35]

Birleştirilen davaların müstakil niteliklerini korumaları, dava zamanaşımı açısından da geçerlidir. Dava zamanaşımı sürelerinin belirlenmesinde, kanunda o suç için öngörülen cezanın yukarı haddine ve hükmedilmesi mümkün en yüksek cezaya bakılır (TCK 66/3, 4).

V - Örgütlü Suçların Muhakemesi

Örgüt suçlarında genel olarak Ceza Muhakemesi Kanunu uygulanır. İlk öncelik, CMK 250 - 252 de yer alan hükümlere verilmiştir. Burada özel bir düzenleme varsa, bu hükümler CMK nın önüne geçerler. İkinci öncelik Terörle Mücadele Kanununa verilmiştir. Eğer TMK da ayrık bir düzenleme varsa, diğer hükümler uygulanmaz ve TMK öncelik kazanır.

Görüldüğü gibi, örgüt suçlarının soruşturulması ve kovuşturulmasında suçun tavsifi büyük önem taşır: eğer suç CMK 250 ve devamında sayılan suçlardansa, buradaki özel hükümler uygulanacaktır. Fakat suç TMK da belirtilen bir terör suçu ise, TMK daki özel usul kuralları öncelik kazanırlar.

CMK 250 de sayılan örgüt suçlarında soruşturma HSYK tarafından bu suçların soruşturma ve kovuşturmasında görevlendirilen Cumhuriyet savcı-

---

üzerinde hakimiyet kurduğu hallerde "dolaylı fail', sadece plan yapıp, fiili icra edene talimat vermiş ve olayın seyrini tamamen buna bırakmışsa, "azmettiren" ve plan yapmakla yetinmeyip, icra hareketleri sırasında olay yerinde bulunmamakla birlikte, suçun işlenişin sevk ve idare etmesi durumunda da, "müşterek fail" olarak cezalandırılması gerektiğini ifade etmektedir. Örgütün yöneticisi, örgütün yönetimini elinde bulundurduğu süre zarfında, örgütün amacı doğrultusunda ve faaliyeti çerçevesinde işlenen somut suçların işlendiğinden hiç haberdar olmasa bile, suçlar işleneceği öngörüsü ve beklentisi içinde bulunduğu için, bu suçlardan da, "yardım eden" sıfatı ile sorumlu olacaktır (TCK 220/5) (*Özgenç* 2010, 33).

35 *Kunter/Yenisey/Nuhoğlu,* Ceza Muhakemesi Hukuku, 18 inci Bası, İstanbul 2010, sh. 129, dip not 15.

larınca bizzat yapılır (CMK 251/1). Bu savcılar sadece bu suçlara bakan ağır ceza mahkemelerinde görevlendirilebilir. Başka mahkemelerde veya işlerde görevlendirilemez.

Bizzat yapma, işlemin kolluğa bırakılmaması demektir. Ancak uygulamada "bizzat ifade alma çocuk hukukunda uygulanmakta örgüt suçlarında ifade alma polise bırakılmaktadır."

Örgüt kurma suçu, iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırıldığı için (TCK 220/1), *asliye ceza mahkemesinin* görev alanına giren bir suçtur.

Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçlarının (TCK 188/1,3) çoğu *ağır ceza mahkemesinin* görev alanına girer.

Bu suçlar, suç işlemek için teşkil edilmiş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenirse (TCK 188/5), verilecek ceza yarı oranında artırılmakta ve *özel görevli ağır ceza mahkemesinin* yargılama alanına girmektedir (CMK 250/1-a).[36]

Diğer taraftan, "haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit kullanarak işlenen suçlar da (CMK 250/1-b), yargı çevresi birden çok ile kapsayan *özel görevli ağır ceza mahkemesinin* görev alanına girer. Bu nedenle, çıkar amaçlı örgüt suçları, prensip olarak asliye ceza mahkemesinin görevine girse bile, "sanıkların haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulan bir örgütün faaliyeti çerçevesinde, cebir ve tehdit uygulayarak suçlar işledikleri" anlaşıldığında, suç özel görevli ağır ceza mahkemesinde yargılanacaktır.[37]

CMK 250 örgüt suçlarında yakalananlar için gözaltı süresi, yakalama yerine en yakın hakim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç, yakalama anından itibaren 48 saati geçemez. Yakalama yerine en yakın hakim veya mahkemeye gönderilme için zorunlu süre 12 saatten fazla olamaz (CMK 91/1, 250/5).

Anayasanın 120 nci maddesi gereğince olağanüstühal ilan edilen bölgelerde yakalanan kişiler hakkında toplu olarak işlenen suçlarda 4 gün olarak öngörülen gözaltı süresi C. Savcısının talebi ve hakimin kararıyla 7 güne kadar uzatılabilir. Hakim, karar vermeden önce yakalanan veya tutuklanan kişiyi dinler (CMK 151/5, CMK 91/3).

---

36 10. CD 14.6.2006, E. 2005/20080, K. 2006/8095; "suç işlemek için teşekkül edilmiş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde (TCK 188/5) suçta yargılama yetkisi özel görevli mahkemeye aittir"; zikreden: *Gültaş* 2008, 191.

37 1. CD 20.11.2006, E. 2006/6361, K. 2006/5026: zikreden: *Gültaş* 2008, 193.

"Bazı suçlara ilişkin muhakeme" başlığı altında düzenlenmiş olan ve CMK 250 nci madde kapsamına giren suçlarda yakalananlar için, CMK 91/1 de gösterilen 24 saatlik süre 48 saat olarak uygulanır (CMK 251/5). 251 inci maddenin 5 inci fıkrasındaki düzenlemeye göre, 91/1 inci fıkraya yapılan atıfla gözaltı süresini uzatma C. savcısının yetkisi dahilindedir. C. savcısı her defasında bir günü geçmemek üzere gözaltı süresini yazılı olarak uzatabilir. 4 üncü günün sonuna kadar yakalanan kişinin hakim önüne çıkması gerekir. Hakim bu kişiyi de dinleyerek gözaltı süresini yedi güne kadar uzatabilir.

Olağanüstü hal ilan edilen bölgelerde yakalanan kişiler hakkında, toplu olarak işlenen suçlarda Cumhuriyet savcısının talebi ve hakim kararı ile gözaltı süresi yedi güne kadar uzatılabilir.

İkinci günden sonra verileceği anlaşılan üç günlük uzatma kararını vermeden önce hakim yakalanan veya tutuklanan kişiyi dinlemek mecburiyetindedir (CMK 251/5).

CMK 250/1-c maddede düzenlenmiş bulunan suçlarda CMK 102 de düzenlenmiş bulunan en çok iki yıllık tutukluluk süresi, zorunlu hallerde üç yıl daha uzatılarak beş yıla çıkabilmekte ise de, terör suçu niteliği taşıması durumunda tutuklama süresi iki kat olarak uygulanmaktadır (CMK 252/2).

CMK 250 deki örgüt suçlarına ilişkin soruşturma ve kovuşturmalarda ağır ceza mahkemesi veya başkanının, cumhuriyet savcısının, mahkeme naibinin veya istinabe olunan hakiminin kolluğa belirtilen kişileri istenilen gün saat ve yerde hazır bulundurma mecburiyeti yüklenmiştir (CMK 251/6). Bu düzenleme önceden çağrı yapmadan zorla getirme yetkisi verdiği için prensip olarak hukuka aykırıdır.

CMK 250'deki örgüt suçlarının soruşturması ve kovuşturması sırasında hakim tarafından verilmesi gereken kararlar, varsa HSYK tarafından bu işlerle görevlendirilen ağır ceza mahkemesi üyesinden, aksi takdirde yetkili adli yargı hakimlerinden C. Savcısı tarafından istenebilir (CMK 202/2).

CMK 250 deki örgüt suçları görev sırasında veya görevden dolayı işlenmiş olsa bile doğrudan soruşturma yapılır (CMK 250/3).

Çocuklar, bu madde hükümleri uyarınca kurulan mahkemelerde yargılanamazlar ve bu mahkemelere özgü soruşturma ve kovuşturma hükümleri çocuklar bakımından uygulanmaz (CMK "2010-6008, m. 8" 250/4).

Cumhuriyet savcısı soruşturmanın gerekli kıldığı hallerde suç mahalline veya delillerin bulunduğu yerlere giderek soruşturma yapabilir. Eğer suç ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yer dışında işlenmişse C. savcısı suçun işlendiği yer C. Savcısından soruşturma yapılmasını isteyebilir (CMK 251/3).

Suç askeri bir mahalde işlenmiş ise, C. Savcısı ilgili askeri savcılıktan soruşturmanın yapılmasını isteyebilir (CMK 251/4).

VI - Tanıkların Korunması

Örgütün kurucu ve yöneticileri (TCK 221/1, 4), örgüt üyesi (TCK 221/2, 3, 4) ve üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen veya örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişiler (TCK 221/4), durumlarına göre değişecek şekilde cezasızlıktan veya ceza indiriminden yararlanırlar. Bu ayrıcalıktan yararlanabilmek için, ilgilinin Devletle iş birliği yapması ve kovuşturma makamlarının yararlanabilecekleri bazı bilgileri vermesi gerekir. Ancak, örgüt hakkında bilgi veren bir kişinin hayati tehlike içine girmesi söz konusu olabileceği için, ayrıca korunması da gerekebilir.

Etkin pişmanlıkla ilgili hükümler, önce mülga TCK daki bazı hükümlerde ve süreli olarak yürürlüğe giren bazı kanunlarla, mesela 3419 sayılı *Bazı Suç Failleri Hakkında Uygulanacak Hükümlere Dair Kanun* ile düzenlenmiş[38], daha sonra da TCK da sürekli hale getirilmiştir.

Tanık, işlenen suçun taraflarından biri olmamakla birlikte, suç olgusuna ilişkin doğrudan bilgi sahibi olan kişidir. Olayı bir başkasından duymuş olan kişi, prensip olarak tanık olamaz. Başkasından duyduğunu söyleyen kişinin tanıklığı, istisna olarak kabul edilebilirse de, ikinci derece[39] önem taşır.

Gizli kaynaklardan bilgi edinen kişilerin edindikleri bilgileri bir kolluk görevlisine anlatmaları, bu kolluk görevlisinin de öğrendiklerini adli mercilere bildirmesi, veya dolaylı tanığı dinlemiş olan kişinin tanıklığı,[40] uygulamacılar tarafından tercih edilen, fakat adil yargılanma hakkını tehlikeye sokan bir yöntemdir. Kollukta alınan bir ifadenin duruşmada okunması, fakat sanığın *ifadeyi veren kişiye, duruşmada soru sorma hakkına sahip olmaması*, adil yargılanma hakkını ihlal eder.[41]

Tanık beş duyusu ile suç teşkil eden fiil hakkında mahkemeye bilgi verdiği zaman, aleyhinde tanıklık ettiği kişinin husumetine maruz kalır. Bu olgu hayatın doğal akışına uygundur. Bazı özel durumlarda tanıkların genellikle intikam duygularına hedef olduğunu ve bilhassa örgüt suçlarında örgü-

---

38 Ceza Genel Kurulunun 1.4.1991 tarih ve E. 9/41, K. 105 numaralı kararı, etkin pişmanlık hakkında temel ilkeleri tartışmıştır (*Gültaş* 2008, 153).

39 *Feyzioğlu* (Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, Ankara 1996, 29) buna, "dolaylı tanıklık", "ikinci derecede tanıklık" demektedir. *Balo* (Uluslararası İlke ve Uygulamalar Çerçevesinde Ceza Muhakemesinde Tanık Koruma, Anonim Tanık, Ankara 2009, 52), "dolaylı tanık" terimini tercih etmiştir.

40 *Balo* 2009, 58: *"hearsay within hearsay"*.

41 *Unterpertinger* v. Austria, 24.11.1986, § 33.

tün bu tür tanıkları ortadan kaldırdığını, hayat tecrübesi göstermiştir. Dünyadaki hukuk sistemlerinde bu realite nazara alınmış ve tanık koruma kanunları düzenlenmiştir.

Olağan suçlarda tanıklık yapanların suç muhitinde yer almamalarına mukabil, örgüt suçlarında, örgütün içinden çıkarak, bir nevi *örgüte ihanet eden* kişilerin, örgüt aleyhinde tanıklık yapmaları, çeşitli sebeplere dayanabilir. Bir kısmı gerçekten pişman olmuş, örgütten ayrılıp normal bir hayat yaşamak istemekte olabilir. Bir kısmı ise, örgütün kendisine bir yerde haksızlık yaptığını düşünerek, örgütü ele vermek isteyebilir veya örgüt tarafından böyle bir beyanda bulunmaya ve gerçekleri tahrif etmeye yönlendirilmiş olabilir. Bazen de sadece maddi çıkar elde etmek amacıyla örgüt aleyhine tanıklık yapan bir kişi sözkonusu olabilir. Dünyadaki tanık koruma programları genellikle başarılı olmamış ve korunan tanıkların çoğu tekrar eski muhitlerine dönmüşlerdir.

Tanığın korunması için, *gerçek bir tehlike* bulunmalıdır. Hakimin tanığın kimliğini gizli tutma veya diğer tanık koruma tedbirlerine karar vermeden önce, bu *tehlikenin somut* olup olmadığını incelemesi ve kararında bu *tehlikeyi gerekçe olarak kullanması* gerekir.

Türk Hukukunda tanık koruma Terörle Mücadele Kanunu'nun 20 inci maddesi ile gözle görülür hale gelmiştir. Kaçakçılık ile ilgili hükümlerde de kimliğin gizli tutulmasına ilişkin bazı hükümler mevcut bulunmakta idi ise de, TMK 20 hem terörle mücadelede görev alan devlet görevlilerine, hem de suçların aydınlatılmasına yardımcı olanlar hakkında gerekli koruma tedbirlerinin Devlet tarafından alınmasını öngörmüştür (TMK 20/1). Yasa, estetik cerrahi yoluyla fizyolojik görünüm değiştirilmesi dahil, nüfus kaydı, ehliyet benzeri belgelerin değiştirilmesi, malvarlıkları ile ilgili haklar ve sosyal güvenlik haklarının korunması gibi hususlarda düzenleme yapma yetkisi vermiş (TMK 20/2), tedbirlerin uygulanması için de İçişleri Bakanlığı ile diğer kurum ve kuruluşlar çıkartılacak yönetmelik çerçevesinde gizlilik kurallarına uymakla yükümlendirilmişlerdir (TMK 20/3).

Bununla birlikte, terör suçlarının soruşturulması sırasında tanık ifadesi alan kolluk memurlarının zaruret görülmesi halinde, duruşmada tanık olarak, gizli celsede dinlenmelerine izin veren TMK 12 nin ikinci cümlesi, 1992 yılında Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.[42]

Tanıkların korunması hususu, CMK düzenlenirken de ele alınmış[43] ve *bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak* uygulanmak

---

42 AnyMK 31.3.1992, 18/20, RG 27.1.1993.

43 CMUKT 2002 m. 60, tanığın kimliğinin gizli tutulması konusunda hükümler kabul etmişti.

üzere (CMK 58/5) tanığın kimliğinin saklı tutulması için önlem alınması öngörülmüştür (CMK 58/2).

Tanığın kimliğinin gizli tutulmasının dışında, *hakimin tanığı, hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan dinleyebilmesi* de kabul edilmiştir (CMK 58/3).

Bu usulün uygulanabilmesi için, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçun tanığının hazır bulunanların huzurunda dinlendiği takdirde, tanığın kendisi için ağır bir tehlike doğması ve bu tehlikenin başka türlü önlenememesi ya da maddi gerçeğin ortaya çıkartılması açısından tehlike oluşturması koşulları aranmış, ayrıca tanığın dinlenmesi sırasında *ses ve görüntülü aktarma yapılması mecburiyeti* getirilmiştir. Ses ve görüntünün *tanınmayacak şekilde değiştirilmesinden* bahsetmeyen bu düzenlemede, tanık duruşma salonunda bulunmamakta, fakat soru sorma hakkı olanlar, canlı bir şekilde sorularını sorabilmektedirler.

Ceza Muhakemesi Kanunundaki bu düzenlemenin *sadece örgüt suçlarını kapsaması,* diğer suçlarda tehdit altında olan kişileri korumaması bir eleştiri noktası idi. Düzenlemedeki eksiklikler 2007 yılında 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu'nun hazırlanmasına yol açtı.

Tanık Koruma Kanunu (TKK), *tanıklık görevi yapması sebebiyle kendisinin veya yasada belirtilen yakınlarının hayatı, beden bütünlüğü veya malvarlığı ağır ve ciddi tehlike içinde bulunan ve korunması zorunlu olan kişiler* hakkında alınacak koruma tedbirlerini düzenlemektedir.[44] Görüldüğü gibi, TKK nın 1 inci maddesi, tanık korumayı örgüt suçu ile sınırlı tutmamıştır. *Mağdurları* da, tanık sıfatıyla dinlendikleri takdirde korumaya alan bu kanun, *tanığın yakınları* hakkında da koruma tedbiri alınmasına izin vermektedir (TKK 2).

Tanığın korunmayı hak etmesi açısından *cezanın ağırlığı* kriteri öngörülmüş ve *a) ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve alt sınırı on yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar, b) örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen alt sınırı iki yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar ve c) terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçların tümünün tanıkları* için, koruma yolu açılmıştır (TKK 3).

Ceza muhakemesinde tanık olarak dinlenenler ile, CMK 236 ıncı maddeye göre tanık olarak dinlenen suç mağdurları, bunların nişanlısı, evlilik bağı kalmasa bile eşi, kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üst soy veya alt soyu, 2 inci derece dahil kan veya 2 inci derece dahil kayın hısımları ve evli-

---

44 Tanık Koruma Kanunu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Balo (Yusuf Solmaz):* Uluslararası İlke ve Uygulamalar Çerçevesinde Ceza Muhakemesinde Tanık Koruma, Ankara 2009.

lik bağı içinde bulunan kişiler hakkında, tanık koruma tedbiri alınabilmektedir (TKK 4/1-b).

Kanunda tanığın "yakın ilişki içerisinde olduğu kişiler" de koruma kapsamına alınmış ve kapsam oldukça genişletilmiştir. Ancak, koruma tedbirinin uygulanabilmesinin *ön koşulu; hayat, beden bütünlüğü veya malvarlığı açısından ağır ve ciddi bir tehlikenin bulunması* ve korunmanın *zorunlu* olmasıdır (TKK 4/2). Bununla birlikte, Kanunun tanımlar maddesinde *tehlikenin* ne olduğu, *ağır ve ciddi tehlikenin anlamı,* açıklanmış değildir.

"Bazı Suç Failleri Hakkında Uygulanacak Hükümlere Dair Kanun" (1988-3419) 1995 yılında tekrar uzatılmış ve tanık koruma ile ilgili hükümlere yer vermişti.

1999-4422 sayılı bu kanun tanık koruma ile ilgili kalıcı düzenlemeler içermişti (m. 7).Bu Kanunun yönetmeliğinin 5 inci maddesinde de; 4422 sayılı kanunun öngördüğü tanık koruma tedbirlerinin TMK kapsamına giren suçlarla Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, Ateşli Silahlar ve Bıçaklar Kanunu ile, mülga TCK nın teşekkül halinde işlenen uyuşturucu suçlarında da uygulanacağı hükmüne yer verilmişti.

"Kaçak olaylarını ihbar edenlerin hüviyetleri rızaları olmadıkça veya ihbarın mahiyeti haklarında suç teşkil etmedikçe açıklanamaz", şeklindeki hüküm (mülga 1918 sayılı Kaçakçılık Kanunu m. 2) hakkında Anayasa Mahkemesine başvurulmuştu. Anayasa Mahkemesi bu düzenlemenin Anayasaya uygun olduğuna karar vermiştir.[45]

Suçun mağduru, olayı yaşayan bir kişi olarak, en iyi bilenlerdendir. Bu nedenle, vereceği bilgiler ceza muhakemesi açısından büyük önem taşır ve mağdur "tanık" olarak yeminsiz dinlenebilir (CMK 236). Mağdurun duruşmada yapacağı açıklamalar, delil olarak kullanılabilir, ama "tanık beyanı" olarak isimlendirilmezler. Sanığın duruşmada mağdura, yani işlediği iddia edilen suçun neticeleri üzerinde gerçekleşmiş olan kişiye soru sormak hakkı vardır. "Mağdurun" duruşmadaki konumu, bu açıdan "tanık" gibidir.[46]

"Katılan" ise, *mağdur* veya *suçtan zarar gören kişi* olabilir. *Suçtan zarar gören kişinin,* yargılama konusu olgu ile doğrudan bilgisi bulunmayabilir. Bu gibi hallerde, *suçtan zarar görenin* tanık gibi dinlenmesine gerek yoktur, zira olay hakkındaki bilgisi, duydukları ile sınırlıdır. Bir görüşe nazaran, mevzuatta katılanın tanık olarak dinlenmesine engel bir hüküm bulunmadığı için, duruşmada tanık gibi dinlenmesi mümkündür.[47]

---

45 AnyMK 5.12.1968, E. 1967/49, K. 1968/60, AMKD 1969/6, sh. 338.

46 *Delta v. France,* 19.12.1990, § 36.

47 Katılanın tanık gibi dinlenmesi mümkün ise de, dinlenen katılan, "tanık" adını

Tehlikede olduğu için kimliği gizli tutulan tanık hakkındaki tedbirler, *kolluk tedbirleri* ve *ceza muhakemesi hukukuna ilişkin tedbirler* olmak üzere ikiye ayrılır.

Tehlikenin önlenmesi kolluğun temel görevi olduğu için, tanığın korunması da kolluk görevlerindendir. Fizik koruma sağlanması, kimliğin gizli tutulması için belgelerin değiştirilmesi, geçimini sağlaması için maddi yardım sağlanması ve diğer tedbirler, bu kapsamdadır.

Tanığı koruyan ceza muhakemesi hukuku tedbirleri, soruşturma evresinde alınanlar ve kovuşturma evresinde alınanlar diye ikiye ayrılabilir.

Soruşturma evresinde; ileride tanık olacak kişi ifade verirken, kimlik ve ikamet bilgilerinin gizlenmesi, şüphelinin hazır bulundurulmaması, dinleme sırasında ses ve görüntü kaydı yapılması, müdafiin dosyayı inceleme yetkisinin kısıtlanması tedbirleri alınabilir.

Kovuşturma evresinde ise, *dolaylı tedbirler* alınarak tanığın korunması mümkündür. Mesela, duruşmanın kamuya kapalı yapılması, sanığın tanık dinlenirken duruşma salonundan uzaklaştırılması, müdafiin duruşma salonundan uzaklaştırılması, tanığın duruşma disiplini tedbirleri alınarak korunması, duruşmanın organizasyonu tanığın korunması, davanın nakli, şüpheli veya sanığın tutuklanması yolu ile tanığın korunması düşünülebilir. Bunların dışında, *doğrudan doğruya tanık korumaya yönelik* usul tedbirleri de vardır: tanığın kimlik ve adres bilgilerinin gizli tutulması (CMK 58), tanığın ses ve görüntü nakli yöntemi ile dinlenmesi, tanığın tanınmasını engelleyecek şekilde ses ve görüntüsünün değiştirilmesi veya görülmesinin engellenmesi.

"Tanık koruma tedbiri" olarak, CMK 58 de de yer alan; "kimlik bilgilerinin gizli tutulması" dışında, "duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan dinleme" ya da "ses ve görüntüsünün değiştirilerek özel ortamda dinlenmesi" (TKK 5/1-b), "tutukluların veya hükümlülerin başka kuruma nakledilmesi", "fiziki koruma sağlama", "kimlik bilgisinin değiştirilmesi", "çalışan kişinin işyerinin değiştirilmesi", "yurt içinde başka yerde yaşamasının sağlanması" ve "estetik cerrahi yoluyla fizyolojik görünümün değiştirilmesi ve buna uygun yeni kimlik düzenlenmesi" gibi tedbirler öngörülmüştür (TKK 5).

Tanık koruma tedbiri kararı soruşturma evresinde C. savcısı tarafından, kovuşturma evresinde ise, mahkemece verilir (TKK 6/1). Gecikmesinde

---

almaz. Sistematik olarak bakıldığında, burada "sanıktan gayri tarafın beyanı" söz konusu olur (*Kunter/Yenisey/Nuhoğlu,* 18. Bası No. 88.3). Katılanın tanık olarak dinlenmesini kabul etmeyen görüşler de vardır (*Feyzioğlu* 1996, 29).

sakınca bulunan hallerde kolluk amirinin yazılı emri ile geçici tedbir almak da mümkündür (TKK 6/2). Kovuşturma evresinde tanıklık görevi yapıldıktan sonra tanık koruma tedbiri alınacaksa bunların *Tanık Koruma Kurulu* tarafından verilmesi (TKK 13) öngörülmüştür.

Tanık koruma tedbiri kararında korunan kişinin açık kimlik ve adres bilgileri, tanıklığın konusu olan olay ve diğer yasada öngörülen hususlara yer verilir (TKK 7).

Uygulandığı tarihten başlamak üzere ve en geç birer yıl aralıklarla tedbir hakkında karar verilir. Koruma birimi *takip raporu* düzenler. Koruma tedbiri kararının kaldırılabileceği haller, TKK 8/4 de gösterilmiştir. Buna göre, tanığın koruma kararı verilmesine neden olan olay hakkında yanlış bilgi vermesi, bildiği hususları açıklamaması, yalan tanıklık veya iftiradan mahkum olması, önceki kimlik bilgileri hakkında yanlış beyanda bulunması ve koruma sebebinin ortadan kalkması gibi durumlarda, tedbir kaldırılmaktadır.

Alman Ceza Muhakemesi Hukukunda tanıkların korunması için *idari bir karar* alınması söz konusudur. İdari bir makam maddi gerçeğin araştırılmasında, gerekçelerini ortaya koyarak, en az zarar verecek *basamağı*[48] seçebilir.

Tanık koruma tedbiri kararı isteminde mutlaka gerekçe gösterilir ve karara dayanak teşkil edebilecek hukuki ve fiili nedenlere yer verilir (TKK 6/4-b, Yönetmelik m. 9).

Tanık Koruma Kanununa göre (TKK 4/2), tanık koruma tedbirlerinden birinin uygulanabilmesi için, *ağır ve ciddi bir tehlikenin varlığı* ve *korumanın zorunlu olması* gerekir. CMK 58/2 ise, sadece *ağır bir tehlike* ile yetinmiştir.

Ağır ve ciddi tehlikenin *hayat, beden bütünlüğü veya mal varlığı* bakımından ele alındığı görülmektedir. Mal varlığına yönelik ağır ve ciddi bir tehlike, tanığın kimliğinin gizlenmesi için her zaman yeterli sayılmayabilir. Bu gibi hallerde tanık koruma açısından uygulanabilen kolluk tedbirlerinin (fiziki koruma gibi) öncelikle uygulanması önerilmektedir.[49]

---

48 Resmi makamlar bilgi kaynağının gizli tutulmasını, *basamak teorisi* adı verilen bir sıralama içinde kararlaştırırlar: birici basamak tanığın kimliğinin veya adresinin gizli tutulması veya tanığın kapalı oturumda dinlenmesidir. İkinci basamak, ifadenin istinabe yolu ile alınmasıdır. Üçüncü basamak, tanığın dinlemesinden vazgeçilmesi ve kollukta alınan ifadenin duruşmada okunması veya kolluk memurunun tanık yerine dinlenmesidir (*Şahin, Cumhur:* Türk Hukukunda Tanık Koruma Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran-Aralık 2002, cilt VI, sayı 1-2, sh. 155-190).

49 *Turhan* 2009, 168.

Tanık koruma tedbiri olarak öngörülen *muhakeme hukuku tedbirleri* ile, *kolluk* tedbirlerinin (TKK 5) uygulanmasında, *en hafif tedbirin seçilmesi kuralı* vardır (TKK 5/2).

Ceza Muhakemesi Kanunu *doğrudan soru* (CMK 201) ve *çapraz sorguyu* (CMK 215) kabul etmekle, duruşmada müdafiin ve C. savcısının tanıklara bizzat soru sormalarının yolunu açmıştır. Ancak, kimliği gizli tutularak korunan tanıklara soru sorulması söz konusu olduğunda, bu soruların eski sistemdeki gibi, önce hakime yöneltilmesi, hakimin de bu soruları gizli tanığa sorması uygulaması yapılacaktır (TKK 9/5).

Kanun, koruma altındaki tanığa sorulan soruların, *duruşmada hazır bulunanlar huzurunda verilmiş ifade* hükmünde olduğunu varsaymıştır (TKK 9/7). Haklarında koruma tedbiri kararı alınan tanıkların dinlenmelerinde öngörülen usuller, savunma hakkını kısıtlayacak şekilde uygulanamaz (TKK 9/10).

Tanık Koruma Kanunu'nun en önemli hükmü, korunan tanığın dinlenmesi ile ilgili usul kurallarıdır. Burada CMK 58. maddenin 2 ve 3. fıkraları örgüt suçu olup olmadığına bakılmaksızın uygulanacaktır (TKK 9/1).

Duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan tanık dinleme kararı verilmişse (CMK 58/3), dinleme sırasında tanığın görüntü veya sesi değiştirilerek tanınması engellenebilmektedir. Bu düzenleme ile CMK 58/3. maddede tenkid ettiğimiz husus giderilmiştir. Bu gibi durumlarda tanığın verdiği beyan duruşmada hazır bulunma hakkına sahip olanlara açıklanır (TKK 9/4). Bu yönteme "Mainz Modeli" denilmektedir. "İngiliz Modeli" ise, hakimin duruşma salonundan ifade almasıdır.[50]

Tanığın duruşma salonunda hazır bulundurulmasına rağmen, fiziksel görünümünü engelleyecek tarzda bir dinleme yapılması da mümkündür (TKK 9/3). Fiziksel görünümü engellenmiş olan tanığa CMK 201 uyarınca doğrudan soru sorulabilir.

Kimliği gizlenen tanığa sorulan soruların tanık hakkında uygulanan tedbirle orantılı ve amaca uygun olması gerekir. Hakim sorulan soruların tanığa sorulmamasına karar verebilir veya tanığı dinlerken tanığın kimliğini ortaya çıkartacak soruların sorulmasına izin vermez (TKK 9/5).

Kimliği gizli tutularak sanığını intikam hislerine karşı korunan tanığın verdiği bilgilerin duruşmanın sonunda hüküm verirken kullanılmasına karşı; dolaylı delillerin güvenilmez olması, savunma hakkının kısıtlanması gibi çeşitli noktalardan itiraz edilmiştir.[51]

---

50 *Şahin* 2002, 185.

51 *Şahin* 2002, 161.

Eğer tanığın kimlik ve adres bilgileri gizli tutulmuş (TKK 5/1-a) veya tanık duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan dinlenmiş ya da ses veya görüntüsü değiştirilerek özel ortamda dinlenmişse (TKK 5/1-b), bu takdirde tanığın verdiği beyan tek başına hükme esas teşkil etmez (TKK 9/8). Bu hüküm keşif sırasında da uygulanır (TKK 9/9). Ancak, Tanık Koruma Kanununda tanık koruma tedbiri altındaki tanığın dinlenmesi yoluyla, *savunma hakkının kısıtlanması* kabul edilmemiştir (TKK 9/10).

Van Mechelen v. Hollanda kararında, polise gelen bir ihbarda, bir çok silahlı soygun yapan kişilerin, karavanlarda yaşadıkları bildirilmiştir. Polis 25 Ocak 1989 tarihinden itibaren karavaların park ettiği bölgede bir *tarassut ekibi* görevlendirmiştir (§ 9). 26 Ocak 1989 tarihinde saat 17.15 sıralarında bir Mercedes, bir BMW ve Lancia marka bir oto karavanların bulunduğu yerden hareket etmiş, polis bunların plaka numaralarını tespit etmiştir. Aynı gün saat 18.00 de bir banka soygunu yapılmıştır. Bankaya ön tarafı güçlendirilmiş bir mercedes marka otomobille vitrini kırarak girilmiş ve siyah kar maskesi takan soyguncu 70.000 Gulden parayı almış ve soyguncular Mercedes'i ateşe vererek, BMW ile olay yerinden kaçmışlardır. Polis BMW yi takip etmiş ve ormanlık bir yola girdiğini görmüştür. Ormandan bir duman yükseldiğini gören polis, orada BMW'nin de ateşe verildiğini görmüştür. İçinde 4 polis memuru olan polis aracı, kırmızı Lancia marka bir otomobili görerek, bunu takibe başlamış, fakat Lancia'nın içindekiler aracın üstünü açarak, tabanca ve makinalı tüfekle polise ateş açmışlardır. Bu kovalamaca sırasında içinde sivillerin de bulunduğu bir araç isabet almış, fakat yaralanan olmamıştır. Lancia hızlanarak arayı açmış ve polis ileride tekrar aracı gördüğünde Lancia'nın durmakta olduğunu fark etmiş ve araçtan inip yol kenarında duran bir kişi, gizlendiği yerden polis otosuna makinalı tüfekle ateş etmeye başlamıştır. Polis aracı isabet almış ve içindekiler yaralanmıştır. Polislerin etkisiz hale getirilmesinden sonra, Lancia kaçmıştır (§ 11). Daha sonra yapılan tespitlerde, her üç aracın karavanların bulunduğu yerden hareket eden otomobiller olduğu belirlenmiştir.

Başvurucu *Van Mechelen* ve *Amandus* adlı bir diğer kişi, bu soygun olayı ile ilgili olarak yakalanmışlar ve 19 Mayıs 1989 tarihinde mahkemeye çıkarılmışlardır. Olayda savcılığın dayandığı deliller, sadece kendilerine birer numara verilmiş olan ve kimlikleri gizli tutulan polis memurlarının, kimliği belli bir polis memuruna verdiği beyanlardan ibarettir (§ 13). Mahkeme, kimliği belli olmayan polislerin *adli görevleri* bulunup bulunmadığının tespit edilmesini istemiş ve bunların adli görevleri bulunduğu anlaşılmıştır. Müdafi Bay *Venereus,* polis memurlarının kimliklerinin belli olmaması nedeniyle, verdikleri ifadelerin delil değeri taşımayacağını, mahkumiyete esas teşkil etmeyeceğini ileri sürmüşse de mahkeme sonuçta sanıkları 10'ar yıl hapis cezasına mahkum etmiştir (§ 14).

Her beş sanık kararı istinaf etmişler ve 2 Mayıs 1990 tarihinde yapılan duruşmada kimlikleri belli olan ve kimlikleri gizlenen tanıkların duruşmada dinlenmesini talep etmişlerdir. Bunun üzerine istinaf mahkemesi bir araştırma hakimi görevlendirerek, bu tanıkların dinlenmesini istemiştir. 24 ve 27 Eylül ile 5, 8 ve 13 Kasım 1993 tarihlerinde yapılan oturumlarda, hakim bütün tanıkları dinlemiş ve fakat kimliğin gizli kalmasını sağlamak üzere, hakim, tanık ve zabıt katibi bir odada, sanıklar, müdafileri ve savcı diğer bir odada olacak şekilde, arada ses bağlantısı kurularak gerçekleştirilmiş ve bu şekilde tanıklara sorulan bütün soruları tarafların duyması, tanıklara soru sorulması mümkün olmuştur (§ 16).

001 numaralı kimliği gizli tutulan tanık, *kimliği ortaya çıktığı takdirde soyguncuların ailesini tehdit edebileceğini* belirtmiş ve aynalı bir odadan Lancia'da şoförün yanında oturan kişinin *van Mechelen* olduğunu da teşhis etmiştir (§17). 27 Eylül 1990 tarihinde yapılan oturumda, kimliği belli olan tanık bay *Engelen,* sivil bir kişi olduğunu ve ateş eden kişiyi gördüğünü söylemiş ve aynalı cam arkasından ateş eden kişinin *van Mechelen* olduğunu teşhis etmiştir (§19). Bunun gibi, kimliği gizli tutulan ve numaralandırılmış olan polis memurları, olaya ilişkin bilgiler vermişlerdir.

18 Ocak 1991 tarihinde yapılan istinaf duruşmasında *van Mechelen*'in müdafii, Hollanda'nın olimpik takımında bulunan tabancayla atış şampiyonu iki kişiyi getirmiş ve bunların görme yeteneklerinin çok üstün olduğunu ortaya koyarak, somut olayın gerçekleştiği yerdeki mesafe, ışık ve hava koşullarına benzer koşulları gerçekleştirerek, bu koşullar altında sivil tanık bay *Engelen*'in *van Mechelen*'i teşhis edip edemeyeceği konusunu tartışmaya açmış, yapılan canlandırmanın video çekimlerini delil olarak ortaya koymuş ve bu olimpiyat şampiyonları, o koşullar altında teşhis yapmanın mümkün olmadığını belirtmişlerdir (§ 25). Sonuçta istinaf mahkemesi de, sanıkların mahkumiyet kararlarının yerinde olduğuna karar vermiştir (§ 26). Başvurucular kararı temyiz etmişler ve Hollanda Yargıtayı da kimlikleri gizli tutulan polis memurlarının tehlike altında oldukları gerekçesi ile, istinaf duruşmasında tanık olarak dinlenmelerine gerek olmadığına, sorgu hakimi tarafından alınan ifadelere dayanılarak hüküm verilebileceğine karar vermiştir.

Van Mechelen ve arkadaşları Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuşlar ve sözleşmenin 6/3-d maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Mahkeme bu konudaki ilkeleri ortaya koyduktan sonra (§ 49-55) somut olaya uygulama yaparak, *adli görevi* bulunan polis memurlarının kimliklerinin gizli tutulmasının ve duruşmada esas hakkında hüküm verecek olan hakim karşısında tanık olarak dinlenmemelerinin savunma hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir. Bu kararını verirken, sivil tanık bay *Engelen*'in kimliğinin belli edildiğini ve bir tehdit almadığını vurgulamış ve

polis memuru olan gizli kimlikli tanıklar açısından tehdidin varlığına ikna olmadığını belirtmiş ve duruşmadaki tanık davranışlarının hakim ve müdafii tarafından izlenmesinin tanığın beyanının güvenilirliği konusunda büyük önem taşıdığını vurgulayarak, sadece gerçekten zorunlu *(strictly necessary)* hallerde gizli tanıklık olabileceğini içtihat etmiştir (§ 58)

Yukarıda açıklanan koruma altındaki tanığın duruşmada dinlenmesine ilişkin usul kamuoyunda "gizli tanık" olarak isimlendirilen durumu yansıtmaktadır. Menfaatlerin dengelenmesi çerçevesinde her somut olayda hakimin ayrı bir değerlendirme yapması gerekir. Sanığın savunma hakkı, aleyhindeki tanığı görmek ve ona sorular sormak, sordurmak hakkı kutsaldır, fakat tanığın yaşama hakkı da kutsaldır. Hakimin çatışan menfaatleri dengeleyici bir karar vermesi gerekecektir. Ancak savunma hakkının özüne hiç bir şekilde dokunmaması gerekir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin *Van Michelen / Hollanda* kararından esinlendiği anlaşılan yasal düzenleme doğru uygulandığı takdirde yerindedir: Kimliği gizli tutulan ve kendisi duruşma salonunda bulunmayan sadece sesi duyulan tanığın verdiği beyanı, sadece bu delile dayanılarak hüküm kurulamayacağı açıkça düzenlenmiştir. Ancak, hakimin ayrıca beyanda bulunan bu korunan tanığın beyanının güvenilir olup olmadığını da ayrıca değerlendirmesi gerekir. Yukarıda belirttiğimiz gibi, korunan tanıkların tanıklık yapmalarında maddi gerçeği saptırmak amacı da mevcut bulunabilir.

Kimliği gizlenen tanık tarafından verilen bilgilerin duruşmada hüküm verirken kullanılması konusunda AİHM tarafından geliştirilen kriterler şöyle özetlenebilir:

Delillerin ikamesi ve kabul edilebilirliği konusunda karar vermek açısından takdir yetkisi, ulusal ilk derece mahkemelerine aittir. AİHM, *tanık* kavramını *otonom bir kavram* olarak anlar ve *suç mağdurunu* da tanık olarak kabul eder.[52] AİHM *muhakemenin tümü bakımından,* Sözleşmenin 6/1 maddesindeki *genel adil yargılanma hakkının* ihlal edilip edilmediğini inceler:[53] AİHM, Sözleşmenin 6/3 maddesindeki özel muhakeme hukuku garantilerini, 6/1 maddedeki genel adil yargılanma hakkı açısından değerlendirir.[54]

Delillerin duruşmada, savunma ve iddia makamlarının hazır bulundukları bir oturumda, sözlülük ve doğrudan doğruyalık kurallarına uygun bir şekilde, vicahi olarak ortaya konması gerekir. Ancak, esas hakkındaki kararı

---

52 *Kostovski* § 40, *Lüdi* § 44, *Windisch* § 23 (nakleden: *Turhan, Faruk:* Ceza Muhakemesinde Tehlike İçindeki Tanıkların Korunması, Seçkin. Ankara 2009, 161).

53 *Van Mechelen* § 50, *Doorson* § 67, *Windisch* §25 (nakleden: *Turhan* 2009, 161).

54 *Unterpertinger* § 29, *Kostovski* § 39, *Windisch* 23, *Lüdi* § 43, *van Mechelen* § 49 (nakleden: *Turhan* 2009, 161).

verecek olan hakimin huzurunda alınmış olmayan bir beyan da, istisnai hallerde delil olarak kullanılabilir. Bunun için, daha önce alınan ifade sırasında, (aleyhe beyanda bulunan tanığa soru sormak veya sordurmak gibi) savunma haklarına ölçülü bir oranda riayet edilmiş olması gerekir.[55] Eğer savunmanın hakları daha önceki dinleme sırasında garanti altına alınmış ise, kolluk, savcı veya başka bir hakim tarafından alınmış olan ifadenin tutanağının duruşmada esas hakkındaki kararı verecek olan hakimin önünde delil olarak okunması Sözleşmenin 6/3-d ve 6/1 maddelerine aykırı değildir.[56]

Kimliği gizli tutulan *tanığın korunmasındaki yarar* ile, kendisi aleyhine ifade veren *tanığa, sanığın soru sormasındaki* yarar yarıştığı için, kimliği gizli tutulan tanığın verdiği bilgilerin sanık aleyhine delil olarak kullanılabilmesi için, *önemli ve yeterli bir neden* mevcut bulunmalıdır. Bu neden, *somut bir tehlikedir.*[57] Tanık veya yakınları, *tanığın verdiği bilgiler nedeni ile, hayat, vücut bütünlüğü, özgürlük veya özel hayat veya aile hayatı açısından tehlike içine girmiş olmalıdır.* Soyut tehlike iddaları yeterli değildir. Ancak, doğmuş bulunan bu tehlikenin, sanığın savunma haklarının kısıtlanması ile orantılı olması da gerekir (ölçülülük !!!).[58]

Tanık bakımından doğmuş bulunan tehlikenin bağımsız bir merci (hakim) tarafından saptanmış olması ve bu somut tehlikenin gerekçelendirilmiş olması gerekir. AHİM *Doorson* ve *Kok* kararlarında tehlikenin hakim tarafından gerekçeli bir şekilde saptanmış olmasını, Devlet lehine nazara almıştır.

Gizli tanığın *gerçek kimliğinin hakim tarafından bilinmesi* gerekir.

Kolluk memurlarının veya kamu görevlisi olan *gizli soruşturmacıların,* duruşma haricinde, *gizli tanık* olarak dinlenmesi gerektiğinde, sanığın savunma haklarını korumak üzere, *daha katı kurallar* uygulanmalıdır. Savcı ile adli kolluk arasında emir verme ve emir alma şeklinde hiyerarşik mesleki bir ilişki bulunduğu ve kolluk memurlarının duruşmada tanık olarak ifade vermek yükümlülükleri olduğu için, adı geçenlerin gizli tanıklık statüsüne girmeleri, daha da istisnai olmalıdır. Kolluk görevlilerinin gizli tanıklığı, sadece *işlenmiş olan suçun ağırlığına*[59] veya *örgütlü suçta misilleme yapılabileceği* gibi, genel gerekçelere dayandırılamaz.

---

55 *Kostovski* § 41, *Windisch* § 26 (nakleden: *Turhan* 2009, 162).

56 *Kostovski* § 41, *Doorson* § 72 (nakleden: *Turhan* 2009, 161).

57 *Van Mechelen* § 61, 62 (nakleden: *Turhan* 2009, 161).

58 *Doorson* § 70, *van Mechelen* § 53, *Visser* § 43 (nakleden: *Turhan* 2009, 161).

59 *van Mechelen* § 56, 66 (nakleden: *Turhan* 2009, 161). Ayrıca bakınız; *Turhan, Faruk:* Tanık Koruma Tedbirleri ve Sanığın Adil Yargılanma Hakkı, *Öztürk Bahri* (Ed), 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, Ankara 2009, sh. 299 vd.

Sanığın, kimliği gizlenen tanıkla yüz yüze gelerek, ona soru sorma hakkı, tehlike ile orantılı bir şekilde sınırlandırılabilirse de, bu kısıtlama gerektiğinden fazla olmamalıdır. Birden fazla tedbir uygulamak söz konusu ise, savunma hakkını en az kısıtlayan tedbir uygulanmalıdır.[60]

Tanığın kimliği gizli tutulmuşsa, verdiği bilgilerin hüküm verirken kullanılabilmesi için, muhakemenin herhangi bir evre veya bölümünde, sanığın tanığa soru sormak veya sordurmak hakkı sağlanmış olmalıdır.[61] Gizli tanığın müdafi huzurunda dinlenmiş olması, çok yerindedir ve bireysel başvurunun reddi sebebi olabilir.[62]

Sanık hakkında verilen mahkumiyet kararında gizli tanığın beyanı *tek ve yegane delil olmamalı,* gizli tanıktan alınan bilgiler dışında, hüküm kurulurken dayanılan başka deliller de mevcut bulunmalıdır. Ancak, başka deliller mevcut olsa bile, gizli tanığın verdiği bilgi, *mahkumiyet hükmünün oluşmasında belirleyici bir rol* oynamış ise, bu da adil yargılanma hakkının ihlal edilmesine yol açar.

Sonuçlar: Yukarıda yapılan incelemelerden, sadece bazı önemli noktaları vurgulamak istiyoruz: "suç örgütü" ile "iştirak" arasındaki farklara uygulamada yeterince dikkat edilmemesi, aslında uygulanamayacak olan bazı koruma tedbirlerinin tatbik edilmesine neden olmaktadır; örgüt üyesi olmamakla birlikte, örgüt adına suç işleyenin örgüte üye olmak suçundan cezalandırılması (TCK 220/6), *karineye dayanan bir cezalandırmadır* ve adil yargılanma hakkını ihlal edebilir; örgütsel yapıyı delillendirilmeksizin soruşturma başlatmak, "insan hakkı ihlalidir"; gizli tanık kullanılırken, korunması gereken tanığın gerçekten somut bir tehlike altında olması gerekir.

---

60 *van Mechelen* § 58, 60.

61 *Lüdi* § 47.

62 *Doorson* § 70.

Fuhşa Teşvik Suçunda Zincirleme Suçun Mağdura İlişkin Koşulunun Değerlendirilmesi

*Hamide ZAFER**

I- Giriş

Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitabı'nın *"Topluma Karşı Suçlar"* başlıklı Üçüncü Kısmı'nın *"Genel Ahlaka Karşı Suçlar"* başlığını taşıyan Yedinci Bölüm'ünde, 227. maddede *"Fuhuş"* suçu, daha doğru bir ifade ile "Fuhşa Teşvik, Yardım ve Aracılık" suçu düzenlenmiştir. Bu suçla cezalandırılan, fuhşa teşvik ve aracılık fiilleri olup fuhuş cezalandırılmamaktadır.

Türk Ceza Kanunu m.227'de, -çocuğun fuhşa teşvik edilmesi, bunun yolunun kolaylaştırılması, bu maksatla tedarik, barındırma ve aracılık (m.227/1), -yetişkinin fuhşa teşvik edilmesi, fuhşu kolaylaştırmak, aracılık etmek veya yer temin etmek (m.227/2), -cebir veya tehdit kullanarak hile ile ya da çaresizliğinden yararlanarak bir kimseyi fuhşa sevk etmek veya fuhuş yapmasını sağlamak (m.227/3), hükme bağlanmıştır. Bu suçların oluşabilmesi için kural olarak ilgilinin fuhuş yapması zorunlu değildir. Yukarıda belirtilen hareketlerin gerçekleşmesi ile suç tamamlanmaktadır[1].

Özellikle birden fazla yetişkinin, kendi istekleriyle veya özendirilerek ya da basit bir teklif sonucunda fuhuş yapmaya ikna edilmeleri ya da bu kişilerin fuhşuna, aracılık veya yardım edilmesi halinde zincirleme suç kurallarının uygulanabilirliği önem taşımaktadır. Öğretide bu duruma işaret edilmeden ve hiçbir ayırım yapılmaksızın, TCK m.227'de düzenlenen suçun mağdurunun, kendisine fuhuş yaptırılacak kişi olduğu belirtilmektedir[2]. Suçun

---

* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 Aynı yönde bak. O.Yaşar/H.T.Gökcan/M.Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt V, Ankara 2010, 6422.

2 V.Ö.Özbek/N.Kambur/K.Doğan/P.Bacaksız/İ.Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2010, 842; "Suçun mağduru, kadın veya erkek, reşit olan veya olmayan herkes bu suçun mağduru olur. Mağdur evli veya bekâr olabilir". Bak.D.Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2010, 555; Yaşar/Gökcan/Artuç, Cilt V, 6419; A.Parlar/M.Hatipoğlu, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Madde 141-345, 2.Cilt, Ankara Şubat 2007, 1644.

mağdurunun kendisine fuhuş yaptırılacak kişi olarak nitelendirilmesi, bu kişilerin birden fazla olması halinde özellikle TCK m.227/2'deki hallerde zincirleme suç kurallarının uygulanamayacağı kanaatini pekiştirmektedir. Bu çalışmada; fuhşa teşvik, aracılık ve yardım fiillerinin mağduru ve bu suçlar bakımından 29.06.2005 tarih ve 5377 sayılı Kanun ile TCK'nın 43/1. maddesine eklenen, mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda zincirleme suç kurallarının uygulanabilmesine imkân tanıyan düzenlemenin anlamı üzerinde durulacaktır. Diğer bir söyleyişle çalışmanın amacı, 29.06.2005 tarih ve 5377 sayılı *Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un*[3] *6. maddesi ile* Türk Ceza Kanunu'nun 43. maddesinin birinci fıkrasına eklenen *"Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra (zincirleme suç) hükmü uygulanır."* hükmünün anlamını, TCK m.227'de tanımlanan fuhuş suçu açısından tartışmaya açmaktır.

II- Zincirleme suçta mağdurun aynı olması koşulu

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda, zincirleme suçun temel unsurları suç işleme kararında birlik ve bir suçu birden çok kez işlemek olarak belirlenmiştir. Zincirleme suç kurumunun temel unsurlarını, suç işleme kararında birlik ve aynı suçu birden çok kez işlemek oluşturmaktadır. Suçun mağdurunun aynı kişi veya farklı kişiler olması bu kurumun uygulanması bakımından bir önem taşımamıştır. Zincirleme suçun bu yapısı, Ortaçağ'dan[4] bu yana özellikle İtalyan hukuk öğretisinde ve uygulamasında yerleşmiştir. Mağdura ilişkin özellikler, zincirleme suçun tarihi süreç içinde oluşan klasik biçiminde, zincirleme suçun bir unsuru olarak görülmemiştir[5]. Ancak özellikle şahsa karşı işlenen suçlarda zincirleme suçun bu şekilde uygulanması zaman zaman adil olmayan sonuçların ortaya çıkmasına ve zincirleme suçun uygulanma alanını daraltmak adına aynı suç işleme kararında birlik unsurunun değişik şekilde yorumlanmasına da neden olmuştur[6].

---

3 RG 08.07.2005 No. 25869.

4 Zincirleme suç, orta zamanların uygulamacıları tarafından sadece cezaların şiddetini azaltmak için kabul edilmiş, daha sonra öğretiye ve mevzuata geçmiş bir kurumdur. Bak. S.Dönmezer/S.Erman, Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt: I, k.no.525, 392. Ayrıca bak. T.Y.Sancar, Müteselsil Suç, Ankara 1995, 40.

5 Z.Hafizoğulları, "5237 Sayılı Kanunun 43/1. Maddesine 2005/5377 Sayılı Kanunla Eklenen "Mağduru Belli Bir Kişi Olmayan Suçlarda Da Bu Fıkra Hükmü Uygulanır" Hükmü Hakkında", -Ord.Prof.Dr.Sulhi Dönmezer Armağanı, Cilt II, Ankara 2008, 860.

6 Hırsızlık suçunu ikrar etmeleri için ayrı ayrı işkenceye tabi tutulan iki kişiye karşı işlenen işkence suçunda Yargıtay, bu suçların ayrı suç işleme kararı ile işlendiği; bu suçların bir suç işleme kararına bağlanmadığı gerekçesiyle zincirleme suç kurallarının uygulanmaması gerektiğine karar vermiştir. Bu kararda, şahıslara karşı işlenen suçlarda suç işleme kararında birlik unsurunun neden gerçekleşmeyeceği İtalyan ve Türk öğretisinden aktarılan görüşler de belirtilerek tartışıl-

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'yla zincirleme suçun unsurlarına, mağdura ilişkin yeni bir unsur eklenmiştir. TCK m.43/1'de, bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda *bir kişiye* karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedileceği ifade edilmiştir. Zincirleme suç kurallarının uygulanabilmesinin koşullarından birisi de, aynı suçun birden fazla kere; ancak aynı kişiye karşı işlenmesidir. Zincirleme suçu oluşturan suçların mağduru, kural olarak aynı olmalıdır. Bir başka anlatımla bu suçlar, aynı mağdura karşı işlenmelidir. Mağdura ilişkin bu koşul ile zincirleme suçun uygulama alanı oldukça daraltılmıştır.

29.06.2005 tarih ve 5377 sayılı *Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un*[7] *6. maddesi ile* Türk Ceza Kanunu'nun 43. maddesinin birinci fıkrasına son cümle olarak, *"Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır."* ifadesi eklenmiş, üçüncü fıkrasında geçen *"cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı"* ibaresi madde metninden çıkarılmış; yani zincirleme suç kurallarının söz konusu cinsel suçlarda mağdur aynı olmak koşuluyla uygulanması mümkün kılınmıştır.

5377 sayılı Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 6. maddesinin gerekçesi şu şekildedir: "Zincirleme suç halinde, aynı suçun birden fazla işlenmiş olması söz konusudur. Ancak bu suçlar, bir suç işleme kararının icrası kapsamında işlenmektedirler, yani, bu suçlar arasında sübjektif bir bağ bulunmaktadır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri aynı suç sayılır. Zincirleme suç halinde ortada bir suç değil, birden fazla suç mevcuttur. Zincirleme suçtan söz edilebilmek için, aynı suçun müteaddit defa aynı kişiye karşı işlenmesi gerekir. İşlenen suçların mağdurunun aynı kişi olması gerekir. Suçun mağdurunun farklı kişiler olması halinde, zincirleme suç hükümleri uygulanmaz. Rüşvet ve çevrenin kirletilmesi gibi, toplumu oluşturan herkesin mağdur olduğu suçlarda, muayyen bir kişi mağdur olmadığına göre, zincirleme suç hükümlerini öncelikle uygulamak gerekir. Ancak, bu son durumla ilgili olarak hukuk uygulayıcılarında oluşan tereddüdü gidermek amacıyla, 43 üncü maddenin birinci fıkrasına "Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır". şeklinde bir cümle eklenmiştir. / Zincirleme suç halinde, kişiye bu suçların her birinden dolayı ayrı ayrı değil, bir ceza verilmekte ve fakat ceza arttırılmaktadır. Ancak, cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçlarının aynı kişiye karşı müteaddit defa işlenmesi halinde gerçek içtima hükümlerinin uygulanması gerektiği yönündeki düzenleme, başta Yargıtay olmak üzere hakim ve savcılarda ispat sorunu ve ölçüsüz ceza miktarının ortaya çıkması bakımından ciddi endişelere neden olmuştur. Bu endi-

---

mıştır. Bak.YCGK, 27.3.1995-8-58/86; Aynı yönde tartışmalar için bak. **Sancar**, Müteselsil Suç, 106-107, dn.171.

7 RG 08.07.2005 No. 25869.

şeleri gidermek amacıyla, maddenin üçüncü fıkrasında yer alan "cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı" ibaresi metinden çıkartılmıştır"[8].

Zincirleme suç kurallarının uygulanabilmesi için suçun mağdurunun, *kişi* olması gerekir. 5377 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle mağdurun belli bir kişi olmayıp aile, toplum olduğu hallerde de zincirleme suç kurallarının uygulanmasının yolu açılmıştır. Belirtelim ki, 5377 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonra, zincirleme suç kurallarının uygulanabilmesi mağduru belirli bir kişi olan suçlar bakımından mağdurun aynı kişi olması koşuluna bağlı olarak; mağduru kişi olmayan örneğin topluma veya aile aleyhine işlenen suçlarda ise (aynı) mağdur koşulu aranmaksızın uygulanacaktır. Mağduru kişi olsun veya olmasın tüm suçlar bakımından zincirleme suç kuralları uygulanabilir hale gelmiştir. Ancak mağduru belirli bir kişi olan suçlarda, mağdurun aynı kişi olması koşulu varlığını devam ettirmekte ve zincirleme suç kurallarının uygulama alanını daraltmaktadır[9]. Bu noktada kanımızca hükmün doğru uygulanabilmesi için, suçun mağduru ile suçun maddi konusu ayrımının yapılması gerekir. Suçun mağdurunun aile veya toplum olduğu, daha doğru bir ifade ile dolaylı da olsa bir kişinin mağdur olarak ortaya çıkmadığı hallerde zincirleme suç kuralları uygulanabilecektir.

III- Suçun pasif süjesi olarak mağdur kavramı

Her suç, doğrudan mağduru kim olursa olsun kamu düzenini bozar. Kamu barışının korunmasına ilişkin menfaat devlete aittir. Her suç, devlete ait olan bu genel menfaati ihlal eder. Belirtelim ki, her suçun mağduru, kamu barışını korumaktan sorumlu olan devlettir. Devlet, her suçun devamlı pasif süjesidir. Ancak bizim ilgilendiğimiz mağdur, soyut suç tanımları ile korunmaya çalışılan doğrudan doğruya mağdurdur.

Her suçun bir aktif, bir de somut olaya göre değişebilen pasif süjesi yani mağduru bulunur[10]. Yaşayan insanların ve kendisini oluşturan kişi ve eşya-

---

8 O.Yaşar/H.T.Gökcan/M.Artuç,Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt I, Madde 1-44, Ankara 2010, 1202-1203.

9 Hafızoğulları'na göre, "Gerçekten, mağduru belli bir kişi olmayan birden çok aynı suçun zincirleme suç kapsamına alınması, hükmün kapsamını genişlettiğinden, açıkçası mevcut sınırlamayı kaldırdığından, mahiyetinin icabı olarak, istisnanın istisnası olmaktadır. /Bu durumda, eğer mağduru "… bir kişi… " olmayan suçlar hakkında da zincirleme suç mümkünse, mağduru aynı *b*ir kişi olsun veya olmasın, tüm suçlarda zincirleme suç mümkün olmakta ve dolayısıyla, istisnanın istisnası kural olduğundan, suçun mağdurunun mutlaka aynı kişi olması şartı, ortadan kalkmış olmaktadır". Hafızoğulları, "5237 Sayılı Kanunun 43/1. Maddesine 2005/5377 Sayılı Kanunla Eklenen "Mağduru Belli Bir Kişi Olmayan Suçlarda Da Bu Fıkra Hükmü Uygulanır" Hükmü Hakkında", 862.

10 Bak. N.Toroslu, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara 1970, 174 vd.

dan bağımsız bir varlığı ve kendine özgü menfaatleri olan tüzel kişilerin suçun mağduru olabileceği kabul edilmektedir. Tüzel kişiliğe sahip olmayan aile, toplum ve devletler topluluğu gibi toplulukların hukuken korunmaya değer varlıklarının olup olamayacağı; diğer bir ifade ile suçun mağduru olup olamayacakları tartışmaya açıktır. Toroslu'ya göre, "… suçun pasif süjesi sorunu, varlıkları veya menfaatleri hukuki yönden bir kişiye bağlamak sorunu değildir. Çünkü devleti her suçun devamlı pasif süjesi kabul etmek bu ihtiyaca cevap vermektedir. Söz konusu sorun, varlık veya menfaatlerin belirli sosyal grupların etrafında toplanması sorunudur. Bu nedenle sadece birey gibi gerçek kişiler veya şirket veya devlet gibi özel veya kamusal nitelikteki tüzel kişiler değil, kendilerine özgü ihtiyaçları tatmin eden varlık veya menfaatlerin hamili olan aile, toplum ve devletler topluluğu gibi tüzel kişiliği bulunmayan sosyal topluluklar da suçun pasif süjesi" yani mağduru olabilir[11].

Suçun koruduğu hukuki değerle mağdur kavramı arasında sıkı bir ilişki vardır. Her suç, bireyin, belirli bir insan grubunun veya genel olarak toplumun belirli bir varlık veya menfaatine zarar verir veya zarar tehlikesi yaratarak kamu düzenini bozar. Diğer bir söyleyişle suçla korunmaya çalışılan değerler; bir kişiye, bir insan grubuna veya genel olarak insan gruplarından meydana gelen topluma ait olabilir. Suçların zarar verdikleri veya zarar tehlikesi yarattıkları bu değer ve varlıklara suçun hukuki konusu denir[12]. Bu değer; "hukuksal değer"[13], "hukuki menfaat"[14], "hak veya yarar"[15] olarak da adlandırılmaktadır. Günümüzde suçların gruplandırılmasında esas alınan ölçüt de genellikle "suçun hukuki konusu" ölçütüdür[16]. Aynı hukuki konuyu koruyan suçlar, kendi aralarında, hukuki konunun alt değerleri ve tamamlayıcı ölçütleri dikkate alınarak sistemleştirilir. Suçun mağdurundan yani pasif süjesinden "suçun hukuki konusunu oluşturan bireysel, toplumsal veya kamusal nitelikteki varlık veya menfaatin sahibi, yani suçtan doğrudan doğ-

---

11 N.Toroslu, Ceza Hukuku, Ankara 2005, 68. Aynı yönde bak. Hafızoğulları, "5237 Sayılı Kanunun 43/1. Maddesine 2005/5377 Sayılı Kanunla Eklenen "Mağduru Belli Bir Kişi Olmayan Suçlarda Da Bu Fıkra Hükmü Uygulanır" Hükmü Hakkında", 861.

12 H.Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75, İstanbul 2010, 109.

13 Y.Ünver, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003, 49 vd.

14 S.Erman/Ç.Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm Kişilere Karşı İşlenen Suçlar (TCK 448-490), İstanbul 1994, 4 vd.

15 S.Dönmezer/S.Erman, Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım II, İstanbul 1997, k.no.1172 vd.

16 Hukuki konu (hukuksal değer) kavramındaki gelişmeler konusunda bak. Ünver, 33 vd.

ruya saldırıya uğrayan birey, aile, toplum veya devlet yahut devletler topluluğu anlaşılır"[17].

Bir suçun mağdurunun belirlenebilmesi için önce o suçla korunan hukuki değerin/menfaatin belirlenmesi gerekir. Suçla korunan hukuki menfaati ihlal edilen kişi veya topluluk mağdurdur. Türk Ceza Kanunu'nda suçların yer aldığı kısım ve bölüm, korunan hukuki menfaatin ve dolayısıyla mağdurun tespitinde yardımcı olur. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da 11.3.2008-5-253/52 sayılı kararında, suçun Kanun'da düzenlendiği bölümü esas alarak suçun mağdurunu tespit etmeye, diğer bir söyleyişle suçla korunan hak ve menfaat üzerinde tasarruf etme ehliyetine sahip olan kişiyi bulmaya çalışmıştır[18]. Örneğin kasten öldürmede, diğer bir kişinin yaşama hakkı (TCK m.81); yaralamada, diğer bir kişinin vücut bütünlüğü üzerindeki hakkı (TCK m.86); sigorta bedelini almak maksadıyla malını tahrip etmede, sigorta şirketinin malvarlığı üzerindeki hakkı (TCK m.157,158/k); bir kimsenin kendisini askerliğe yaramayacak hale getirmesinde, devletin askerlik hizmetinin yapılması ile elde ettiği menfaati (Askeri CK m.79) korunur. Bu hak ve menfaatlerin sahibi mağdurdur. Aynı şekilde aile düzenine karşı suçlarla aile düzeninin korunması amaçlandığından bu suçlarda mağdur, aile; parada sahtecilik suçları ile kamu güveninin korunması amaçlandığından kamu, suçun mağdurudur.

Suçun mağduru ve suçun maddi konusu kavramları birleşebilir[19]. Yani mağdur ve suçun maddi konusu, aynı kişi olabilir. Bu nedenle mağdur ve maddi konu ayırımının da ortaya koyulması gerekir. Ancak suçun maddi

---

17 N.Toroslu, Ceza Hukuku, Ankara 2005, 68.

18 YCGK, 11.03.2008-5-253/52 sayılı kararında, 5237 sayılı TCY'da 15 yaşını bitirmiş olmakla birlikte 18 yaşını tamamlamamış olan çocuklara karşı işlenen "cinsel amaçlı olarak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma" eylemlerinde küçüğün rızasının fiili hukuka uygun hale getirip getirmeyeceğini tartışmıştır. Ceza Genel Kurulu kararında, suçun 765 sayılı TCY'de "Adabı umumiye ve nizamı aile aleyhinde cürümler" başlıklı sekizinci babının "Kız, kadın ve erkek kaçırmak" başlıklı ikinci faslında, 5237 sayılı TCY'de ise "Hürriyete karşı suçlar" bölümünün "Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma" başlıklı 109. maddesinde düzenlendiğini, 765 sayılı TCY'daki düzenleme ile hukuki değer olarak "umumi adap ve aile düzeni"nin korunduğunu, 5237 sayılı TCY'ndaki düzenleme ile ise "kişilerin kendi istekleri ve iradeleriyle serbestçe hareket edebilme özgürlükleri"nin korunduğunu ve onbeş yaşını bitirmiş olup onsekiz yaşını tamamlamamış olan çocuğun bir yerde kalma ve bir yere gitme özgürlüklerinin bulunup bulunmadığını dolayısıyla da bu konudaki rızalarının geçerli olup olmadığını diğer bir söyleyişle hürriyetleri konusunda rıza ehliyetlerinin bulunup bulunmadığını tartışmıştır. Söz konusu kararda, onbeş yaşını bitirmiş ancak henüz onsekiz yaşını tamamlamamış olan çocukların hürriyetleri üzerinde ailelerinin değil kendilerinin karar verebileceği sonucuna varılmıştır. Suçun mağduru, aile değil çocuk olarak kabul edilmiştir.

19 Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 114.

konusunun kişi, mağdurunun ise toplum veya aile olması da mümkündür. Suçun mağdurunun toplum veya aile olduğu hallerde kişi anlamında mağdur, belirsiz birden çok kişidir. Türk Ceza Kanunu m.227'de gösterilen hareketlerin yöneldiği kişi veya şey aynı zamanda suçun maddi konusunu oluşturmaktadır[20]. Dolayısıyla suçun maddi konusu, teşvik halinde teşvik edilen yani fuhuş için bedenini kullandıracak olan kişi; yer tedarik etmede tedarik edilen yer .. vs. olmaktadır.

Bir suçla birden fazla hukuki değerin korunması da amaçlanabilir. Örneğin, iftira suçu, hem adliyenin işleyişine, hem de kişi onuruna zarar veren bir suçtur (TCK m.267). Aynı şekilde, yağma (TCK m.148)[21] ve cebir yoluyla işlenen cinsel saldırı (TCK m.102/4) suçlarında da, birden fazla hukuki değer koruma altına alınmaktadır. Birden fazla değere zarar veren suçlarda, yasa koyucu, hangi hukuki konuyu daha çok korunmaya lâyık görürse, suçu o değerin korunduğu bölüme yerleştirir. Böylece, hukuki konu bakımından doğabilecek tereddütler önlenmiş olur[22]. Bu halde, suçun yer aldığı kısım veya bölüme ilişkin değerlendirmeler birinci derecede korunan mağdurun tespitinde yardımcı olur. Suçun maddi konusu; yani eylemin üzerinde gerçekleştiği kişi veya şey de korunan diğer hukuki değerlerin tespitinde yardımcı olur.

IV- "Fuhşa Teşvik, Yardım ve Aracılık" suçunun mağduru ve bu suçta zincirleme suç kurallarının uygulanabilirliği

Türk Ceza Kanunu'nun 227. maddesinde "Fuhuş" başlığıyla tanımlanan suç, Kanun'un *"Topluma Karşı Suçlar"* kısmında, *"Genel Ahlaka Karşı Suçlar"* bölümünde tanımlanmıştır. Yasakoyucu, *"fuhşa teşvik, yardım ve aracılık"* suçu ile toplumsal değerleri ön planda korumayı amaçlayarak bu suçu bireysel değerlerin korunduğu "Kişilere Karşı İşlenen Suçlar" arasına değil, topluma karşı suçlar arasında düzenlemiştir. Türk Dil Kurumu, fuhşu, "içinde bulunulan toplumun kurallarına uymayan bir biçimde bir veya birkaç kişiyle para karşılığında cinsel ilişkide bulunma" olarak tarif etmiştir[23].

---

20 Suçun maddi konusu kavramı için bak. Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 114.

21 Bu suçla, bir taraftan hırsızlık suçunda olduğu gibi zilyetlik ve mülkiyet, diğer taraftan kişi özgürlüğü ve güvenliği korunur. Bak. N.Centel/H.Zafer/Ö.Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Cilt I, İstanbul 2011, 347; D.Tezcan/M.R.Erdem/M. Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2010, 660.

22 Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar (2011), 8.

23 www.tdk.org.tr; Yargıtay fuhşu şu şekilde tanımlamıştır: "Fuhuş" kavramı, "çıkar karşılığı veya alışkanlık halinde vücudunu başkalarının cinsel zevkine teslim etme ve bu suretle cinsel ilişkide bulunmayı sanat haline getirme" anlamına gelmektedir. Y5CD,30.10.1986/5998/4282, Parlar/Hatipoğlu, 1645.

Bu tarif dahi fuhşun toplum kurallarına (genel ahlak kurallarına) aykırılık teşkil ettiğini ortaya koyar niteliktedir.

Korunan hukuki yararın mağdurun belirlenmesinde önemli bir kriter olduğunu yukarıda belirtmiştik. Fuhşa teşvik, yardım ve aracılık suçu ile korunan hukuki değerin, kanunun sistematiğinden hareketle, toplumun *ar ve haya duyguları* ile birlikte *genel ahlak anlayışı* olduğu söylenebilir[24]. Bu suçla birden fazla hukuki yarar korunmaktadır. Öğretide bu suçla; çocukların ve yetişkinlerin cinsel özgürlüklerinin[25], seksin onurunun ve aile düzenin korunduğu da ifade edilmektedir[26]. Kanımızca bu suçla genel sağlık da korunmaktadır.

Genel bir değerlendirme ile *"fuhşa teşvik, yardım ve aracılık"* suçu ile toplumun korunduğu ve dolayısıyla bu suçların mağdurunun toplum olduğunu söylemek mümkündür[27]. Ancak belirttiğimiz üzere bu çok genel bir değerlendirme olacaktır. Türk Ceza Kanunu m.227'de düzenlenen hallerin ayrı ayrı değerlendirilmesi daha sağlıklı olacaktır. Türk Ceza Kanunu m.227'de, -1) çocuğun fuhşa teşvik edilmesi, bunun yolunun kolaylaştırılması, bu maksatla tedarik, barındırma ve aracılık, -2) yetişkinin fuhşa teşvik edilmesi, fuhşu kolaylaştırmak, aracılık etmek veya yer temin etmek, - 3) cebir veya tehdit kullanarak hile ile ya da çaresizliğinden yararlanarak bir kimseyi fuhşa sevk etmek veya fuhuş yapmasını sağlamak hükme bağlanmıştır. TCK m.227'deki bütün hallerin ayrı ayrı ele alınarak mağdur ve suçun maddi konusu kavramları bakımından değerlendirilmesi gerekir. Mutlak bir surette, 227'de belirtilen tüm hallerde mağdurunun fuhşa sürüklenen kişi olduğunu, suçun maddi konusunun da fuhşa sürüklenen kişinin bedeni olduğunu söylemek eksik olacaktır.

Türk Ceza Kanunu m.227 fıkra 1 ve 3'te gösterilen hallerde, cinsel özgürlüğü üzerinde karar verme hakkına sahip olmayan çocuk[28] ve iradesi baskı

---

24 Yaşar/Gökcan/Artuç, Cilt V, 6419; Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 555.

25 V.Ö.Özbek/N.Kambur/K.Doğan/P.Bacaksız/İ.Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2010, 841; Parlar/Hatipoğlu, 1644.

26 Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 555.

27 Hafızoğulları'na göre "Gerçekten, ör., Genel Ahlaka Karşı Suçlara, Aile Düzenine Karşı Suçlara, vs., bakıldığında, bu suçların mağdurlarının, Kanunun 43/1. maddesi hükmünün anladığı anlamda "… bir kişi…" olmadığı görülmektedir. Mağduru gayri muayyen suçların hepsinde suçun mağduru "… bir kişi …" değildir. Maalesef, bu yönden de, Kanunun 43/1. maddesi hükmünün kişiyi baz alarak zincirleme suçu kayıtlaması yerinde olmamıştır". Hafızoğulları, "5237 Sayılı Kanunun 43/1. Maddesine 2005/5377 Sayılı Kanunla Eklenen "Mağduru Belli Bir Kişi Olmayan Suçlarda Da Bu Fıkra Hükmü Uygulanır" Hükmü Hakkında", 863.

28 Kanımızca onbeş yaşından küçük, bu fıkra kapsamında çocuk olarak kabul edilmelidir. Çünkü onbeş yaşını doldurmuş olan çocukların cinsel bütünlükleri üze-

altına alınarak fuhşa sürüklenen kişi söz konusudur. Bu hallerde toplumun yanı sıra, iradesi baskı altına alınan yetişkinlerin ve çocukların mağdur olarak kabul edilmesi söz konusu olabilir. Örneğin küçüğü pazarlık konusu yapıp fuhuş için tedarik etmede, küçük hem suçun mağduru hem de suçun maddi konusunu oluşturur. Çünkü bu durumda kişilerin cinsel bütünlükleri üzerinde serbestçe karar verebilme özgürlükleri ihlal edilmektedir. Bu suçla, kişilerin cinsel bütünlükleri üzerinde karar verme özgürlüğünün korunduğu ve bu özgürlüğü ihlal edilen kişilerin de bu suçun mağduru olabileceği kabul edilebilirse de, rızası zorlanmayan yetişkinler bakımından kanımızca farklı düşünmek gerekir. Özellikle yetişkinin *kendi rızası ile kazanç sağlamak için bu yolu tercih etmesi halinde fuhşu kolaylaştıran, aracılık eden veya yer temin eden kişinin* eyleminin mağdurunu ve maddi konusunu belirlemek önemlidir.

Özellikle iradesi zorlanmamış yetişkinler, kanımızca suçun mağduru olmayıp suçun maddi konusudur[29]. Bu halde, suçun mağduru sadece *ar ve haya duyguları* ve *genel ahlak anlayışı ihlal olan toplumdur ve TCK m.43/1. son cümle gereğince diğer koşulları gerçekleştiğinde zincirleme suç kuralları uygulanabilir. "Fuhşa teşvik, yardım ve aracılık"* suçunda, fuhşa sürüklenenlerin mağdur olmayıp suçun maddi konusu olduğu şeklindeki yaklaşım kabul edilmediğinde, yani yetişkinin iradesi ile fuhuş yapmayı kabul ettiğinde fuhşa aracılık bakımından zincirleme suç kuralları uygulanamadığında; faile, fuhşa sürüklenen kişi sayısı kadar ceza verilecektir. Böyle bir uygulama ölçüsüz cezaların ortaya çıkmasını sonuçlar.

Öte yandan, iradesi fuhşa zorlanmamış yetişkinin bireysel menfaatlerinin de zedelendiği ve dolayısıyla mağdur olduğu kabul edildiğinde, şu çelişkiler ortaya çıkar: İradesi ile fuhşu kabul eden ve isteyen kişinin fuhşa sürüklenen kişi olarak isimlendirilmesi gibi bir tezatlık oluşur. Diğer taraftan rıza, hukuka uygunluk nedenidir (TCK m.26/2). Mağdur olduğu kabul edilen iradesi fuhşa zorlanmamış yetişkinin, fuhşa rızası, hukuka aykırılığı

---

rinde karar verme hakları vardır. Bak. YCGK, 11.03.2008-5-253/52. Yargıtay'ın bu içtihadı doğrultusunda onbeş-onsekiz yaş arasındaki çocuk cinsel anlamda yetişkindir ve TCK m.227/2 kapsamında değerlendirilmelidir.

29 Örneğin Yargıtay benzer bir yorumu göçmen kaçakçılığı suçu ile ilgili olarak yapmıştır. Yargıtay kendi iradesi ile yasa dışı yollardan bir ülkeye girmeye veya o ülkeden çıkmaya ya da kalmaya çalışan göçmenleri suçun yasal mağduru olarak kabul etmemiştir. Yargıtay'a göre, "… sosyal olarak suçtan zarar gören durumunda bulunan göçmenlerin göçmen kaçakçılığı suçunun yasal mağduru durumunda bulunmayıp suçun konusu oldukları, suçun yasal mağdurunun uluslararası toplum olduğu, göçmenlerin sayıca çok olmasının TCK.nun 61. maddesi uyarınca alt sınırdan uzaklaşarak ceza tayin edilmesini gerektireceği gözetilmeden, zincirleme suç kabulü ile 5237 sayılı TCK'nın 43/2. madde ve fıkrasının uygulanması suretiyle ceza tayini" bozma sebebidir. Y8CD, 25.4.2006-2028/3617. http://www.kazanci.com

ortadan kaldırmalıdır. Aksi takdirde suç ile cinsel özgürlüğün de korunduğu yönündeki görüşler temelini kaybeder. Mağdurun (bizce suçun maddi konusunun) rızasının eylemi hukuka uygun hale getirmesi gerekir. Kişi, cinsel bütünlüğü üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakka sahiptir. Her ne kadar bu halde rızanın konusunun ahlaka adaba aykırı olduğu ve rızanın geçerli olamayacağı ileri sürülebilirse de, bu halde de, devletin kendi eliyle bu faaliyetleri düzenlemesi, bu tür faaliyetlerden elde edilen kazancı vergilendirmesi anlamlandırılamaz[30] [31]. Devletin koyduğu kurallara uyulmadan gerçekleştirilen bu tür faaliyetlerde kendi serbest iradesi ile fuhuş yapanların mağdur, devletin koyduğu kurallara uygun olarak gerçekleştirilen faaliyetlerde bir kişinin aracılığı sonucu kendi iradeleri ile fuhuş yapanların mağdur olmadığı gibi bir sonuç ortaya çıkar. Öte yandan, vesikalı olarak fuhşu meslek edinen kişilere karşı bu suçun işlenmesi halinde de suçun oluşup oluşmayacağı, oluşacaksa zincirleme suç kurallarının uygulanıp uygulanmayacağı sorunu ortaya çıkar. Nasıl ki fuhşu meslek edinen kişiler bu suçun mağduru olamazsa[32], kendi iradesi ile fuhuş yapmak isteyen kişilere karşı da bu suç işlendiğinde suçun mağduru toplum kabul edilmeli ve zincirleme suç kuralları uygulanabilmelidir.

---

30 24.04.1930 tarih ve 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu m.128 vd. 129. maddede "Fuhşu, sanat ve maişet vasıtası ittihaz eden kadınlardan" söz edilmektedir. Ayrıca bak. Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü, Bakanlar Kurulu Karar Tarihi No: 30.03.1961-5/984. RG 19.04.1961 No.10786.

31 2 Aralık 1949 tarihli "İnsan Ticaretinin ve Başkasının Fuhşunu Sömürmenin İlgası Hakkında Sözleşme", Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca kabul edilerek üye devletlerin imza ve onayına sunulmuştur. Sözleşme taraf devletlere, fuhşu bir ticari kazanç aracı olarak yani meslek olarak icrasını ve bunun şartlarını düzenleyen yürürlükteki mevzuatının ilga edilmesini de bir yükümlülük olarak tahmil etmektedir. Bak. 5237 sayılı TCK m.227-Gerekçe. Belirtelim ki, Sözleşme'ye taraf devletler, fuhşa aracılık eden kişileri fuhşa rıza olsa dahi cezalandırmayı taahhüt etmektedirler (m.1).

32 Soyaslan, bu kişilerin fuhşu bırakmış olmak kaydı ile bu suçun mağduru olabileceklerini, aksi takdirde söz konusu suçun mağduru olamayacaklarını "Fahişeyi fuhşa sevk etmek elbette mümkün değildir" diyerek ifade etmektedir. Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 555-556; Aynı yönde bak. Yaşar/Gökcan/Artuç, Cilt V, 6421-6422.

Birinci Meclis Döneminde Sivil Otoritenin Üstünlüğü ve Ordunun Yönetimi Tartışması

*Rıdvan AKIN**

Klasik Osmanlı yönetimi askeri ve sivil otorite ayrımı yapmıyordu. Sınıf-ı askeri; yöneten sınıf anlamına geliyordu. Merkezde veya taşrada görev yapanlar içinde sadece ulema farklı bir sınıf oluşturuyordu. Tanzimat reformları bu ayrımı tedricen kaldırdı. Mülki (sivil) ve askeri yönetim ayrıştı; memurların tayin, terfi ve emeklilikleri ile ilgili düzenlemeler yapıldı. Memurin-i Mülkiye Terakki ve Tekaüd Kararnamesi çıkarıldı. Asker ve sivil her kamu görevlisi için sicill-i ahval dosyası tutulmaya başlandı.[1]

Mülki (sivil) ve askeri bürokrasinin en yüksek ünvanı olan paşalık hem mülki hem askeri anlama geliyordu. Örneğin Ahmet Vefik Paşa (Bursa Valisi daha sonra Mebusan Reisi) sivildi, ama Müşir Gazi Ahmet Muhtar Paşa askerdi. İkinci Meşrutiyet ülke yönetiminde radikal değişiklikler getirdi. Yürütme işlevini üstlenen Vükela Meclisinin (Bakanlar Kurulunun) bazı üyeleri askerdi. Bu siyasal nitelikli bir görevin/ nezaretin bir komutan tarafından yürütülmesi anlamına geliyordu. Mahmut Şevket Paşa ve Enver Paşa örneklerinde olduğu gibi.

Birinci Dünya Savaşı yıllarında sivil otoritenin üstünlüğü diye bir tartışma yoktu; askerlerin siyasete dahli tartışması vardı. Muhalefetin yakındığı İttihat ve Terakki'nin diktatör yönetimiydi. Sadrıazam Sait Halim ve Talat Paşaların sivilliği parti karar mekanizmalarında askerlerin bulunuşunu izale etmiyordu. Savaş toplumsal ve yönetsel hayatı askerileştirmiş, askeri otoriteyi öne çıkarmıştı.

Mütarekeye girerken askeri otoriteye ilişkin kamuoyu tutumu ikircikli olmuş, çoğunlukla İmparatorluğun yenilgiye sürüklenmesi İttihatçılara ve

---

* Doç. Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

1 Carter V. Findley, "19. yy'da Osmanlı İmparatorluğu'nda Bürokratik Gelişme", **Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Türkiye Ansiklopedisi,** Cilt.1, İstanbul, İletişim Yayınları, 1985, s.262.

üniformalılara mal edilmişti. Hatta, İstanbul de facto işgal altına alındıktan sonra, bir kısım Hürriyet ve İtilafçı basın ordu komutanlarını savaş yılları boyunca hırsızlık ve suistimal ile suçlamıştı. Bu yüzden İstanbul'a yeni inmiş bulunan Mustafa Kemal Paşa, Peyam-ı Sabah yazarı Mevlanzade Rıfat'ı tekzip etmiş ve mahkemeye vermişti.[2]

Fakat işgal gerçeği, milli kurtuluş önderliğinin askerler etrafında tahakkuk etmesini zorunlu kılmıştır. Örneğin, mevcut hükümeti karşısına alma bahasına Amasya Bildirgesine imza koyan dört kişiden üçü muvazzaf subaydır (Mustafa Kemal, Ali Fuat, Refet) biri yeni emekli olmuş (Rauf) eski bir deniz albayıdır. Belgeye Konya'dan İkinci Ordu Müfettişi Mersinli Cemal Paşa ve Erzurum'dan 15. kolordu komutanı Karabekir Paşa katılmıştır. Erzurum Kongresinden sonra Müdafaa-ı Hukuk önderliği, *Heyet-i Temsiliye* kanalıyla büyük ölçüde dağıtılmış bulunan Osmanlı ordusunun bakiyesi üzerinde denetim kurmaya çalışmış, Sivas Kongresinden sonra bu süreç tamamlanmıştır.

TBMM'nin toplanması meşruiyet zemininde ihtilalci bir harekettir. Çağrıyı yapan Müdafaa-ı Hukuk Heyet-i Temsiliyesi namına Mustafa Kemal'dir. Mustafa Kemal Paşa, o tarihte, Erzurum merkez livasından mebus seçilmiş eski bir Osmanlı generalidir. *Askeri bir sıfatı yoktur.* Gücünü tamamen Müdafaa-ı Hukuk'tan ve kendisini destekleyen kolordu komutanlarından almaktadır.

Bütün yurtta yeni seçimlerin yapılabilmesini ve Ankara'da toplanmayı sağlayan işte bu fiili güçtür. Bu meclise her livadan yeni seçilen mebuslardan bazıları muvazzaf subaylardır. Örneğin Fevzi Paşa (Kozan), İsmet Bey (Edirne), Kazım Karabekir (Edirne), Ali Fuat (Ankara), Yusuf İzzet (Bolu), Cemal Paşa (Mersin) gibi.

İktidara el koyan Ankara Konvansiyonu, üyelerinden bir kısmının muvazzaf subay olması sorununu 18 Sayılı 5 Eylül 1920 tarihli Nisabı Müzakere Kanunu ile çözmüştür.[3] Buna göre milletvekili seçilmiş ve kıtaya kumanda eden kişiler, TBMM onay verdiği sürece bu göreve devam edebileceklerdir. Bu durum güçler birliği ve meclis üstünlüğü sisteminden doğmuş bir zaruretti. Ordu, kolordu, cephe komutanlığı ve sefirlik Meclis onayı ile

---

2 **Mevlanzade Rıfat aynı zamanda Hürriyet ve İtilaf Fırkasına mensuptu. Milli Mü**cadele yıllarında şiddetli bir Ankara Hükümeti muhalifiydi. Bu nedenle 7 Haziran 1924 tarihli Bakanlar Kurulu Kararıyla "Yüzellilik" oldu. Bkz."Yüzellilikler Albümü Türkiye Cumhuriyeti Dahiliye Vekaleti Emniyeti Umumiye Müdüriyeti" Ankara,Vilayet Matbaası, 1340; Albümün tıpkıbasımı için bkz. **Tarih ve Toplum,** C.12, sayı:70, İstanbul, İletişim Yayınları, 1989, s.224 vd.

3 **Türkiye Büyük Millet Meclisi Zabıt Ceridesi** (TBMMZC), C.3, 5.9.1336, ss.552-603.

TBMM üyeleri tarafından ifa edilebilecek istisnai görevler olarak tanımlanmıştır. Örneğin İsmet Paşa'nın Erkan-ı Harp Reisliği veya Ali Fuat Paşa'nın Moskova Sefirliği gibi.

TBMM Hükümeti'nin gittikçe yayılma istidadı gösteren müttefik işgallarine karşı, ana gövdesi terhis edilmiş bir ordu ile direniş örgütleyebilmesi olanaksızdı. İşgal koşullarının nasıl ağırlaştığını anlamak bakımından TBMM'nin açıldığı gün ülke topraklarında bulunan müttefik mevcuduna bir göz atmakta yarar vardır: Başta İstanbul ve boğazlar, Canik sancağı ve Doğu Karadenizde konuşlanmış durumda 38.000 İngiliz askeri, Halep'in Kuzey'inden başlayarak tüm Kilikya ve Torosları içerecek biçimde 59.000 Fransız, Mersinle Kuşadası arasında ılımlı bir sömürge idaresi kurmak isteyen İtalya'nın 17.000 askeri, buna 1919 Mayısından itibaren İzmir ve hinterlandını işgal ederek katılan ve General Milne'nin çizmiş olduğu hattı her an aşabilecek durumdaki 90.000 kişilik Yunan ordusu dahil edilmek lazımdır. 22 Haziran 1920'deki İkinci Büyük Yunan saldırısından sonra bu sayı yerli Rumlardan oluşan tümenlerin de katkısı ile üç katına çıkacaktır.[4]

Bu koşullar altında, Filistin cephesinde çökme seviyesinde gerileyerek [5] Ateşkes sürecine giren ordunun nicelik ve nitelik olarak tatminkar bir duruma tekrar kavuşturulması, geniş bir kaynak seferberliğini gerektiriyordu. Mahalli Müdafaa-i Hukuk örgütlerinin sağlamış olduğu olanaklarla özellikle Ege'de Yunan işgal ordusuna; Antep, Urfa ve Çukurova'da da Fransız ordusuna karşı direnişi geniş ölçüde sağlayan Kuvayı Milliye ile kesin sonuç alıcı bir zaferin tahakkuk edemeyeceği anlaşıldığından 1921 yılı başına kadar Milli Müdafaa Vekaleti emrindeki Kuvayı Nizamiye (Düzenli ordu) asıl vurucu savaş gücü haline getirilmeye çalışılmıştır.

Sivas'ta Heyet-i Temsiliye kararı ile Umum Kuvayı Milliye Kumandanlığına atanan 20. kolordu komutanı Ali Fuat Paşa[6] Gediz Baskınında bir sonuç elde edilememesi üzerine 1920 sonunda Moskova sefirliğine atandı. Bu koşullar altında çoğunluğunu Ethem'in Kuvayı Seyyaresi ve Demirci'nin kuvvetlerinin oluşturduğu Kuvayı Milliyenin Milli Müdafaa Vekaleti emrine alınması askeri başarı için bir zorunluluk haline gelecekti. Fevzi Paşa'nın TBMM'inde kuvayı muntazamanın bir zorunluluk haline geldiğini açıklaması üzerine, 27 Aralık 1920 tarihli bir hükümet kararnamesi çıkarılarak

---

4 Necdet Öklem, **TBMM Gizli Oturumlarında Başkomutanlık Kanunu ve Tartışmalar,** Ege Üniversitesi Yayınları no.3, 1986, ss.31-134.

5 Ufuk Gülsoy, **Osmanlı Gayrimüslimlerinin Askerlik Serüveni,** İstanbul, Simurg, 2000, s. 225

6 Yavuz Ercan, "Kuvayı Milliyenin Yapısı ve Niteliği Üzerine Bir Tahlil", **İkinci Askeri Tarih Semineri, Bildiriler,** Ankara, Genelkurmay Askeri Tarih ve Stratejik Etüt Başkanlığı Yayınları, 1985, s.234

Kuvayı Milliye lağvedildi.[7] Kuvayı Milliye milis güçleri bir çok yerde iç güvenlik ve asayiş sorunlarına da neden olduğundan bu birliklerin düzenli orduya katılması karar altına alındı.[8]

Kuvayı Milliye milislerinin işgal güçlerine karşı yürütülen direnişte sağladıkları kısmi yarara karşın, bir çok hukuk dışı olaya karışmaları TBMM'inde tartışma konusu olmuş, hatta Konya mebusu Vehbi Efendi Kuvayı Milliyeyi "silahına güvenmiş eşkıya takımı" sözleriyle eleştirmiş,[9] Hükümet de kanun dışı eylemlere karşı bir kararname bile çıkarmıştı.[10]

Türk İstiklal Savaşının başlangıç evresinde, Erzurum'daki 15. kolordu ve karargahı Ankara'da bulunan 20. kolordu dışında erime noktasına gelmiş bulunan ordunun ihya edilmesi, mütareke hükümlerine harfi harfine uyan bir anlayışla olanaksızdı. Bu bakımdan Ankara'da milli hükümetin kurulmasına kadar geçen aşamada askeri bakımdan yapılabilen, elde olanın dağıtılmamasından ibaretti. Amasya Bildirgesinin gizli 6. maddesi bu açıdan anlamlıdır. Bu maddeler kumandanın terkedilmemesi ve milli teşkilatın dağıtılmaması yönündeydi.[11]

Yeni ordunun üç zorunlu temeli vardı: Eratın silah altına alınması, iaşe ve ibadesinin sağlanması, orduyu yönetecek subay kadrosunun kurulması ve nihayet savaşı başarıya ulaştıracak oranda bir mühimmat ve teçhizat gücüne ulaşmak.

TBMM ordusunun erat kadrosu, tedricen kurulabildi. Tam manasıyla bir seferberlik de ilan edilemedi. Çünkü kaynaklar buna elverişli değildi. Tanzimattan itibaren yapılan bir dizi değişiklikle mütarekeye kadar gelen Ahz-ı Asker mevzuatı günün koşullarına uydurularak uygulamaya konuldu.[12] Mütareke sonrasında terhis edilmiş askerden birkaç tertip tecrübeli

---

7 Kuvayı Milliyenin Müdafaa-ı Milliye Teşkilatına Rabtı Suretiyle Tevhidi Hakkında Kararname, **Düstur III. Tertip,** Cilt 1, Ankara, Başbakanlık Basımevi, 1929, s.10

8 İzzet Öztoprak, "Düzenli Ordunun Kuruluşu", **İkinci Askeri Tarih Semineri, Bildiriler,** Ankara, Genelkurmay Askeri Tarih ve Stratejik Etüt Başkanlığı Yayınları, 1985, ss.261-278.

9 **Türkiye Büyük Millet Meclisi Gizli Celse Zabıtları** (TBMMGCZ), 5.7.1336, Ankara, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1984, s. 87

10 Kuvayı Milliye Efradı Tarafından İka Olunan Suçların Mercii Muhakemesi Hakkında 51 Sayılı Kararname, **Düstur, III. Tertip,** Cilt 1, Ankara, Başbakanlık Basımevi, 1929, s.30

11 Sina Akşin, **Ana Çizgileriyle Türkiye'nin Yakın Tarihi,** Ankara, İmaj Yayınları, 2001, s.116.

12 Tanzimat'tan milli mücadeleye kadar asker alma mevzuatı şöyle bir gelişim çizgisi izledi. Bunlar sırasıyla, 1843 Tensikat-ı Celile-i Askeriye Kanunu, 1846 Kur'a

asker silah altına alındı. Buna zaman içinde yeni devreler de dahil edilecektir. Balkan Harbinden beri kesintilerle muharebe alanında olan fakir ve moralsiz Türk halkını vatan savunması için cepheye göndermek hiç kolay olmayacaktı. Ordu komuta kademesinin Eskişehir-Kütahya savaşlarına kadar mücadele ettiği en önemli sorun firar olgusuydu. Başkomutanlık Yasasının çıktığı 5 Ağustos öncesinde zar zor kurulmuş ordu dağılmanın eşiğine gelmişti. Ordunun disipline edilmesi açısından 21 Sayılı Firariler Hakkında Kanunun önemi burada vurgulanmalıdır. Bu yasa İstiklal Mahkemelerinin kurulmasına öncülük etmiştir. Genelkurmay'ın firari erin ailesinin te'bid edilmesi (sürgün) teklifi TBMM tarafından bir "cezaların şahsiliği ilkesine aykırı" görülerek kabul edilmemiş, onun yerine tedbir olarak "Kıtaat-ı Askeriyeden Elbise ve Techizat-ı Askeriye ile Firar Eden Efradın Esmanı ile Mükellefiyeti Hakkında 132 Sayılı Kanun çıkarılmıştır. [13] Bu yasa firari askerin yanında götürdüğü devlet malının bedelinin malvarlığından müsaderesini olanaklı kılıyordu.

Bu bağlamda ordunun iaşe ve ibadesi silah altına alma kadar önemliydi. Düşman istilası yayıldıkça, Akşehir ve Konya'da buğday ve arpa stoklanması çabaları arttırılıyordu. Ordunun iaşesinde önemli bir dar boğaz yaratan olay ise, Eskişehir'in düşüşü oldu. Burada bulunan bir çoğu yerli rumların mülkiyetindeki un fabrikaları devre dışı kaldı.[14] Eratın giydirilmesi için başlangıçta kaynak, İstanbul'da müttefik denetimi altındaki malzeme depolarıydı. Bu konuda iş, Karakol ve Mim Mim gruplarına düşüyordu. İtalyanların müttefik koalisyonundan kopmaları sonrasında ise, İtalya önemli bir giydirme kaynağı oldu. Antalya'da teslim alınmak üzere 30.000 kat elbise ve 80.000 çadır satın alındı.[15]

Milli Mücadele aynı zamanda askeri bürokrasinin yeniden inşasını gerektirmekteydi. Ankara Hükümeti'nin sonuç alıcı, etkin bir subay kadrosuna ihtiyacı vardı. Von Kress'in hatıraları bize Türk istiklal savaşını yöneten kadronun askeri nitelikleri konusunda yeterince ipucu vermektedir. Cress, müttefik olarak Birinci Dünya Savaşı yıllarında birlikte çalıştığı Türk ordusunun kumanda heyetini 35-40 yaşlarında, çoğu erkan-ı harp eğitimi

---

Kanunu, 1869 Kuvve-i Umumiye-i Askeriye Nizamnamesi ve 1886 Asker Alma Kanunlarıdır. Bu mevzuatı Meşrutiyette çıkarılan ve Bilad-ı Selase, İstanbul ve Afrika'da Osmani Ahalisinin askere alınmasını gerektiren kanun izlemiştir. Bkz. Faruk Ayın, **Osmanlı Devletinde Tanzimat'tan Sonra Askeralma Kanunları 1839-1914,** Ankara, Genelkurmay Askeri Tarih ve Stratejik Etüt Başkanlığı, 1994., ss.9-28.

13 Rıdvan Akın, **TBMM Devleti, Birinci Meclis Döneminde Devlet Erkleri ve İdare,** İstanbul, İletişim Yayınları, 2001, s.333,

14 **TBMM Devleti,** s.341.

15 **TBMM Devleti,** s.382.

almış, zeki, enerjik ve çalışkan gençler olarak tanımlamaktadır.[16] Bir çoğu Dünya Savaşı yıllarında general olmuş, ortalama miralay ve mirliva rütbesinde olmakla birlikte tümen, kolordu ve ordu yönetmişlerdi. TBMM'inde yapılan bir müzakerede, ordunun komuta kademesinde, 36 liva, 10 ferik ve beş birinci ferik bulunduğu ileri sürülmüştür.[17]

Başlangıçta, yeniden inşa edilmekte olan orduya komuta edecek nitelikli subay bulmakta zorlanılmıştır. Milli Müdafaa Vekaleti ilke olarak İstanbul'dan gizlice getirilen Muamelat-ı Zatiye dosyaları üzerinde çalışarak kimlerin çağrılacağına karar vermiş, Fevzi Paşa'nın İnebolu İrtibat Zabitliği'ne 12 Şubat 1921 tarihinde gönderdiği yazıda ihtiyat zabitlerinin ve emekli subayların Anadolu ordusuna kabul edilmeyeceklerini duyurmuştur. Sakarya zaferine kadar gizli gruplar aracılığı ile Anadolu'ya geçen subay sayısı yaklaşık 3500'dür.[18] İçlerinde bazı casuslar bulunması ihtimaline dayanarak A.P. teşkilatı güvenlik soruşturması yapmış ve 25 kişi kuşkulu bulunarak askeri mahkemeye sevkedilmiştir.[19]

İstiklal savaşı boyunca, İstanbul'da bulunan 5-6 bin subay Anadolu hareketine ya katılmamış, ya da gelmelerine izin verilmemiştir. Kurtuluştan sonra, çalışmaya başlayan tasfiye komisyonları bu durumda olan subayların dosyalarını tek tek incelemiş, Nemrut Mustafa Paşa, Hayret Paşa ve Nazım Paşa Divanı Harplerinde görev alanlar cezalandırılmış, mazeretsiz Anadolu'ya iltihak etmeyenler ordu kadrosundan çıkarılmışlardır.[20]

Milli Mücadele boyunca görev alan subay kadrosunun mali durumu ve özlük hakları da burada üzerinde durmaya değer bir konudur. İkinci Meşrutiyet devrinde İttihat ve Terakki iktidarı, alaylı zabit sınıfını tasfiye ederek, mektepli ve dinamik bir subay kadrosu yaratmak istemiştir. Bunu gerçekleştimek üzere bir dizi kanun değişikliği yapılmıştır.[21] Özellikle

---

16 Kress von Kressenstein, **Türklerle Beraber Süveyş Kanalına,** Türkçesi: Mazhar Besim, İstanbul, Askeri Matbaa, 1943, passim.

17 İstiklal harbinin komuta kademesinin ayrıntılı bir dökümü için bkz. İsmet Görgülü, **On Yıllık Harbin Kadrosu, 1912-1922, Balkan, Birinci Dünya ve İstiklal Harbi,** Ankara, Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1993, s.197-287.

18 **TBMM Devleti,** s.356.

19 **TBMMGCZ,** Cilt II, 2.8.1337, 133-134.

20 **Türkiye Büyük Millet Meclisi Zabıt Ceridesi** (TBMMZC), C.26, 10.1.1339, ss. 280-281

21 Bu kanunlar sırasıyla şunlardır: Tasfiye-i Rüteb-i Askeriye Layiha-i Kanuniyesi, Berri ve Bahri Erkan Ümera ve Zabitanın Tekaüdü İçin Rüteb-i Askeriyeye Göre Tayin Olunan Sinleri Mübeyyin Kanun ve Askeri Tekaüd Ve İstifa Kanunu. Ayrıntılı bilgi için bkz. Nejat Eralp, "İkinci Meşrutiyette Silahlı Kuvvetler İle İlgili Üç Önemli Kanun", **Dördüncü Askeri Tarih Semineri, Bildiriler,** Ankara, Genelkurmay Askeri Tarih ve Stratejik Etüt Başkanlığı, 1989, ss.118-133

Mahmut Şevket Paşa'nın sadareti döneminde Pusya modeline uygun ordu yaratılmaya çalışılmıştır.

Meşrutiyetten mütarekeye kadar özellikle Dünya Savaşının yarattığı enflasyonist ortam nedeniyle, subay maaşlarında büyük bir gerileme olmuştu. Mustafa Öztürk'ün bir çalışması bu konuda ayrıntılı bilgi sağlamaktadır. Bu çalışmaya göre, 1914 yılı itibariyle müşir maaşı 15.000, binbaşı 2000, mülazımı sani 700 kuruş maaş almakta ve buna özellikle yüksek rütbeli subayların aldığı (müşirden kaymakama kadar) makam tazminatı eklenmekteydi. Altın fiyatlarındaki şiddetli artış zabitanın reel gelirini azaltmıştı.[22]

Türk İstiklal Savaşı boyunca, her ne kadar sağlanan vergi gelirlerinin büyük bir kısmı Milli Müdafaa Vekaletine aktarılıyor idiyse de subay kadrosunun düzenli bir şekilde maaş alamadığı bir gerçektir. Örneğin, Batı Cephesinde ordu, 3.5 ay süreyle maaş alamamış, tahsisatlarda ordu lehine 3 milyon alacak tahakkuk etmiş, Heyet-i Vekile, subaylara bir miktar avans ve cephedeki erlere de birer lira verilmesi kararı vermiştir.[23] TBMM Hükümeti, elde bulunan olanakları en iyi şekilde kullanarak ordu mensuplarının kadro, maaş ve sosyal güvenlik rejimlerini düzeltmeye çalışmıştır. Bu konuda bir çok yasal düzenleme yapılmıştır.

Öncelikle mülki idare amirleriyle kumandanların durumları birbirine denk hale getirilmeye gayret edilmiştir. Örneğin, o tarih itibariyle, mülki idarede görev yapan üçüncü sınıf bir mutasarrıfın asli maaşı 4000 kuruştur. Bu gelir seviyesi, bir fırka komutanına denk hale getirilmek istenmiştir. [24]

TBMM'nin bu dönemde yapmış olduğu belli başlı düzenlemeler de şunlardır: 42 Sayılı Seferberlik Ve Cephe Zammı Hakkında Kanun ile 113 Sayılı Ordu Maaşatı İle Cephe Zamlarının Sureti Tesfiyesini Mübeyyin Kanun.[25] Büyük Taarruzdan hemen önce de Seferberlik Ve Cephe Zammı Maaş Kanununu Muaddil 201 Sayılı Kanun çıkarılarak yürürlüğe konulmuştur.[26] Bu başka önemli düzenleme de ordu mensuplarının sosyal güvenlik rejimleri alanındadır. Büyük Taarruz öncesinde ordu mensuplarının, şehadetleri

---

22 Mustafa Öztürk, "Birinci Dünya Savaşı Yıllarında Askerlerin İktisadi Durumu", **Dördüncü Askeri Tarih Semineri, Bildiriler,** Ankara, Genelkurmay Askeri Tarih ve Stratejik Etüt Başkanlığı, 1989, ss.403-405.

23 Sabri Durusu, "Sakarya Meydan Muharebesi ve Sonrasında Askeri Olaylar Sırasında Ordunun Sevk ve İdaresiyle Devletin Yönetimi Arasındaki İlişkiler",**İkinci Askeri Tarih Semineri, Bildiriler,** Ankara, Genelkurmay Askeri Tarih ve Stratejik Etüt Başkanlığı, 1985, s.353

24 **TBMM Devleti,** s.359.

25 **TBMMZC,** C.10, 25.4.1337, s.86-114.

26 **TBMM Devleti,** s.365.

halinde arkalarında kalacak ailelerini devletin güvence altına alacağına dair kuvvetli bir maneviyet kazandıran yasa burada anılmalıdır: 255 Sayılı Askeri Tekaüt ve İstifa Kanununu Müzeyyel Kanun bu güvenceyi sağlamıştır.[27]

Ordunun güçlenerek, taarruz edebilecek aşamaya gelmesi hiç de kolay olmamıştır. Mütarekeye girerken sadece iskeletinin kalmasına izin verilen ordu, büyük taarruz öncesinde 380.000 kişilik bir güce erişmiştir. [28] Taarruz öncesi TBMM Ordusunun toplam gücü 18 piyade tümeni, 5 süvari tümeni ve 1 müstakil süvari tugayından oluşmaktaydı.[29]

Ordunun mühimmat ve teçhizat alanında ilk kaynağı hiç kuşkusuz bakiye Osmanlı kaynakları olmuştur. Bunlardan bir kısmı mütareke hükümlerinden olmak üzere payitahtta envanteri yapılarak depolanmıştı. Milli Mücadele döneminin önemli olgularından biri de İstanbul'da müttefik denetimindeki silah depolarından Anadolu'ya silah kaçırma eylemleri olmuştur. Karakol, Felah ve Mim Mim grupları bu eylemleri gerçekleştirmede belli başlı millici yer altı gruplarıdır.

Bunun dışında Bolşevik Rusya'dan sağlanan silah ve mühimmat da önemsenmelidir. Ancak Rusların yardımı peyderpey sağlanabilmiş, asıl büyük yardım Sakarya Zaferinden sonra Türklerin eline geçmiştir. Bununla birlikte Bekir Sami Bey'in (Kunduh) Hariciye Vekilliği döneminde başlayan Moskova ziyaretleri, Yusuf Kemal (Tengirşenk) [30]ve Ali Fuat (Cebesoy) delegasyonları ile artmış, bolşevik Rusya Anadolu Hükümeti'nin müttefiki olmuştur.

Ordunun bir başka önemli sorunu teçhizat ve mühimmatın nakliyesi sorunu olmuştur. Motorize nakliye kollarıyla desteklenen Yunan ordusu karşısında, Eskişehir-Kütahya savaşlarından sonra demiryolu hattından yararlanma olanağı büyük ölçüde ortadan kalkmıştı. Bu nedenle askeri malzemenin nakli büyük bir sorun oluşturmaktaydı. Teçhizatın sevki için develerden nakliye kolları, menzil teşkilatı kurulmuştur. Tam manasıyla verimli bir nakliye için gerekli tahmini deve sayısı 7500 iken, bu sayı 3000 civarında kalmıştı.[31] Sivil halkı nakliye işlerinde seferber edebilmek için Tedarik-i

---

27 **TBMMZC,** C.22, 28.8.1338, ss.373-385.

28 **TBMM Devleti,** s.382.

29 İbrahim Artuç, **Başkomutan Meydan Muharebesi,** İstanbul, Kastaş A.Ş. Yayınları, 1985, s. 63.

30 Yusuf Kemal Bey, temasları sonucunda Moskova'dan Kafkaslar üzerinden Trabzon'a ulaştırılmak üzere, 8 vagon makineli tüfek ve mermi temin etmişti. **TBMMGCZ,** Cilt 1, 11.10.1336, s.152.

31 **TBMMGCZ,** Cilt II, 14.12.1337, s.495

Vesait-i Nakliye ve Mükellefiyet-i Nakliye-i Askeriye Kanunları bu nedenlerle çıkarıldı.[32] Bu uygulamalar angarya yakınmalarına sebep olacaktır.

Milli Mücadele döneminin askeri önderliği sınırlı sayıda generalden oluşur. Bunlardan bir kısmı da TBMM tarafından generalliğe yükseltilmiştir. Başkomutan Mustafa Kemal Paşa, Milli Müdafaa Vekili Fevzi Paşa ve Cephe komutanı İsmet Paşa'nın dışında Taarruz karargahında İzzettin Çalışlar, Süvari Kolordusuna komuta eden Fahretin Altay ve Yakup Şevki Paşa (Subaşı) ilk anda anılması gereken isimlerdir. [33] Büyük Taarruz öncesindeki önemli bir gelişme Birinci Ordu komutanı Ali İhsan Paşa'nın (Sabis) azledilerek yerine Koçgiri tenkil harekatından sonra açığa alınan Sakallı Nurettin Paşa'nın getirilmesi olmuştur.

TBMM, bir konvansiyon iktidarı olarak kuvvetler birliği ve meclis üstünlüğü ilkesi gereği ülkeyi ilgilendiren bütün süreçlere müdahil olmuştur. Bu süreçler sıradan bir kamu hizmeti yolsuzluğundan, İstiklal Mahkemeleri üyelerinin azline; memur maaşlarının ödenme şekline kadar her konuda olmuştur. Meclis, kendi ordusunu kendisi kurmuştur. Türk İstiklal Savaşını başarıya ulaştıran muzaffer ordu TBMM'nin ordusudur. Milletvekillerinin, orduya ve özellikle subaylara yönelik tutumları bazı çelişkiler taşımıştır. Başlangıçtaki tutumlarını büyük ölçüde Birinci Dünya Savaşının tortusu belirlemiştir. Birçok milletvekili ordu mensuplarını İttihat ve Terakki'nin devamı olarak görmüş ve kuşkuyla yaklaşmıştır. Milli Müdafaa Vekaleti ve Erkan-ı Harbiye-i Umumiye Reisliği diğer vekaletler kadar eleştiri almış hatta vekiller hakkında gensoru önergeleri verilmiştir.

TBMM, Orduyu kendi emir ve komutası altında milletin vurucu gücü olarak gördüğünden ordu komutanlarının asayiş mülahazasıyla dahi olsa sivilleri askeri mahkemelere sevk etmelerini hoş karşılamamıştır. Bunlardan en ilginci Erzurum'daki Albayak Gazetesi sahibi Mithat Bey'in yargılanmasıdır. Mithat Bey ordunun manevi şahsiyetini tahkir ettiği gerekçesiyle askeri mahkeme tarafından tutuklanmıştı. İtirazlara rağmen hükümet asker olmayan kişilerin askerlikle ilgili suçlarına askeri yargının bakmasını yasal bulmuştu.[34] Bir başka yakınma konusu Vesait-i Nakliye-i Askeriye Kanununun uygulanma biçimine olmuştur. Bu konuda yetkili olan komisyonların yetkilerini angarya gibi kullandıkları Mecliste tartışılmıştır.

Birinci Meclis döneminde geniş yer kaplayan bir tartışma da Koçgiri isyanı olmuştur. Büyük tereddütlerle Milli Mücadele saflarına katılan

---

32 Celal Erikan, **Kurtuluş Savaşı Tarihi** (Yayına haz: Rıdvan Akın), İstanbul, İş Bankası Kültür Yayınları, 2008, s.303.

33 **Nutukta Anılan Komutanların Biyografileri,** Ankara, Genelkurmay Basımevi, 1981, ss.6-15

34 **TBMM Devleti,** s.242

Sakallı Nurettin Paşa'ya Merkez Ordusu komutanlığı çerçevesinde iki önemli insiyatif verilmiştir. Bunlardan ilki Canik Sancağında ayrılıkçı eylemler yapmakta olan Pontusçuları tasfiye etmek görevidir. Bu operasyon Muhafız Alayı komutanı Topal Osman Ağa ile birlikte yürütülmüştür. İkinci büyük olay ise Koçgiri isyanının bastırılması meselesi olmuştur. Koçgiri isyanı, Sivas'ın İmranlı bölgesinde feodal karakterde bir eylem olarak başlamış, hızla yayılmıştır. Sakallı Nurettin Paşa komutasındaki Merkez Ordusu 1921 yılının kışında başlayıp bahara kadar süren bir tenkil ve tedip operasyonu yürütmüş, isyan çok sert tedbirlerle bastırılmıştır.

Bu gelişmelerin akabinde konu TBMM genel kuruluna getirildi. Tedip harekatında Ordu komutanının benimsediği üslup şiddetle eleştirildi. Meclis, konuyu yerinde araştırmak üzere Bolu milletvekili Yusuf İzzet Paşa Başkanlığında Koçgiri Tahkik ve Dersim Tetkik Heyeti'nin kurulmasına karar verdi. Bu bir çeşit Meclis araştırma komisyonuydu. Bu arada Nurettin Paşa TBMM kararı ile askeri mahkemeye sevkedilmek istendi. Meclis Başkanı Mustafa Kemal Paşa Nurettin Paşa ile ilgili muamelenin ordunun iç işi olduğu gerekçesi ile komutana sahip çıktı. Nurettin Paşa, Mustafa Kemal Paşa'nın müdahalesi ile sadece görevden alınarak Meclis'in elinden kurtulmuş oldu.[35] Koçgiri Tahkik Heyeti'nin Nurettin Paşa hakkında verdiği rapor olumsuzdu. Bunun üzerine Meclis sosyal tedbirler alma gereği duydu. *Koçgiri Hadisesinde Duçarı Sefalet Olanlara Verilecek Tohumluk ve Yemeklik Hakkında Kanun* çıkarılmak zorunda kalındı.[36]

Ordu yüksek komutanı kademesi ile ilgili bir başka hararetli tartışma, Elcezire Cephesi Komutanı Nihat Paşa (Anılmış) ile ilgili olandır. Karahisarı Sahip milletvekili Şükrü Bey tarafından verilen bir soru önergesi ile başlamış, Nihat Paşa'nın cepheyi yönetme üslubu uzun uzun eleştirilmiştir.[37]

Ordunun sevk ve idaresiyle ilgili en önemli konu Başkumandanlık olmuştur. Başkumandanlık, ilk kez birinci meclis tarafından tanımlanmış bir kavramdır. Türk kamu hukuku açısından da önemi vardır. 1924, 1961 ve 1982 anayasalarında aynı hukuk mantığı ile tanımlanmıştır. Tanımın kökeninde Türk İstiklal Savaşı vardır. Buna göre, başkumandanlık "TBMM'nin manevi şahsiyetinde mündemiç" idi. Mustafa Kemal Paşa, TBMM Başkanlığına

---

35 Nurettin Paşa'ya uzun süre görev verilmedi; Ali İhsan Sabis'in 1. Ordu komutanlığından alınması üzerine bu göreve getirildi. Ne ilginçtir ki Sakallı Nurettin Paşa, Atatürk'ün Büyük Nutuk'ta en çok yerilen iki kişiden biridir. Nurettin Paşa, tutucu karakteri ile kurtuluştan sonra muhalefete geçmiş, Halk Fırkasının karşısında Bursa'dan aday olmuştur.

36 Tarık Zafer Tunaya, **Türkiye'de Siyasal Partiler, Cilt II, Mütareke Dönemi,** İstanbul, Hürriyet Vakfı Yayınları, 1986, s.202.

37 **TBMMZC.,** Cilt 14, 7.11.1337, ss.39-42, 121-125.

seçildiğinde, askerlikle ilişkisi söz konusu değildi. Kendisi, 7/8 Temmuz 1919 gecesi istifa etmiş, daha sonra bütün rütbe ve nişanları geri alınarak ordudan tard edilmişti Ordu ile tekrar kurumsal bağını kuran gelişme, 5 Ağustos 1921 tarihli *Başkomutanlık Kanunu* oldu.

TBMM, ihtilalci bir konvansiyon olarak, bütün devlet erklerini uhdesinde birleştiren sivil ve demokratik, temsili bir güçtü. *İcra Vekilleri Heyetinin Sureti İntihabı Hakkında Kanun ve Teşkilatı Esasiye Kanunları* fiili yeni Devlete en üst otorite olarak Meclisi tanıyordu. Bu durum yargı alanı açısından da geçerliydi. Meclis, İstiklal Mahkemeleri kararları ve idari yargı alanında temyiz mercii idi. Doğal olarak Meclis, her alanda olduğu gibi ordunun kurulması, teşkilatlanması, tahkimi ve komutası konularında kendisini tek otorite olarak görüyordu. *İcra Encümeninden* başlayarak *Erkan-ı Harp Riyaseti* ve *Milli Müdafaa Vekaleti* komutan mebuslar tarafından yerine getirilmeye başlandı. Bu görevler Meclisin üstün yetkisinin sağladığı bir delegasyonla yerine getiriliyordu. Bu muvazzaf bir komutanın mebus olarak siyasetle iştigali anlamına gelmekteydi. Mecliste geçmişte kolordu yönetmiş, Selahattin Köseoğlu (Mersin) gibi muhalif, İkinci Grup'a mensup milletvekilleri de vardı. Bu siyaset farklılaşması ordunun sevk ve idaresi konusunda da içtihat farklarına yol açacaktır.

Eskişehir-Kütahya Savaşlarında Batı Cephesinin çökmenin eşiğine gelmesi, askeri yönetimin radikal bir şekilde ele alınmasını zorunlu kıldı. TBMM kendi başkanını Başkumandan mevkiine getirdi. Daha önce *Kanunu Esasi,* başkumandanlığı padişahlık hukukundan sayıyordu. Birinci Dünya Savaşı boyunca Enver Paşa, Sultan Reşat'a vekaleten bu mevkide bulundu. Literatürde bazı yazarlar başkumandanlığı Meclisin teşrii (yasama) faaliyetine denk işlem yapma yetkisi dolayısıyla eski Roma Cumhuriyetlerinde olduğu üzere *kanuni diktatörlük* olarak yorumlamışlardır.[38] Örneğin Başkumanlık emri ile kurulan İstiklal Mahkemeleri ve *Tekalif-i Milliye* emirleri yasama delegasyonu sayılmış, Hüseyin Avni (Ulaş) gibi muhalif mebuslar buna karşı çıkmışlardı. Kanun bizzat Mustafa Kemal'in talebi ile *"üç aylık bir süre kaydı altında"* çıkarılmış, daha sonra 31 Ekim 1921, 4 Şubat 1922, 6 Mayıs 1922 'de üçer ay, 20 Temmuz'dan itibaren süresiz uzatılmıştır.

Bu uzatmaların her birinde, Başkumandanın artan nüfuz ve karizmasından çekinen muhalifler tarafından, yetkilerini tahdit etmeye, makamın yetkisini bir komisyonla sınırlamaya teşebbüs edilmiştir. Muhalefet Meclis tüzel kişiliği üzerinden savaşın yönetimi ve ordunun sevk ve idaresine müdahale etmeye çalışmıştır. Başkumandanı taarruza veya görevi bırak-

---

38 Bülent Daver, **İcra Organının İstisnai Yetkileri Bakımından Fevkalade Hal Rejimleri:Türkiye'de Yabancı Memleketlerde,** Ankara, Sevinç Matbaası, 1961, ss.119-120

maya zorlamıştır: Bu muhalif odak, Müdafaa-ı Hukuk İkinci Grubuydu. Başkumandanı güçsüzleştirme konusunda en büyük hamle, ordunun bir Fevkalade Harp Encümeni marifetiyle denetlenmesiydi. Meclis'te Mustafa Kemal Paşa'nın fiili partisi olan Birinci Grup bu girişimi bloke etmeyi başardı. Encümenin başkanlığına, Başkumandanın getirilmesi, bir komisyon aracılığıyla Başkumandanı zayıflatma projesini rafa kaldırmış oldu. Encümen Maliye, Milli Savunma Vekaletleri ve Erkan-ı Harp Riyaseti temsilcilerinden oluşan ve Başkumandan tarafından yönetilen bir komisyona dönüştürüldü.[39]

Sonuç itibariyle, Birinci Meclis döneminde ordunun sevk ve idaresi Meclisin önemle ele aldığı bir konu olarak dikkat çeker. Bu durum doğaldır da. Ankara Konvansiyonunun meşruiyet kaynağı Türk İstiklal Savaşıdır. Bir anlamda Anadolu halkı kurtuluş gündemine odaklanmıştır. Bu bakımdan ordunun yönetimi Türk milleti açısından varolma/yokolma düzeyinde bir önem taşımaktaydı. Birinci Dünya Savaşının acı tecrübeleri, genel olarak milletvekillerini cihet-i askeriyeye güvensiz kılmıştı. Bir kısım mebus, mağlubiyet ve imparatorluğun dağılması sorumluluğunu büyük ölçüde İttihatçı subaylara yıkmaktaydılar. Şurası özenle vurgulanmalıdır ki, Mustafa Kemal Paşa'nın, Erzurum ve Sivas Kongrelerinden başlayarak önderliğinin kabul edilmesi kayıtsız koşulsuz bir itaat anlamına asla gelmemiştir. Sakarya Savaşının sonuna kadar Mustafa Kemal Paşa'nın Meclis içi iktidarı bıçak sırtı denge durumunu sürdürmüştür. Buradan şöyle bir sonuç çıkarmak hiç de abartılı olmayacaktır: Eğer, Eskişehir-Kütahya savaşlarından sonra, Yunan ordusu Sakarya gerisinde durdurulamamış olsaydı; Anadolu Hükümeti dağılmanın eşiğine gelmiş olur, Mustafa Kemal Paşa önderlik insiyatifini kaybetmiş olabilirdi. Bu anlamda Sakarya, Türk İstiklal savaşının en kritik eşiğini oluşturur. Bu savaş Türk milletinin ordusuna güvenini tazelemiş, zafere inancı pekiştirmiştir.

Ancak, paradoksal bir şekilde, Mustafa Kemal Paşa kimliğinde askeri otoritenin gücünün artması, iki yönlü bir tehdit algılamasına neden olmuştur. Birincisi, güçler birliği ve meclis üstünlüğü ilkesine dayanan TBMM rejiminin, başkumandan karşısında gücünün gittikçe zayıflaması; hatta bir Mustafa Kemal diktasına dönüşmesi olasılığıdır. İkinci ise, bu gerçekleşmese dahi, rejimin askerileşmesidir. Bu bakımdan ordu, milli mücadele boyunca, dikkatle izlenmiş, Erkan-ı Harp Riyaseti, Milli Müdafaa Vekaleti, Cephe komutanları, hatta Ankara civarındaki garnizon uygulamaları bile sert eleştirilere tabi olmuştur. Eleştirilerden, başkumandanlık mevkiide nasibini almıştır. Özetle, Türk İstiklal Savaşı tarihi askeri otoritenin cumhuriyet tarihinde görülmemiş bir şekilde gözlem altında tutulduğu bir dönemdir. Bu dönemde, ordunun TBMM'nin üstün ve egemen otoritesi altında konuşlan-

---

39 Utkan Kocatürk, **Atatürk ve Türk Devrimi Kronolojisi,** Ankara, Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü Yayınları, 1973, s.202.

ması gereği özellikle muhalif İkinci Grup milletvekillerince sık sık vurgulanmıştır.[40]

Büyük Zafer, başkumandan ve *cihet-i askeriyeye* yönelik açık eleştiri ve yıpratmaları durdurmuş, muhalefeti Lozan Konferansının yürütülmesi ve delegasyonun uyguladığı politikaya yoğunlaşmasına neden olmuştur. Muzaffer başkumandanın "başkumandanlığı" artık gündemden düşmüştür. Mustafa Kemal'in askeri önderliği tartışma dışı kalmış, olay tamamen siyasallaşmıştır.

Bu koşullar altında, Gazi Mustafa Kemal, 1923 seçimlerine Müdafaa-ı Hukuk Grubunun Halk Fırkası olarak gireceğini ilan ettiğinde, birkaç kimliğe sahip bulunuyordu. Birinci, TBMM kararı ile 1921 sonbaharından beri Gazi ve Mareşaldi. Yani 7/8 Temmuz 1919 gecesi kaybettiği askeri kimliğini tekrar iktisap etmişti. İkinci ise TBMM'nin başkanıydı. Sonuncusu ise bir siyasal partinin önderiydi. Bu nitelikleri bir araya getiren ihtilalin özel koşullarıydı.

Nisab-ı Müzakere Kanununun istisna hükümleri, Büyük Taarruzda görev almış bir çok komutanın, Müdafaa-ı Hukuk Birinci Grubundan mebus seçilmesini sağladı. Bu, Halaskar Gazi'nin elde ettiği büyük askeri başarıyı siyasal bir inisiyatife dönüştürmesi anlamına gelecekti.

1927'e kadar sürecek olan *Nisab-ı Müzakere Kanununun* geçiş rejimi hükümlerine dayanarak 1924 yılı itibariyle, önce en az 14 muvazzaf ordu komutanı TBMM'ne seçilmiş oldu.[41] Zaferden sonra üç müfettişlik ve 9 kolordu olarak yeniden düzenlenen Türk ordusunun[42], TBMM'ne seçilmiş bulunan generalleri, özlük hakları mahfuz kalmak, fiilen kıtaya kumanda etmemek şartı altında askeri kimliklerinden tamamiyle ayrılmaksızın siyasal sürecin bir parçası olma ayrıcalığından yararlandılar.

İkinci Meclis, komutan mebuslar sorununa şöyle bir çözüm buldu: 19.12.1923 tarihli *TBMM'ne İntihab Edilen ve Edilecek Olan Bilumum Mensubin-i Askeriye'nin Tabi Olacakları Şerait Hakkında 385 Sayılı Kanun.* Kanun, seçilmiş askerlerin Meclis'e iltihakı şartını fiilen kıtaya kumanda etmeme koşuluna bağladı. Bu nedenle Karabekir ve Cebesoy ordu müfettişliğini terkederek Meclis'e katıldılar. Atatürk ve İsmet Paşa, askerlikle ilgili statü ve özlük haklarını, TBMM'nin ikinci döneminde de korudular. Bir başka söyleyişle Başvekil İsmet Paşa'nın birinci ferik rütbesi, Reisicumhur

---

40 Ahmet Demirel, **Birinci Meclis'te Muhalefet İkinci Grup,** İstanbul, İletişim Yayınları, 1994, ss.260-281.

41 William Hale, **Türkiye'de Ordu ve Siyaset, 1789'dan Günümüze,** Hil Yayınları, 1996., s.70

42 **Türkiye'de Ordu ve Siyaset**, s.71.

Mustafa Kemal Paşa'nın müşir rütbesi, siyasal görevleriyle birlikte "mahfuz bir hak" olarak uhdelerinde kaldı. Atatürk ve İnönü'nün orduyla ilişkileri, 1927 Ağustosunda emekli olmalarına kadar devam etti. Üçüncü Meclis'ten itibaren askerlerin siyasal sürece ve seçimlere katılmaları, "istifa koşuluna" bağlanmış, askeri otorite siyasal alanın tamamen dışına çıkmıştır.

CHP'nin İkinci Kongresinde okunan Büyük Nutuk Türk Devriminin konsolidasyon dönemine girdiğine işaret etmekteydi. Bu tarihten sonra, çok partili siyasal hayatın başlaması ve 14 Mayıs 1950 seçimleriyle Demokrat Parti iktidara gelinceye kadar askeri otoritenin sivil otoritenin emri altında bulunduğu tartışması hiç gündeme gelmedi.

Kaynakça

"Yüzellilikler Albümü Türkiye Cumhuriyeti Dahiliye Vekaleti Emniyeti Umumiye Müdüriyeti" Ankara,Vilayet Matbaası, 1340; Albümün tıpkı basımı için bkz. Tarih ve Toplum, C.12, sayı:70, İstanbul, İletişim Yayınları, 1989.

Akın, Rıdvan., TBMM Devleti, Birinci Meclis Döneminde Devlet Erkleri ve İdare, İstanbul, İletişim Yayınları, 2001.

Akşin, Sina., Ana Çizgileriyle Türkiye'nin Yakın Tarihi, Ankara, İmaj Yayınları, 2001,

Artuç, İbrahim., Başkomutan Meydan Muharebesi, İstanbul, Kastaş A.Ş. Yayınları, 1985.

Ayın, Faruk., Osmanlı Devletinde Tanzimattan Sonra Askeralma Kanunları 1839-1914, Ankara, Genelkurmay Askeri Tarih ve Stratejik Etüt Başkanlığı, 1994.

Daver Bülent., İcra Organının İstisnai Yetkileri Bakımından Fevkalade Hal Rejimleri: Türkiye'de Yabancı Memleketlerde, Ankara, Sevinç Matbaası, 1961.

Demirel, Ahmet., Birinci Meclis'te Muhalefet İkinci Grup, İstanbul, İletişim Yayınları, 1994.

Durusu, Sabri., "Sakarya Meydan Muharebesi ve Sonrasında Askeri Olaylar Sırasında Ordunun Sevk ve İdaresiyle Devletin Yönetimi Arasındaki İlişkiler", İkinci Askeri Tarih Semineri, Bildiriler, Ankara, Genelkurmay Askeri Tarih ve Stratejik Etüt Başkanlığı, 1985.

Düstur III. Tertip, Cilt 1, Ankara, Başbakanlık Basımevi, 1929.

Eralp, Nejat., "İkinci Meşrutiyette Silahlı Kuvvetler İle İlgili Üç Önemli Kanun", Dördüncü Askeri Tarih Semineri, Bildiriler, Ankara, Genelkurmay Askeri Tarih ve Stratejik Etüt Başkanlığı, 1989.

Ercan, Yavuz., "Kuvayı Milliyenin Yapısı ve Niteliği Üzerine Bir Tahlil", İkinci Askeri Tarih Semineri, Bildiriler, Ankara, Genelkurmay Askeri Tarih ve Stratejik Etüt Başkanlığı, 1985.

Erikan, Celal., Kurtuluş Savaşı Tarihi (Yayına haz: Rıdvan Akın), İstanbul, İş Bankası Kültür Yayınları, 2008.

Findley, Carter V., "19. yy'da Osmanlı İmparatorluğu'nda Bürokratik Gelişme", Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Türkiye Ansiklopedisi, Cilt.1, İstanbul, İletişim Yayınları, 1985.

Görgülü, İsmet., On Yıllık Harbin Kadrosu, 1912-1922, Balkan, Birinci Dünya ve İstiklal Harbi, Ankara, Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1993.

Gülsoy, Ufuk., Osmanlı Gayrimüslimlerinin Askerlik Serüveni, İstanbul, Simurg, 2000.

Hale, William., Türkiye'de Ordu ve Siyaset, 1789'dan Günümüze, Hil Yayınları, 1996.

Kocatürk, Utkan., Atatürk ve Türk Devrimi Kronolojisi, Ankara, Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü Yayınları, 1973.

Kressenstein, von Kress. Türklerle Beraber Süveyş Kanalına, Türkçesi: Mazhar Besim, İstanbul, Askeri Matbaa, 1943.

Nutukta Anılan Komutanların Biyografileri, Ankara, Genelkurmay Basımevi, 1981.

Öklem, Necdet., TBMM Gizli Oturumlarında Başkomutanlık Kanunu ve Tartışmalar, Ege Üniversitesi Yayınları no.3, 1986.

Öztoprak, İzzet., "Düzenli Ordunun Kuruluşu", İkinci Askeri Tarih Semineri, Bildiriler, Ankara, Genelkurmay Askeri Tarih ve Stratejik Etüt Başkanlığı, 1985.

Öztürk, Mustafa., "Birinci Dünya Savaşı Yıllarında Askerlerin İktisadi Durumu", Dördüncü Askeri Tarih Semineri, Bildiriler, Ankara, Genelkurmay Askeri Tarih ve Stratejik Etüt Başkanlığı, 1989.

Tunaya, Tarık Zafer., Türkiye'de Siyasal Partiler, Cilt II, Mütareke Dönemi, İstanbul, Hürriyet Vakfı Yayınları, 1986.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Gizli Celse Zabıtları (TBMMGCZ), Cilt 1-4, Ankara, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1984.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Zabıt Ceridesi (TBMMZC), Devre I, Cilt 1-29, Ankara, TBMM Matbaası, 1959-1961.

*Avrupa Birliği Hukukunda Kişisel Verilerin Üçüncü Ülkelere Aktarılması**

*Çetin ARSLAN***

GİRİŞ

Her insanın özel (veya gizli) bir yaşam alanı vardır. Bunun kapsamı kişiden kişiye değişebilmekle birlikte, olağan koşullarda hiç kimse diğerinin kendi sınırlarını ihlal etmesini istemez. Bu olguyu zihnimizde canlandırmak gerekirse, merkezinde bireyin bulunduğu küçükten büyüğe doğru iç içe girmiş dairelerden oluştuğunu varsayabiliriz. İşte bize en yakın olan çekirdek kısım başta olmak üzere, özel yaşamın her boyutunun dokunulmazlığı, temel hak ve özgürlükler ile insan onuruna saygının bir gereğidir[1].

Hukukî, siyasî, sosyal, ekonomik ve teknik yönleriyle çok boyutlu bir kavram olan *"kişisel verilerin korunması"* konusu; Anayasamızda[2] bağımsız temel bir hak olarak açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte gerek ulusal mevzuat, gerekse uluslararası birçok metinde esas itibariyle insan onuruna saygı ile temel hak ve özgürlükler kapsamında ele alınan bir husus olduğu göze çarpmaktadır[3]. Zira kişisel verilerin korunmasının temelinde, bireyin

---

* *Bu çalışma, Max-Planck Yabancılar ve Uluslararası Ceza Hukuku Enstitüsü Araştırma Bursu Kapsamında 01–31 Aralık 2010 tarihinde Freiburg-ALMANYA'da yapılan çalışmaların ürünüdür. Bu vesileyle; sağladıkları olanaklar, mükemmel çalışma ortamı için anılan kuruma ve özellikle gösterdikleri samimi misafirperverlik için Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Ulrich Sieber ile* ***Dr. Silvia Tellenbach'a ve burs sürecindeki katkıları nedeniyle Prof. Dr. Feridun Yenisey'e*** *içten teşekkürlerimi sunarım.*

** *Doç. Dr., Yargıtay Cumhuriyet Savcısı.*

1 Mahremiyete yönelik saldırılar, hem *"kişinin yalnız başına olma / yalnız bırakılma (right to be alone / right to be left alone)"*, hem de dokunulmaz bir kişiliğe sahip olma hakkını ihlâl eder.

2 1982 Anayasasına ilişkin bütün değişikliklerin görülebileceği güncel bir kaynak için bkz. **Arslan, Çetin/ Kayançicek, Murat,** 12 Eylül 2010 Referandumu Dâhil Tüm Değişiklikler İşlenmiş T.C. ANAYASASI, Notlu & Atıflı - Yabancı Ülke Anayasaları ile Karşılaştırmalı, Hürriyet Gazetesi (Armağanı), İstanbul 2010.

3 *"Kişisel verilerin işlenmesi ve bu türdeki verilerin serbest dolaşımı çerçevesinde*

temel hak ve özgürlüklerini dokunulmaz kılma kaygısı yatmakta; yoksa bundan bağımsız olarak yalnızca içerisinde kişisel verilerin bulunduğu veri taşıyıcıların (soyut olarak verinin kendisinin) korunması ve böylelikle verinin güvenliğini sağlama düşüncesi bulunmamaktadır[4]. Bu bağlamda; kişisel verilerinin korunması hakkı, kişinin bir hukuk devletinde kendi yaşamını özgür iradesiyle belirleyip düzenleyebilme ve geleceğini şekillendirebilme hakkının bir gereğidir. Zira gerek kamusal organlar, gerekse gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişileri tarafından kişisel verilerin elde edilmesi ve/veya işlenmesinde etkin olduğu kadar yeterli koruma sağlanmaksızın, insanın kişiliğinin serbestçe gelişmesi ve her biri gerçek anlamda birer birey olan özgür ve çağdaş bir toplumun teşekkülü mümkün değildir. Gerçekten, *"bizi" "biz"* yapan, fert olarak diğerlerinden ayıran, nitelik ve nicelikler üzerinde kontrolümüzü kaybettiğimizde, soyut olarak sahip olduğunu düşündüğümüz kişisel özgürlüklerimizin, pratikte fazlaca bir öneme sahip olduğundan söz edemeyiz. Öyle ki, böyle bir durumda kendine özgü vasıfları yitirmeden, düşünsel ve duygusal değerleriyle yaşamlarını belirleyebilen bireylerden oluşan özgür bir toplumun yaratılması mümkün değildir.

Özel yaşamın korunması esas olmakla birlikte; toplumsal yaşamın getirdiği ilişkiler doğrultusunda gerek kamusal organların, gerekse özel sektörün kişiye ilişkin bilgileri edinmesi ve değişik türlerde işlemesi bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira kişisel verilerin toplanması, depolanması, yönetilmesi ve işlenmesi hem devletlere, hem de çeşitli düzeydeki tüzel kişilik ve topluluklara ve hatta kişilere toplumsal yaşam faaliyetleri çerçevesinde son derece önemli kolaylıklar ve konfor sağlamaktadır. Gerçekten devletler yönetim, plânlama ve güvenliğin sağlanması gibi işlevlerini yerine getirebilmek; şirketler ise müşterilerine daha kolay ve iyi hizmet sunabilmek, karlılıklarını arttırmak gibi nedenlerle kişisel verilere ihtiyaç duymaktadırlar. Bu bağlamda bilgiye ulaşılması, toplanması, depolanması, değerlen-

---

*bireylerin korunmasına ilişkin 24 Ekim 1995 tarihli 95/46/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi"*nin (**Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data,** *Official Journal L 281, 23/11/1995 p. 0031-0050)* (kısaca: VKY veya 95/46/AT sayılı Yönerge) 1. maddesinde zikredilen amaç açıkça düzenlenmiştir (http: //eur- lex. europa. eu, 06.12.10). Aynı şekilde, *"Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı (KVKKT)"*nın (bkz. http: //www. kgm. adalet. gov. tr/ tbmmkom/ kisiselveriler. pdf, 06.12.10) 1. maddesinde de;*"Bu Kanunun amacı; kişisel verilerin işlenmesinde kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı ile temel hak ve özgürlüklerini korumak..."* olduğu ifade edilmiştir. Bu hususta ayrıca çalışmamızın *"Konuya İlişkin Kimi Uluslararası Kaynaklar"* başlıklı yerine bakınız.

4 **Şimşek, Oğuz,** Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2008, s. 1-2, 4.

dirilmesi ve bunun serbestçe akışından / aktarılmasından kaynaklanan çıkarlar ile kişisel özgürlüğün gereği olan veri üzerinde denetim hakkı esas itibariyle sürekli bir çatışma hâlindedir. Anılan zıtlık, kişisel veri hareketlerinin ve aktarımının tamamen yasaklanmasını veya önlenmesini değil, bu süreçte denetim olanağı bulunmayan bireye yeniden etkili denetim hakkı tanınarak hassas bir denge sağlamayı gerektirir[5]. Bu çerçevede kişinin muhatabına verdiği veya vermek zorunda kaldığı bilgilerinin, örneğin siyasi düşüncesinin, dinî inancının veya ailevî ilişkilerinin korunmasını / gizli kalmasını istemesi; kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı ile temel hak ve özgürlüklerinin korunmasının güvenceye alınmasına dair doğal hakkıdır. Dolayısıyla kişisel verilerin toplanma amacına uygun olarak kullanılması ve kural olarak yeterli koruma düzeyi sağlamayan üçüncü kişilere aktarılmaması, kişisel verilerin korunmasının nirengi noktasını oluşturmaktadır.

Özellikle son yıllarda bilgisayar ve internet kullanımının baş döndürücü hızla yaygınlaşmasına koşut, kişisel veriler de bir anlamda daha fazla risk altına girmiş bulunmaktadır. Zikredilen teknolojik gelişmelerdeki ivmeye paralel olarak Avrupa ülkelerinde yarım asrı aşkın süredir üzerinde oldukça hararetli tartışmalara konu olan ve olumlu yönde ilerlemelerin yaşandığı kişisel verilerin korunması hususu, Türkiye açısından da gün geçtikçe önem kazanmaktadır.

Kişisel verilerin korunması Avrupa Birliğinde temel hak ve özgürlükler perspektifinde değerlendirildiğinden konu kapsamlı yasalar ve hukukî düzenlemelerde ele alınmış ve uygulanmasının denetimi de bağımsız idarî otoritelere bırakılmıştır.

Avrupa Birliğinin kişisel verileri koruma hukuku ve bu alandaki standartları nerdeyse tüm çağdaş ülkelerde fiilen uygulama alanı bulmuştur. Diğer taraftan bugünlerde TBMM'nin gündeminde bulunan ve Avrupa Birliği düzenlemelerinin esas alındığı *"Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı"*nın üzerinde en çok tartışılan hükümlerinden birini zikrettiğimiz *"kişisel verilerin aktarılması"* konusu oluşturduğundan; mevzuat, doktriner tartışma ve uygulama açısından oldukça zengin birikime sahip olan Avrupa Birliği Hukukunun verileri ışığında tartışmalara katkı sağlanması, öncelikle yasama süreci ve daha sonra uygulama açısından oldukça yararlı olacaktır.

---

5 **Küzeci, Elif,** Kişisel Verilerin Korunması, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2010, s. 3.

I.- KONUYA İLİŞKİN BAZI KAVRAMLAR VE ULUSLARARASI KAYNAKLAR

A.- KONUYA İLİŞKİN BAZI KAVRAMLAR

Kişisel verilerin korunması hukukunun nispeten kendine özgü bir terminolojisinin oluştuğu söylenebilir. Konunun disiplinler arası ve özgün niteliği ile geçirdiği tarihsel süreç gözetildiğinde, bunun olağan bir durum olduğunu söyleyebiliriz. Bu nedenle çalışmamızın sınırını aşmayacak düzeyde, aşağıda kimi kavramlara genel kabul görmüş şekliyle değinilecektir.

1. Veri (Data), Kişisel Veri (Personal Data) ve Hassas Kişisel Veri (Sensitive Personal Data)

*"Kişisel veri"*nin tanımlanabilmesi için öncelikle *"veri"*nin ne olduğuna bakmak gerekir. *"Veri (data)"* kullanıldığı alana veya bilim dalına göre nispeten değişik biçimlerde tanımlanmakla ve bu nedenle üzerinde bazı tartışmalar yapılmakla birlikte, en genel şekliyle *"bilgi (information, knowledge)"* anlamına gelmektedir[6]. Buradan hareket edildiğinde, *"kişisel veri (personal data)"*; belirli veya belirlenebilir nitelikteki bir kişiye ilişkin her türlü bilgi olarak tanımlanmaktadır (bkz. KVKKT md. 3/1-ç)[7]. Birçok ulusal ve uluslararası belgedeki unsurları ihtiva eden bu ifadede kişisel verinin, diğerlerinden ayrılmasında temel olarak iki ölçütten yararlanılmaktadır ki, bunlar verinin *"bir kişiye ait olması"*[8] ve *"bu kişinin de belirli veya belirlenebilir nitelikte olması"*dır[9]. Nitekim 95/46/AT sayılı Yönerge'nin 2/a maddesinde de *"kişisel veri";* doğrudan veya dolaylı olarak bir gerçek kişi hakkında olan veya onu be-

---

6 http://tdkterim.gov.tr, 04.12.10; **Bainbridge, David,** Data Protection Law, Second Edition, XPL Publishing, 2005, s. 40-42.

7 *Aynı yönde: "Kişisel verilerin Korunması Kanun Tasarısı Hakkında Türkiye Bilişim Vakfı Görüşü",* http:// www. tbv. org. tr, 12.12.10, s. 5; Diğer taraftan *"Ekonomik İşbirliği Teşkilatı (EİT) Kaçakçılık ve Gümrük Suçları Veri Bankasının Kurulması ve İşletilmesine Dair Anlaşma"* (RG, 27.06.2009/ 27271), md. I/ 6'da *"kişisel veri"; "…kimliği belirli veya belirlenebilecek olan bir gerçek veya tüzel kişi hakkındaki tüm veriler anlamına gelir."* şeklinde tanımlanmıştır. 7 Temmuz 2005 tarihinde İstanbul'da imzalanıp 2.4.2009 tarihli ve 5872 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan bu Anlaşma'nın onaylanması; Dışişleri Bakanlığı'nın 14.5.2009 tarihli ve HUMŞ-543 sayılı yazısı üzerine, 31.5.1963 tarihli ve 244 sayılı Kanunun 3 üncü maddesine göre, Bakanlar Kurulu'nca 25.05.2009 tarihinde kararlaştırılmıştır.

8 Belirtelim ki, *"verinin öznesi"* birey olduğunda *"kişisel veri"*, şirket olduğunda *"ticarî sır"* ve devlet olduğunda ise, *"devlet sırrı"* söz konusudur.

9 **Information Commissioner's Office,** Data Protection Technical Guidance, Determining what is personal data, http://www.ico.gov.uk, 04.12.10; **Küzeci,** Kişisel Verilerin Korunması, s. 9.

lirlenebilir kılan her türlü bilgi olarak tarif edilmektedir[10]. Bu bağlamda kişinin kimlik numarasıyla, bir veya birden fazla fiziksel, psişik, ekonomik, kültürel veya sosyal kimliği ile ilişkilendirilenler başta olmak üzere, taşıdığı özel unsur nedeniyle kişinin belirlenmesini sağlayan tüm bilgiler kişisel veridir. O hâlde belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişiyle ilişkilendirilmesi mümkün olmayan, örneğin istatistikî nitelikteki veriler (anonim veriler) kişisel veri olarak nitelenemeyecektir[11]. Belirtelim ki, 95/46/AT sayılı Yönergesindeki tanım, 1998 tarihli İngiliz *"Veri Koruma Kanunu (Data Protection Act)"*nda[12] olduğu gibi[13], yaşayan gerçek kişileri dikkate almakta, tüzel kişileri (örneğin şirketleri) kapsamamaktadır[14].

"Hassas kişisel veri (sensitive personal data)" ise, kişinin ırk menşeini, politik düşüncelerini, dinî veya diğer inançlarını ortaya koyacak nitelikte olan bilgiler ile sağlık veya cinsel yaşamla ilgili veriler ve ceza mahkûmiyetlerine ilişkin bilgilerdir (AKS md. 6). KVKKT'de bu konuda açık bir tanım bulunmamakta ise de; 7/1.maddesinde -benzer bir ifadeyle- *"Kişilerin ırk, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep veya diğer inançları, dernek, vakıf ve sendika üyeliği, sağlık ve özel yaşamları ve her türlü mahkûmiyetleri ile ilgili kişisel veriler"*in işlenemeyeceği hüküm altına alınarak dolaylı bir belirlemeye gidilmiştir. İşaret edelim ki, ilk bakışta veya doğrudan hassas kişisel veri kategorisine girmemekle birlikte, bu nitelikteki bilgilere dolaylı da olsa erişim olanağı veren veriler de hassas nitelikte kişisel verilerdir[15].

2. Veri Öznesi (Data Subject) veya İlgili Kişi

Kişisel verilerin işlenmesinde çeşitli kişi veya kuruluşlar söz konusu olabilmektedir. Bu bağlamda hakkında veri işlenen veya verinin konusu olan

---

10 *Aynı içerikte:* OECD Rehber İlkeleri md. 1; Kişisel veri pozitif hukukumuzda oldukça geniş tanımlanmıştır. Gerçekten *"Telekomünikasyon Sektöründe Kişisel Bilgilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik"*in (bkz. 06.02.2004 tarih ve 25365 sayılı Resmi Gazete, http:// www.tk.gov.tr/, 06.12.10) 3. maddesine göre *"kişisel bilgiler/veriler"; "Tanımlanmış ya da doğrudan veya dolaylı olarak, bir kimlik numarası ya da fiziksel, psikolojik, zihinsel, ekonomik, kültürel ya da sosyal kimliğinin, sağlık, genetik, etnik, dini, ailevi ve siyasi bilgilerinin bir ya da birden fazla unsuruna dayanarak tanımlanabilen gerçek ve/veya tüzel kişilere ilişkin herhangi bir bilgiyi…ifade eder."*

11 KVKKT'nin 3/1-b maddesinde verinin anonim hâle getirtilmesi; *"…Kişisel verilerin, belirli veya kimliği belirlenebilir bir gerçek kişiyle ilişkilendirilemeyecek veya kaynağı belirlenemeyecek hale getirilmek suretiyle işlenmesi…"* olarak tanımlanmaktadır.

12 Bkz. http:// www. legislation. gov. uk/ ukpga/ 1998/29/ contents, 19.12.10.

13 **Cousens, Michael,** Surveillance Law, Lexis Nexis UK, London 2004, s. 63-64.

14 **Bainbridge,** Data Protection Law, s. 46.

15 *Aynı içerikte:* KVKKT md.7 gerekçesi.

kişiye *"verinin öznesi" (data subject)* ya da *"ilgili kişi"* (KVKKT md. 3/1-c; AKS md. 2/a) denmektedir.

3. Veri Denetçisi/ Kontrolörü (Data Controller) ve Veri İşlemcisi (Data Processor)

95/46/AT sayılı Yönerge'nin 2/d. maddesine göre *"veri denetçisi / kontrolörü (data controller)"*[16]; tek başına veya müşterek olarak kişisel verilerin işlenmesinin amaç ve araçlarını tespit eden gerçek veya tüzel kişileri, kamu kurum ve kuruluşlarını ve diğer organları[17]; *"veri işlemcisi (data processor)"*[18] ise; veri denetçisi adına kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişileri, kamu kurumlarını ve diğer organ ve örgütleri ifade eder[19]. Kişisel veri işlemcisi, denetçi adına hareket ettiğinden sorumluluğu denetçiye göre nispeten sınırlı ise de, yönergeye aykırı davranışı hâlinde diğerleriyle birlikte mesuliyeti bulunmaktadır (95/46/AT sayılı Yönerge md. 16).

4. Kişisel Verinin İşlenmesi (Processing of Personal Data)

"Kişisel verilerin işlenmesi"; kişisel verilerin otomatik olan veya olmayan yollarla toplanması, elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, değiştirilmesi, silinmesi, yok edilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, başka bir şekilde elde edilebilir hâle getirilmesi, üçüncü kişilere aktarılması, kullanılmasının sınırlanması amacıyla işaretlenmesi veya tasniflenmesi ya da kullanılmasının engellenmesi gibi; bu veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlemi yahut işlemler bütününü ifade eder (KVKKT md. 3/1-e; Aynı içerikte: 95/46/AT sayılı Yönerge md. 2/b[20])[21]. Önemle işaret edelim ki, bireylere iliş-

---

16 KVKKT'de veri denetçisi *"veri kütüğü sahibi"* olarak adlandırılmış ve benzer şekilde "*Kişisel verilerin işlenmesinin amaç ve metotlarını tek başına veya başkaları ile birlikte belirleyen gerçek ve tüzel kişileri"* (md. 3/1-ı) ifade ettiği belirtilmiştir.

17 **Cousens,** Surveillance Law, s. 65.

18 KVKKT md. 3/1-d'deki tanımda aynı niteliktedir: *"Kişisel verileri işleyen: Veri kütüğü sahibi adına, bu verileri işleyen gerçek ve tüzel kişileri… ifade eder."*

19 95/46/AT sayılı Yönergenin İngilizce metni için bkz. http:// old. cdt. org/ privacy/ eudirective/ EU Directive. html, 08.12.10.

20 Konu AKS'nin 2/c maddesinde, yalnızca otomatik yollarla işlenen verileri kapsar şekilde düzenlendiğinden 95/46/AT sayılı Yönergenin 2/b hükmünden daha dar kapsamlıdır:*["Otomatik İşlem"den, tamamı veya bir kısmı otomatik yöntemlerle gerçekleştirilen verilerin kaydı, bu verilere biyolojik ve / veya aritmetik işlemlerin uygulanışı, verilerin değiştirilmesi, silinmesi, çıkarılması veya dağıtılması anlaşılır].*

21 Türk Hukukunda yürürlükte olması nedeniyle kendi alanında bağlayıcılığı bulunan *"Telekomünikasyon Sektöründe Kişisel Bilgilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik"*in (bkz. 06.02.2004 tarih ve 25365 sayılı Resmi Gazete, http:// www. tk. gov. tr, 06.12.10) 3. maddesine göre ise, *"kişisel bilgile-*

kin değişik kişi, kurum veya kuruluşlarda bulunan veya münferit olarak elde edilen bilgiler tek başlarına *-duruma göre-* fazla bir anlam ifade etmezken, bunların biraya getirilip işlenmesi durumunda temel hak ve özgürlükleri ihlal eden ve kişi açısından birçok maddî ve manevî zararlara yol açabilecek olan *"kişilik profili çıkarma / kişilik analizi yapma"* gibi olumsuz sonuçların ortaya çıkması mümkündür. Dolayısıyla kişisel verinin işlenmesinde sıkı kuralların ve etkili denetim mekanizmalarının bulunması zorunludur. Bu bağlamda; kişisel verilerin toplanma amacına uygun olarak saklanması, amaca ulaşılmış olması hâlinde veya artık ulaşma ihtimali kalmamışsa ilgili verinin silinmesi; ileride belki kullanılır düşüncesiyle yedeklenmemesi / depolanmaması / saklanmaması gerekir[22].

B.- KONUYA İLİŞKİN KİMİ ULUSLARARASI KAYNAKLAR

Kişisel verilerin gizli kalması ve korunmasına yönelik düşünceler, bugünkü anlamı ve şekliyle olmasa da, özü itibariyle bireyin kendine özgü bir kişiliğin bulunduğunun kabul edilmesinden bu yana bulunmaktadır. Bununla birlikte konu, teknolojik gelişmelere paralel olarak özellikle 1960'lı yıllarda gündeme gelmeye başlamış ve tartışmalar giderek yoğunlaşarak günümüze kadar devam etmiştir[23].

İletişim olanaklarının sınır tanımaz niteliği göz önüne alındığında, kişisel verilerin ulusal bazda yapılan çabalarla yeterli düzeyde korunmasının mümkün olmadığı gerçeği, ulusal mevzuatın yanında, pek çok uluslararası düzenlemenin yapılmasını da gerektirmiştir. Bunların bazıları kişisel verilerin korunması hukukunun normatif temelini oluşturan özel yaşamın gizliliğine ilişkin olup, kişisel verilerin güvenceye alınmasının amaç ve ilkeleriyle paraleldir. Diğer taraftan, münhasıran kişisel verilerin korunmasını sağlayan ve onun öznesi durumunda olan bireyin temel hak ve özgürlüklerini garanti altına alan şeklî ve maddî hukuk kurallarını ihtiva eden belgeler de bulunmaktadır. Aşağıda birçok ulusal düzenlemeye kaynak teşkil eden ve bu alandaki gelişmelere de rehber olma özelliği taşıyan söz konusu düzenlemelere *-çalışmanın sınırını aşmayacak şekilde-* belli bir sistem içinde ve kronolojik olarak değinilecektir.

---

rin işlenmesi"; "Otomatik olsun olmasın, toplama, kaydetme, hazırlama, yükleme, uyarlama, değiştirme, geri çağırma, danışma, kullanma, aktarma yoluyla açığa vurma, yayma ya da bunların dışında erişilebilir hale getirme, düzenleme, birleştirme, engelleme, silme gibi yollardan, kişisel bilgiler üzerinden yürütülmekte olan herhangi bir işlem ya da işlemler bütününü…" ifade eder.

22 **Yenisey, Feridun,** Kolluk Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2009, s. 215.

23 **Şimşek,** Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, s. 5, 7.

Kişisel verilerin korunması alanındaki çalışmaların, Birleşmiş Milletler (United Nations-BM)[24], Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (Organisation for Economic Co-Operation and Development- OECD)[25] ve Avrupa Birliği bünyesinde başlayıp geliştiği söylenebilir[26]. Bunlardan Avrupa Birliğinde yapılanlar diğerlerine göre daha geç başlamış olmakla birlikte, Birliğe üye ülkeler üzerindeki doğrudan etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararları nedeniyle daha hızlı ve etkili bir biçimde bu alana hâkim olmaya başlamıştır[27].

Kişisel verilerin ulusal temelde korunmasında Avrupa Birliği direktifleri Ülkemiz açısından *-henüz üye olmaması nedeniyle-* doğrudan bağlayıcı değil ise de, tam üyelik hedefi dolayısıyla içinde bulunduğumuz uyum sürecinde önemli bir referanstır. Nitekim KVKKT ile diğer bazı düzenlemelerin hazırlanmasında genel kabul gören temel uluslararası anlaşmalar ile Avrupa Birliği direktiflerinden yararlanılmıştır. Dolayısıyla biz de çalışmamamızda esas itibariyle bu kaynakları göz önünde tutacağız.

1. Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (Organisation for Economic Co-Operation and Development- OECD)

OECD, İkinci Dünya Savaşından sonra Avrupa'yı yeniden imar etmek amacıyla yapılan yardımların eşgüdümünü sağlamak amacıyla oluşturulan *"Avrupa Ekonomik İşbirliği Teşkilatı-OEEC"*nın görevini tamamlamasının akabinde, bu kuruluşun bir tür halefi olarak aralarında ülkemizin de bulunduğu 20 devlet tarafından 14 Aralık 1960'ta Paris'te imzalanan bir anlaşma (Convention on the Organisation for Economic Co-operation and Development) ile kurulmuştur. OECD'nin kuruluş sözleşmesindeki hedefleri arasında; üye ülkelere malî istikrarı korumada destek olmak, sürdürülebilir ekonomik büyümeye, istihdam artışına, yüksek yaşam standartlarının sağlanmasına ve demokrasinin gelişmesine yardım etmek ve böylece dünya ekonomisine katkı sağlamak bulunduğu ifade edilmektedir[28].

---

24 Türkiye 1945 yılında kurulan Birleşmiş Milletler'in kurucu üyeleri arasındadır (http:// www.un. org. tr, 06.12.10).

25 14 Aralık 1960 tarihinde imzalanan Paris Sözleşmesine dayanılarak ülkemizin de içinde bulunduğu 20 kurucu üye tarafından oluşturulan bu örgütün şu an 30 üyesi bulunmaktadır (bkz. http://www.oecd.org, 06.12.10)

26 Bkz. **Institute for Information Law,** *"Privacy, Data Protection and Copyright: Their Interaction in the Context of Electronic Copyright Management Systems",* Amsterdam, June 1998 (http://folk. uio.no/ lee/ oldpage/ articles/ ECMS Imprimatur. pdf, 06.12.10).

27 **Özdemir, Hayrunnisa,** Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009, s. 17.

28 Bkz. http:// oecd. pr. mfa. gov. tr/ ShowInfo Notes. aspx? ID=115, 13.12.10.

OECD, anılan amaçları kapsamında 23 Eylül 1980 tarihli[29] *"Özel Yaşamın Gizliliğinin ve Sınır Ötesi Veri Akışının Korunmasına İlişkin Rehber İlkeler (Guidelines Governing the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data)"* başlıklı tavsiye kararını almıştır[30]. Konuya ilişkin olarak uluslararası alanda doğrudan yapılan ilk önemli girişimin ürünü olan bu metin; bağlayıcı nitelikte olmadığından, taraf devletlerin iç hukuklarına aktarmaları konusunda takdir hakları bulunmaktadır. Bununla birlikte 95/46/AT sayılı Yönergesi başta olmak üzere, daha sonraki ulusal ve uluslararası alandaki birçok düzenlemenin oluşturulması ve bu alandaki politikaların geliştirilmesinde destekleyici moral altyapı fonksiyonu üstlenmiştir[31].

OECD'nin hem kamusal hem de özel sektör açısından geçerli olan söz konusu rehber ilkelerinde[32]; devletlerin yasal düzenlemelerle kişilik haklarının korunması, temel hak ve özgürlüklere uygun davranılması gibi genel nitelikteki tavsiyelerinin yanında konumuza ilişkin olarak, uluslararası/sınıraşan serbest veri dolaşımının sağlanması, mevcut haksız engellemelerin kaldırılması, ileride çıkabilecek yersiz pürüzlerin engellenmesi ve bu konularda uluslararası işbirliğine gidilmesi tavsiye edilmektedir[33].

2. Birleşmiş Milletler (BM)

Birleşmiş Milletler (BM), İkinci Dünya Savaşının yarattığı tahribat sonrasında, uluslararası ilişkileri istikrara kavuşturmak ve barışı daha sağlam temeller üzerine oturtmak için 24 Ekim 1945 yılında 51 devlet tarafından kurulmuştur[34].

---

29 Recommendation of the Council Concerning Guidelines Governing the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data (23 September 1980), http:// www. oecd. org/ document, 10.12.10.

30 http:// www.oecd. org/ document/ 18/ 0,3343, en 2649.html, 10.12.10; OECD anılan tavsiye kararından sonra da konuyla ilgili birçok girişim ve faaliyette bulunmuştur (Bkz. **Kuner, Christopher,** European Data Protection Law: Corporate Compliance and Regulation, 2nd ed., Oxford University Press, New York 2007, s. 49).

31 Nitekim KVKKT'nin *"Genel Gerekçesi"*nde söz konusu ilkelere dayanılan geniş açıklamalar yapılmıştır (bkz. http: //www. kgm. adalet. gov. tr/ tbmmkom/ kisisel-veriler. pdf, 06.12.10)

32 İkinci bölüm başlığı altında yer alan bu ilkeler şunlardır: "Veri toplamanın sırlı olması ilkesi" (md. 7), "verinin belli bir nitelikte olması (veri kalitesi) ilkesi" (md.8), "amacın belirliliği ilkesi" (md.9), "kullanımın sınırlılığı ilkesi" (md. 10), "veri güvenliği ilkesi" (md. 11), "açıklık ilkesi" (md. 12), "bireyin katılımı ilkesi" (md. 13) ve "hesap verilebilirlik ilkesi" (md. 14).

33 http://www.oecd.org/document/ 18/ 0,3343, en 2649.html, 10.12.10.

34 http://www.un.org.tr/, 13.12.10.

Örgütün kuruluşu sonrasında, BM Genel Kurulu tarafından 10 Aralık 1948'de kabul edilen ve insan haklarına ilişkin kaynakların doruk noktasında bulunan *"İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi"*nin 12. maddesinde; *"Hiç kimse özel hayatı, ailesi, meskeni veya yazışması hususlarında keyfi karışmalara, şeref ve şöhretine karşı tecavüzlere maruz bırakılamaz. Herkesin bu karışma ve tecavüzlere karşı kanun ile korunmaya hakkı vardır."* hükmü yer almaktadır[35]. Keza *"Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi"*nin[36] *"Mahremiyet hakkı"* başlıklı 17. maddesine göre; *"1. Hiç kimsenin özel ve aile yaşamına, konutuna veya haberleşmesine keyfi veya hukuka aykırı olarak müdahale edilemez; onuru veya itibarı hukuka aykırı saldırılara maruz bırakılamaz. / 2. Herkes bu tür saldırılara veya müdahalelere karşı hukuk tarafından korunma hakkına sahiptir."* Bu hükümlerin özel hayatın gizliliği bağlamında kişisel verilerin korunmasına temel teşkil edecek ilk uluslararası metinler olduğunu söyleyebiliriz[37]. Nitekim BM İnsan Hakları Komitesi 16. Genel Yorumu ile, kişisel verilerin korunmasını 17. madde çerçevesinde özel yaşamın gizliliği hakkı içerisinde gördüğünü açıkça dile getirmiştir[38].

BM Genel Kurulu 14.12.1990 tarihinde ise, üye ülkelere tavsiye niteliğindeki *"Bilgisayarlarla İşlenmiş Kişisel Veri Dosyalarına İlişkin Rehber İlkeler"*i[39] kabul ederek, özel hayatın ve kişisel verilerin korunmasına ilişkin

---

35 Bkz. http://www. unicankara. org.tr/ doc_pdf/h_rigths_turkce. pdf, 06.12.10.

36 Genel Kurulunun 16 Aralık 1966 tarihli ve 2200 A (XXI) sayılı kararıyla kabul edilerek imzaya, onaya ve katılmaya açılmış, 23 Mart 1976'da ise yürürlüğe girmiştir (http:// www. unicankara. org.tr/ doc_ pdf/ metin133. pdf, 06.12.10).

37 **Bygrave, Lee A,** *"Data Protection Pursuant to the Right to Privacy in Human Rights Treaties",* (published in International Journal of Law and Information Technology, 1998, volume 6, pp.247–284) (http:// folk. uio. no/ lee/ oldpage/ articles/ Human_rights.pdf), 18.12.10, s. 1-3. Farklı bir yaklaşım için bkz. **Özdemir,** Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması, s. 18. Yazar, BM Genel Sekreteri tarafından özel hayatın korunmasına ilişkin 19 Aralık 1968 tarihinde bir teklif sunulduğunu, bu teklifin 1970 yılında Genel Kurul tarafından rapor hâline getirildiğini ve aynı konuda 1976 yılında ikinci bir rapor hazırlandığını; bu son dokümanın 12. maddesinde; *"Hiç kimse, özel hayatının, ailesinin, konutunun veya mektuplarının okunmasına, şeref ve haysiyetine saldırıda bulunulmazsına rıza gösteremez."* hükmünün yer aldığına işaret ederek, bunun özel hayatın güvenceye bağlanması çerçevesinde kişisel verilerin korunmasına ilişkin ilk ve temel kural olduğunu belirtmektedir.

38 Bkz. **Küzeci,** Kişisel Verilerin Korunması, s. 122-123 ve oradaki dipnotlarda belirtilen kaynaklar.

39 *"Guidelines Concerning Computerized Personal Data Files",* http://www. legislationline. org/ documents/ action/ popup/ id/ 6723, 20.2.1990; Bu ilkeler verilerin "yasal ve dürüst yollarla toplanma ve işlemesine" (md. 1), "doğruluğuna" (md. 2), "amacın belirliliğine," (md. 3), "ilgili kişinin erişimine" (md. 4), "ayrımcılık yapılmamasına" (md. 5), "güvenliğe" (md. 7), "denetim ve yaptırıma" (md. 8) ve "sınır ötesi akışına" (md. 9) ilişkindir (**Şimşek,** Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, s. 17-18; **Küzeci,** Kişisel Verilerin Korunması, s. 124).

temel ilkeleri ve kuralları açıkça belirlemiş, üye ülkelerin mevzuatının da bu yönde gelişmesini ve uyumlaşmasını teşvik etmek istemiştir[40]. Anılan metin gerek kamu, gerekse özel sektöre yönelik düzenlemeler içerdiğinden, kişisel verilerin korunması için ilk defa yetkili ve bağımsız organlar öngörmesi açısından önemlidir[41]. Başlığının aksine, 10. maddesinde belirtildiği üzere, sadece otomatik veri işlem faaliyetlerini değil, elle (manüel) yapılanları da kapsamaktadır.

3.- Avrupa Konseyi (AK)

Avrupa Konseyi, 5 Mayıs 1949 tarihinde kurulan ve arasında Ülkemizin de bulunduğu 47 üyesi olan bölgesel bir kuruluştur. Avrupa'da insan hakları, demokrasi, hukukun üstünlüğü gibi temel değerlerin yerleşmesini amaç edinen Konseyin, bu hedef doğrultusunda terörizm, organize suçlar, yolsuzluk, siber suçlar, biyoetik, klonlama, kadın ve çocuklara yönelik şiddet eğilimleri, insan ticareti ve kişisel verilerin korunması gibi önemli sorunlara ortak çözümler bulmaya da çalıştığı ifade edilmektedir[42].

Avrupa Konseyi'nin hedefleri çerçevesinde, başta *"Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi-AİHS"* [43] olmak üzere, doğrudan veya dolaylı şekilde kişisel verilerin korunmasıyla ilgili olarak; *"Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Sırasında Gerçek Kişilerin Korunmasına İlişkin Sözleşme"*[44], *"Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi"*[45],

---

40 **Özdemir,** Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması, s. 18-19; **Institute for Information Law,** Privacy, Data Protection and Copyright: Their Interaction in the Context of Electronic Copyright Management Systems, s. 8; BM bu konudaki faaliyetlerinin devam edeceği anlaşılmaktadır: **Kuner,** European Data Protection Law, s. 49-50.

41 **Şimşek,** Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, s. 16.

42 Bkz. http://www.coe.int, 13.12.10; http://www.avrupakonseyi.org.tr, 13.12.10.

43 *"İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme"* **(Roma, 4.XI.1950) (http:// www. avrupakonseyi. org. tr, 13.12.10).**

44 *"Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data"* (ETS 108, Strasbourg, 28.01.1981, conventions.coe.int/ Treaty/ en/ Treaties/ Word/ 108.doc,13.12.10); 108 numaralı bu sözleşmenin Türkçe tam metni için bkz. http:// www. avrupakonseyi. org. tr, 10.12.10. İşaret edelim ki, 28.01.1981 tarihinde imzaya açılan sözleşme beş devletin imzasının tamamlanmasıyla 01.10.1985'te yürürlüğe girmiştir. 14.12.2010 tarihi itibariyle 45 devlet tarafından onaylanmıştır. Türkiye sözleşmeyi imzalamış olmasına rağmen, 4. madde gereğince temel ilkeleri kanun düzeyinde korumadığından, henüz TBMM'ce onaylamamıştır (http://conventions.coe.int/ Treaty, 14.12.10).

45 04.04.1997 tarih ve 164 sayılı Sözleşme metni için bkz. http:// www. avrupakonseyi. org.tr/ antlasma/ ETS %20164. doc, 13.12.10.

"Siber Suç Sözleşmesi"[46], *"İstihdam Amaçlı Tutulan Verilerinin Korunması… "*[47] ve *"İnternette Özel Hayatın Korunması…"*na[48] ilişkin tavsiye kararları kabul edilmiştir. Bunlardan ikisine önemi nedeniyle ayrıca değinilecektir.

a) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)[49], temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümleriyle, kişisel verilerin korunmasına yönelik ulusal ve uluslararası metinlerin hazırlanması, yorumlanması ve uygulanmasında oldukça önemli bir yere sahiptir. İşaret edelim ki, AİHS'de kişisel verilerin korunmasına ilişkin özel bir hüküm bulunmamakta, sadece sözleşmenin sağladığı özel yaşamın gizliliği hakkı kapsamında bir güvence yer almaktadır. Gerçekten, *"Özel hayatın ve aile hayatının korunması"* başlıklı 8. maddenin 1. fıkrasında yer alan; *"Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir."* şeklindeki hükümle, kişinin *"özel yaşamı", "aile yaşamı", "konutu"* ve *"haberleşmesi"* olmak üzere dört temel hak koruma altına alınmıştır[50]. Nitekim AİHM de verdiği bazı kararlarda; örneğin bireylere ilişkin kişisel verilerin resmî makamlarca toplanarak arşivlenmesi, telefon görüşmelerine ilişkin kayıtların izlenmesi, sağlık verilerinin gizliliği, kolluk tarafından parmak izi ve fotoğrafların alınması, kişisel verilere erişim hakkı, toplanan verilerin amacı dışında kullanılmaması ve gerektiğinden daha uzun süre tutulmaması konularında sözleşmenin sağladığı güvencelerin uygulama alanı bulacağını kabul etmiştir[51].

---

46 *"Convention on Cybercrime"* Budapest, 23.XI.2001 (http:// conventions. coe. int/ Treaty/ EN/ Treaties/ html/ 185. htm, 13.12.10).

47 *"Recommendation No. R (89) 2 on the protection of personal data used for employment purposes (18 January 1989)",* http:// www. coe. int, 13.12.10.

48 Council of Europe Committee of Ministers, Recommendation No R (99) 5 of the Committee of Ministers to Member States for the Protection of Privacy on the Internet (Guidelines for the Protection of Individuals with Regard to the Collection and Processing of Personal Data on Information Highways (23 February 1999), http:// www. unhcr. org/ refworld/ pdfid/ 3dde 80a4.pdf, 13.12.10.

49 *"İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme"* **(Roma, 4.XI.1950), http:// www. avrupakonseyi. org. tr/, 14.12.10.**

50 Maddenin 2. fıkrasına göre ise; *"Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir."*

51 **Küzeci,** Kişisel Verilerin Korunması, s. 141; Ayrıca daha gbi. bkz. **Şimşek,** Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, s. 30-38; Konuya ilişkin kararlar için bkz. http:// aihm. anadolu. edu. tr, 14.12.10.

b) Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Sırasında Gerçek Kişilerin Korunmasına İlişkin Sözleşme (AKS/108 No.lu Sözleşme)

Yukarıda da belirtildiği üzere, AİHS'de kişisel verilerin korunması bağımsız nitelikte bir hak olarak açıkça yer almamakta, konu 8. madde çerçevesinde değerlendirilmektedir. Teknik, hukukî ve siyasî yönleriyle dinamik bir alan niteliğini haiz *"kişisel verilerin",* özel yaşamın gizliliğine ilişkin geleneksel haklarla etkin ve yeterli düzeyde korunmasının her zaman mümkün olmayabileceği gerçeği, AKS'nin hazırlanmasına temel teşkil etmiştir. Geniş bir katılım ve etki alanı sağlayabilmek için Avrupa Konseyi üyesi olmayan ülkelerin de taraf olmasına olanak tanıyan bu anlaşma, konusunda uluslararası bağlayıcılığa sahip ilk metindir (md. 4). Sözleşmenin "Başlangıç" kısmında Avrupa Konseyinin amacının; hukukun üstünlüğüne, insan haklarına ve temel özgürlüklere saygılı olarak, üyeleri arasında daha sıkı bir birliğin gerçekleştirilmesi olduğuna vurgu yapıldıktan sonra, birinci maddesinde; uyruğu veya ikametgâhı ne olursa olsun tüm gerçek kişilerin temel hak ve özgürlüklerini ve özellikle kendilerini ilgilendiren kişisel nitelikteki verilerin otomatik bilgi işleme tabi tutulması sırasında özel yaşamın gizliliği haklarını güvence altına almak olduğu belirtilmiştir.

Gerek kamu, gerekse özel sektörde kişisel nitelikteki verilerin *"otomatik işleme tabi tutulmasında"*[52] göz önünde bulundurulması zorunlu olan sözleşme (md. 3); esas olarak üye devletlerde kişisel verilerin korunması için gerekli ilkeleri içermektedir[53]. Sözleşme ilke olarak gerçek kişilere ilişkin verilerin korunmasına ilişkin ise de, üye devletlerin mevzuatlarında tüzel kişileri de dâhil etmeleri mümkündür.

Sözleşmenin çalışma konumuzla doğrudan ilgili kısmı *"Verilerin Sınırlarötesi Akımı"* başlıklı üçüncü bölümüdür. Buna göre, hiçbir taraf Devlet, sadece özel yaşamın korunması amacıyla bir akit ülkeden diğerine,

---

52 Sözleşmedeki bu sınırlama nedeniyle, her türlü işlemi içeren 95/46/AT sayılı Yönergeye göre daha dar kapsamlıdır. Ancak buradaki *"otomatik işleme"* için sürecin bir kısmının dahi otomatik olması yeterlidir.

53 Sözleşmenin "Verilerin niteliği" başlıklı 5. maddesine göre; *"Otomatik bilgi işleme konu teşkil eden kişisel nitelikteki veriler:/(a) Meşru ve yasal yoldan elde edilmeli ve işleme tâbi tutulmalıdır;/ (b) Belli ve meşru amaçlar için kaydedilmeli ve bu amaca aykırı şekilde kullanılmamalıdır;/ (c) Uygun ve elverişli olmalı ve kaydedildikleri amaca göre aşırı olmamalıdır;/ (d) Doğru ve icabında güncel olmalıdır;/ (e) İlgili kişilerin kimliklerini belirtecek bir biçim altında ve kaydedildikleri nihai amaç için gerekli görülen süreyi aşmayacak bir süre için muhafaza edilmelidir."* Sözleşmenin 6. maddesine göre de *"hassas kişisel verilerin"* özel olarak korunması, 7. maddesine göre *"veri güvenliği"*nin sağlanması ve 8. maddesine göre ise, *"ilgili kişinin bilgi alma, verilere ulaşma ve gerektiğinde onları düzetme hakkı"*nın bulunması gerekir.

kişisel nitelikteki verilerin sınırlar ötesi aktarımını yasaklayamayacak veya böyle bir transferi özel izne tâbi tutamayacaktır (md. 12/1-2). Bununla birlikte her akit Devlet, diğer tarafın eşdeğer koruma hükümleri getirmiş bulunması hâli ayrık tutulmak üzere; verilerin niteliği gereği, kişisel nitelikteki bazı veri kategorileri veya bu nitelikteki verilerle ilgili özel bir düzenleme öngörmüş olması hâli ile bir akit devlet ülkesinden akit olmayan diğer bir Devlet ülkesi aracılığıyla transferin gerçekleştirilmesi ve bu transferin bu fıkranın başında sözü edilen taraf devletin mevzuatına sınır getirmemiş olması durumlarında istisnalar getirebilecektir (md. 12/3).

Sözleşmeye eklenen 08.11.2001 tarihli Protokol[54] ile (md. 1), güvenli ve etkili veri işlem kontrolünün gereği olarak 95/46/AT sayılı Yönergenin 28. maddesine paralel şekilde, tam anlamıyla bağımsız kontrol organlarının oluşturulması öngörülmüştür[55]. Ek Protokolün 2. maddesiyle de, keza 95/46/AT sayılı Yönergeye paralel şekilde uluslararası veri transferine ilişkin hükümler getirilmiştir.

4. Avrupa Birliği (AB)

Bilindiği üzere, Avrupa Birliği temelde "*malların", "kişilerin", "hizmetlerin"* ve *"sermayenin"* serbestçe dolaşımı düşüncesi etrafında şekillenmiştir. Özellikle elektronik ticaretin giderek arttığı günümüzde bu amacın gerçekleşmesi bakımından, tek bir iç pazar düşüncesinde herhangi bir engelle karşılaşılmaması için kişisel verilerin toplanması, işlenmesi ve bu çerçevede transferi hayati önem taşımaktadır. Yapılan araştırmalarda kişisel verilerin korunmasına ilişkin Avrupa Birliği içinde farklı koruma düzeylerinin bulunduğunun tespit edilmesi, bu konuda uyumlaştırma zorunluluğunu ortaya koymuştur. Bu arayışlar çerçevesinde ortaya çıkan en önemli ve bağlayıcı metin *"Kişisel verilerin işlenmesi ve bu türdeki verilerin serbest dolaşımı çerçevesinde bireylerin korunmasına ilişkin 24 Ekim 1995 tarihli 95/46/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi (95/46/AT sayılı Yönerge-VKY)"*dir[56]. Söz konusu düzenlemeyle kural olarak serbest veri akışına herhangi bir kısıtlama veya yasaklama getiremeyecek olan Avrupa Birliğine üye

---

54 *"Additional Protocol to the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data regarding supervisory authorities and transborder data flows",* http:// conventions. coe. int/ Treaty/ en/ Treaties/ Html/ 181. htm, 14.12.10.

55 **Şimşek,** Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, s. 27-28.

56 *"Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data", Official Journal L 281, 23/11/1995 p. 0031-0050 (http:// europa.eu/ legislation summaries/ information society/ l14012 en.htm, 14.12.10).*

devletler arasında yeknesak bir veri koruma sistemi oluşturmak amaçlamıştır (95/46/AT sayılı Yönerge md. 1/1-2)[57]. Daha sonra hassas durumları nedeniyle öne çıkan bazı sektörlerde düzenleme yapılması ihtiyacının sonucu olarak, 1997 yılında 97/66/AT sayılı *"Telekomünikasyon Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Özel Hayatın Korunması Yönergesi"*[58], 2001 yılında 45/2001 AT sayılı *"Avrupa Konseyi ve Parlamentosunun Kurum ve Organları Vasıtasıyla Kişisel Verilerin İşlenmesi Sırasında Gerçek Kişilerin Korunması ve Serbest Veri Trafiğine İlişkin Tüzüğü"*[59], 2002 yılında 2002/58/AT sayılı *"Elektronik İletişimde Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Yönergesi"*[60], 2006 yılında ise 2006/24/AT sayılı *"İletişim Trafik Verilerin Saklanması Yönergesi"*[61] kabul edilmiştir. Belirtelim ki, 2002/58/AT sayılı Yönergeyle birlikte, 97/66/AT sayılı Yönerge yürürlükten kalkmıştır (2002/58/AT sayılı Yönerge md. 17/1, 19).

Bütün bu gelişmeler yaşanırken, nihayet 1 Aralık 2009'da Lizbon Anlaşması imzalanmış[62] ve *"Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (ABTHŞ) -The Charter of Fundamental Rights of the European Union"* bağlayıcı hâle gelmiştir[63]. Anılan metnin 8. maddesiyle kişisel verilerin korunmasının özel olarak düzenlenmesi, konuya Birlik düzeyinde verilen önemi daha da iyi

---

57 **Büllesbach, Alfred,** Concise European IT Law, Edited by Büllesbach, Alfred/ Poullet, Yves/ Prins, Corien (General Series Editors: Thomas Dreier/ Charles Gielen/ Richard Hocan) Kluwer Law International, New York 2006, s. 102-103.

58 *"Directive 97/66/EC of the European Parliament and of the Council of 15 December 1997 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the telecommunications sector",* http://eur-lex. europa. eu, 17.12.10.

59 *"Regulation (EC) No 45/2001 of the European Parliament and of the Council of 18 December 2000 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data by the Community institutions and bodies and on the free movement of such data",* http://eur-lex. europa. eu, 17.12.10.

60 *"Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on privacy and electronic communications)",* http://eur-lex. europa. eu, 17.12.10.

61 *"Directive 2006/24/EC of the European Parliament and of the Council of 15 March 2006 on the retention of data generated or processed in connection with the provision of publicly available electronic communications services or of public communications networks and amending Directive 2002/58/EC",* http://eur-lex. europa. eu, 17.12.10.

62 *"The Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community"* Official Journal of the European Union, C 83, Volume 53, 30.03.2010, http:// www. consilium. europa. eu, 16.12.10

63 General Secretariat of the Council of the EU ~Information Note~ Treaty of Lisbon, December 2009, http:// www._consilium. europa.eu, 16.12.10.

ortaya çıkarmıştır[64]. Diğer yandan *"AB'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma-Treaty on the Functioning of the EU-TFEU"*nin 16. maddesine[65] göre, polis ve adlî işbirliği ile ortak dış ve güvenlik politikalarına ilişkin alanlar dâhil, özel ve kamu sektöründeki bütün veri işlemlerinde 95/46/AT sayılı Yönerge hükümlerine uygun hareket edilecektir[66].

II.- KİŞİSEL VERİLERİN ÜÇÜNCÜ ÜLKELERE AKTARIMI

A.- GENEL OLARAK

Teknolojinin baş döndürücü gelişmesi paralelinde, içinde kişisel verilerin de yer aldığı bilgi denizi zaman ve mekân kavramlarını zorlayacak şekilde sürekli hareket hâlindedir. Kişisel verilerin temel hak ve özgürlüklerle sıkı bağlantısı nedeniyle bu verilerin toplandığı yerle, aktarıldığı / aktarılacağı yerin veri güvenliği açısından aynı düzeyde olması oldukça önemlidir. Aksi durumun, kişisel bilgilerin toplanması ve bundan beklenenler açısından olumsuz ve istenmeyen sonuçları doğurması kuvvetle muhtemeldir[67].

Diğer taraftan özellikle elektronik ticaretin giderek önem kazandığı, hacminin arttığı günümüzde; şirket cirolarının, verimliliğin, kârlılığın, müşteri memnuniyetinin vs. olumlu yönde geliştirilebilmesi için, kişisel verilerin toplanması, işlenmesi ve bu kapsamda gerek AB içindeki, gerekse dışındaki üçüncü kişilerle paylaşılması / aktarılması, şirketler açısından bir insanın damarlarındaki kan kadar önemlidir[68]. Oysa veri transferine ilişkin AB düzenlemelerinin, içerdiği etkili ve geniş kısıtlamalarla ticaret serbestîsi üzerinde oldukça olumsuz etkileri söz konusudur[69].

---

64 *"**Madde 8 (Kişisel verilerin korunması):** 1. Herkes, kendisini ilgilendiren kişisel verilerin korunması hakkına sahiptir. / 2. Bu veriler, dürüst bir şekilde, belirli amaçlar için ve ilgili kişinin rızasına veya yasa ile öngörülmüş diğer meşru bir temele dayanılarak işlenir. Herkes, kendisi hakkında toplanmış verilere erişme ve bunları düzelttirme hakkına sahiptir. / 3. Bu kurallara uyulması, bağımsız bir makam tarafından denetlenir."* Maddenin AB ile İlişkiler Genel Müdürlüğü tarafından yapılan Türkçe çevirisindeki hatalara ilişkin isabetli tespitler için bkz. **Küzeci,** Kişisel Verilerin Korunması, s. 160-161 dn. 241.

65 Bkz. *"Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)",* madde 16 (eski madde 286 TEC) ve *"Consolidated version of the Treaty on European Union (TEU)"* madde 39, http:// ec. europa. eu/ justice/ policies/ privacy/ law/ treaty en. htm, 16.12.10.

66 **Küzeci,** Kişisel Verilerin Korunması, s. 154-155, 158-162.

67 Bkz. **Carey, Peter,** Data Protection A Practical Guide to UK an EU Law, Third Edition, Oxford University Pres, New York 2009, s. 103.

68 **Kuner,** European Data Protection Law, s. 152; *Aynı yönde:* **Bainbridge,** Data Protection Law, s. 107.

69 **Carey,** Data Protection A Practical Guide to UK an EU Law, s. 103.

Kişisel verilerin korunması ve bu bağlamda üçüncü ülkelere aktarılması (uluslararası veri transferi) konusunda birçok kaynak mevcuttur[70]. Fakat gerek AB üyesi ülkeler ve gerekse diğer birçok ülke açısından en etkili ve geniş uygulama alanı bulan metnin, 108 No.lu Konsey Sözleşmesine dayanan[71]*"95/46/AT sayılı Yönerge"* olduğunu söylemek mümkündür. İşaret edelim ki, *"Elektronik İletişimde Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Yönergesi"*nde kişisel verilerin aktarımına ilişkin hükümlere yer verilmemiş, yalnızca 95/46/AT sayılı Yönergenin ilgili hükümlerine atıfla yetinilmiştir[72]. Bu nedenle aşağıda yapacağımız açıklamalarda esas itibariyle 95/46/AT sayılı Yönerge göz önüne alınacaktır.

B.- KİŞİSEL VERİLERİN AKTARIMI KAVRAMI

Tasarının aksine[73], 95/46/AT sayılı Yönergede *"kişisel verinin aktarımı"*na ilişkin herhangi bir tanım bulunmamaktadır[74]. Bununla birlikte genel olarak bakıldığında söz konusu kavramın, gerçek ve tüzel kişiye ait veriyi elinde bulunduran kişi ya da kuruluşun, bunu gerçek veya sanal ortamda üçüncü bir kişiye transfer etmesi anlamına geldiğini söyleyebiliriz[75]. Kişisel verinin transferi bir ülkeden başka bir ülkeye yapılması hâlinde ise, uluslararası veri aktarımı söz konusudur (OECD Rehber İlkeleri md. 1/c)[76] ve daha farklı koşullara tabidir[77]. Başka bir anlatımla, AB üyesi ülkede bulunan / işlenen

---

70 Bkz. Çalışmamızın *"Konuya İlişkin Uluslararası Bazı Kaynaklar"* başlıklı yerine.

71 **Rohmer, Florence Benoit/Heinrich Klebes,** Avrupa Konseyi Hukuku – Pan-Avrupa Hukuk Alanına Doğru, Avrupa Konseyi Yayını, http:// www. avrupakonseyi. org.tr/ dosyalar/ kitap_ akh. pdfs., 10.12.10, s. 144.

72 **Özdemir,** Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması, s. 31

73 **Carey,** Data Protection A Practical Guide to UK an EU Law, s. 105.

74 **Bainbridge,** Data Protection Law, s. 107.

75 Bkz. **Kuner,** European Data Protection Law, s. 80. KVKKT'nin 3/1-a. maddesinde üçüncü kişi *"alıcı"* (recipient) olarak nitelenmiş ve *"…Kişisel verileri belirli bir soruşturma çerçevesinde alan makamlar hariç olmak üzere, üçüncü kişi olsun veya olmasın verinin açıklandığı herhangi bir gerçek veya tüzel kişi ile kişi topluluğunu, kamu kurum veya kuruluşunu… ifade eder"* şeklinde tanımlanmıştır (karş. 95/46/AT sayılı Yönerge md. 2/g).

76 Belirtelim ki, KVKKT'nin 8. maddesinde ülke içinde üçüncü kişilere veri aktarımı düzenlendiği hâlde, 14. maddede yurtdışına aktarım hüküm altına alınmıştır. Ancak aynı Tasarının 3/1-ğ maddesinde *"üçüncü kişi"*nin her iki hâli de kapsayacak şekilde; *"…Veri kütüğü sahibi ile kişisel verileri işleyen ve bunların doğrudan talimatı altında bulunan kişilerin dışında kalan ve kişisel veri işleyen gerçek ve tüzel kişi ile kişi topluluğunu, kamu kurum veya kuruluşunu…"* ifade edeceği öngörülmüştür.

77 AAD'ye göre bir bilginin sadece internet ortamında bulunması, üçüncü ülkelere veri aktarımı anlamına gelmez (bkz. Case C-101/01, 6 November 2003, Par. 52-71

bir verinin üçüncü ülkede ulaşılabilmesine / ulaşılmasına kişisel veri aktarımı denilmektedir. Öreğin, AB üyesi bir ülkedeki veri tabanında bulunan bir kişisel bilginin üçüncü ülkeye e-mail, mektup, telefon, faks gibi herhangi bir yolla gönderilmesi bu kapsamdadır. Buna karşın internet servis sağlayıcısı AB üyesi ülkede bulunan bir web sitesinde yayınlanan ve depolanan verinin üçüncü ülkeye gönderilmesi kişisel veri aktarımı kapsamında değerlendirilemez.

Zikredilen kişisel verinin aktarılması işlemi hukukî niteliği itibariyle *"verinin işlenmesi"*dir ve bu nedenle de gerek AB içindeki, gerekse üçüncü ülkelere yapılan transferlerde her zaman yasal dayanağının bulunması zorunludur[78].

C.- KİŞİSEL VERİ AKTARIMINDA TEMEL İLKELER

Kişisel verilerin üçüncü ülkeye (yurt dışına / yabancı ülkeye) aktarımında esas itibariyle *"koşullu serbestlik"* olarak niteleyebileceğimiz bir durum söz konusudur. Zira gerek yönergenin başlığında, gerek hükümlerinde, gerekse dayanak alınan uluslararası belgelerde kişisel veri akışının önündeki sınırların kaldırılması ve bu alanda mümkün olduğunca özgür bir alan oluşturulmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla kişisel verilerin üçüncü ülkelere aktarılması için, aktarımın yapılacağı ülkede yeterli koruma düzeyinin bulunması koşulunun öngörülmesi, bu konuda esas itibariyle transfer yasağının benimsendiği, ancak bunun bazı istisnalarının bulunduğu şeklinde yorumlanması isabetli değildir[79].

1. AB Üyesi Ülkeler Açısından

AB mevzuatı ve bu bağlamda 95/46/AT sayılı Yönergenin temel amaçlarından biri de, Avrupa Birliği içindeki serbest veri akışının önündeki mevcut ve potansiyel engelleri ortadan kaldırmaktır. Ancak bu yapılırken ABTHŞ'nin 8. maddesi gereğince temel hak ve özgürlükler kapsamında kabul edilen kişisel verilerin korunmasından ödün verilmesi de düşünülemez[80].

---

ve 100, http://curia.europa.eu/jurisp, 10.12.10; **Kuner,** European Data Protection Law, s. 155-156; **Küzeci,** Kişisel Verilerin Korunması, s. 172 dn. 285; Ayrıca bkz. **Bainbridge,** Data Protection Law, s. 108-110.

78 **Kuner,** European Data Protection Law, s. 79-80; **Küzeci,** Kişisel Verilerin Korunması, s. 171.

79 Nitekim doktrinde bu yönde bir düşünce mevcuttur: **Başalp,** Kişisel Verilerin Saklanması ve Korunması, Yetkin Basım Yayım Dağıtım A.Ş., Ankara 2004, s. 68-86.

80 **Kong, Lingjie,** *"Data Protection and Transborder Data Flow in the European and Global Context",* Oxford Journals, European Journal of International Law, Volume 21, http:// ejil. oxfordjournals. Org, 17.12.10.

Kişisel verilerin korunması için üye ülkelerin her birinde aynı mevzuatın yürürlüğe sokulması veya yürürlükte olması mümkün olmayacağına göre, Birlik içinde eşit ve yüksek düzeyde koruma oluşturan uyumlu sistemin oluşturulması zorunludur. Nitekim 95/46/AT sayılı Yönergenin 1. maddesinin 1. fıkrasında; üye devletlerin gerçek kişilerin temel hak ve özgürlüklerini ve özellikle kişisel verilerin işlenmesinde özel hayatın gizliliğini koruyacaklarına yer verildikten sonra, 2. fıkrasında üye devletler arasında birinci fıkrada garanti altına alınan haklarla bağlantılı olarak serbest veri akışı konusunda hiçbir yasaklama veya kısıtlamanın öngörülemeyeceği hüküm altına alınmıştır[81].

İşaret edelim ki, AB kurum ve organlarının iş ve işlemleri bağlamında kişisel verilerin korunması; bu çerçevede AB içinde aktarımı Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin 45/2001 numaralı Tüzüğü[82] ile düzenlenmiştir.

2. AB Üyesi Olmayan (Üçüncü) Ülkeler Açısından

a) Üçüncü Ülke Kavramı

"Üçüncü ülke-third country" kavramı Yönergede açıkça tanımlanmamıştır. Ancak genelde Yönergenin tamamı, özelde ise 25. madde göz önüne alındığında AB ve *"Avrupa Ekonomik Bölgesi/Alanı (AEB)- European Economic Area (EEA)"* üyesi olmayan ülkelerin tamamını ifade eder[83]. Belirtelim ki, AEB; Avrupa Birliği'nin mevcut yirmi yedi üyesinin ve Avrupa Serbest Ticaret Birliği üyesi olan Norveç, İzlanda ve Lihtenştayn'ın katılımlarıyla oluşur[84]. Bu nedenle AB literatüründe, AB ve AEB üyesi olmayan ülkeler üçüncü ülke olarak kabul edilmiştir[85]. AB ülkeleri arasında internet yoluyla yapılan veri transferinde, dolaşım AB üyesi olmayan bir veya birkaç ülke üzerinden yapılmış olabilir. Bu durumda mevcut veri üçüncü ülkede herhangi bir değişime uğramadığı veya işleme tabi tutulmadığı sürece, transfer AB

---

81 Bkz. **Bainbridge,** Data Protection Law, s. 14.

82 Bkz. 59 no.lu dn.

83 **Büllesbach,** Concise European IT Law, s. 103; **Bainbridge,** Data Protection Law, s. 14; Ayrıca bkz. *"Decision of the EEA Joint Committee No 83/1999 of 25 June 1999 amending Protocol 37 and Annex XI (Telecommunication services) to the EEA Agreement"* http:// eur- lex .europa. eu, 14.12.10.

84 **Singleton, Susan**, e-Privacy an Online Data Protection, Second Edition (Precedents updated by Eduardo Ustaran), Tottel Publishing, 2007, s. XİX.

85 *"Transfer of personal data to a third country"* http://www. datainspektionen. se/ in- english/ in- focus- transfer- of- personal- data/, 03.12.10. Bunun yanında Yönergenin 4.maddesinin 1/b ve 1/c fıkralarındaki haller üçüncü ülke kavramına dâhil değildir (**Büllesbach,** Concise European IT Law, s. 103).

üyesi ülkeler arasında yapılmış sayılır ve 95/46/AT sayılı Yönergedeki kısıtlamaların uygulanması söz konusu olmaz[86].

b) Yeterli Düzeyde Koruma (Adequate Level of Protection) Koşulu

AB dışındaki ülkelere veri aktarımının esasları 95/46/AT sayılı Yönergenin 25 ve 26. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu hükümler göz önüne alındığında veri akışında ilkesel olarak serbestliğin benimsendiğini, ancak temel hak ve özgürlükler kapsamına önemli bir hak olarak kabul edildiğinden bunları garanti altına almaya yönelik bazı koşulların arandığını görmekteyiz. Bu bağlamda AB'ye üye bir devletten, üçüncü bir ülkeye kişisel veri aktarımının yapılabilmesi için, bu ülkenin veri koruma mevzuatı ile bunun uygulanmasını sağlamaya yönelik sisteminin (iç işleyişinin) AB standartlarına uygun olması, yani kişisel veriler için *"yeterli düzeyde koruma"* (adequate level of protection) sunması zorunludur (95/46/AT sayılı Yönerge md. 25/1).

Diğer taraftan kişisel verilerin korunması konusunda AB'ye üye ülkelerde tam olarak bir mevzuat ve uygulama birliği bulunmasa da, başta 95/46/AT sayılı Yönerge olmak üzere konuyla ilgili temel düzenlemeler (ör. ABTHŞ md. 8) sayesinde ortalama bir eşik, büyük ölçüde uyumlu (eşdeğer) bir uygulama yakalamak mümkün olabilecektir. Aksi takdirde, yani önemli boyutlara ulaşan farklı uygulamalar, düşük koruma seviyeli ülkeyi veri denetçileri açısından AB'nin "*veri cenneti"*ne veya *"veri koruma limanı"*na dönüştürebilecektir[87]. İşte bu sakıncayı göz önünde tutan yönerge koyucu, üçüncü ülkenin uygun veri koruma düzeyine sahip olmadığını belirlemede devletlere de bazı görevler yüklemişse de, bütün üye ülkeler geçerli olan kesin ve bağlayıcı karar verme yetkisini komisyona tanımıştır (95/46/AT sayılı Yönerge md. 25/4, 6; 31)[88].

Yeterli düzeyde koruma kavramının VKY'de açık bir tanımı bulunmadığı gibi, bunun saptanması kolay da değildir. Zira burada basit bir "evet-hayır" işlemi değil, oldukça nitelikli değerlendirme gerektiren bir prosedür söz konusudur. Bu nedenle koruma düzeyinin yeterliliği belirlenirken her somut olayın bütün koşulları ve özellikle verinin niteliği (ör. hassas olup olmadığı), çıkış ve varış ülkesi, işlemin amacı ve süresi, üçüncü ülkede geçerli olan genel hukuk kuralları ve konuyla ilgili mevzuat, mesleki kurallar ve güven-

---

86 **Kuner,** European Data Protection Law, s. 156; **Carey,** Data Protection A Practical Guide to UK an EU Law, s. 106.

87 **Başalp,** Kişisel Verilerin Saklanması ve Korunması, s. 69; **Küzeci,** Kişisel Verilerin Korunması, s. 172.

88 **Başalp,** Kişisel Verilerin Saklanması ve Korunması, s. 69-70.

lik önlemleri dikkate alınacaktır (95/46/AT sayılı Yönerge md. 25/2)[89]. Bunun doğal sonucu olarak da, bir ülke kimi durumlarda / olaylarda yeterli kabul edilebilecekken, bazılarında aksi durum ortaya çıkabilecektir[90].

Üye ülke veya komisyonun yapacağı uygunluk araştırması sonunda üçüncü ülkenin sağladığı korumanın Yönergenin koruyucu çekirdeği büyük ölçüde karşıladığı anlaşılırsa, veri transferi mümkün olacak, aksi halde olmayacaktır[91]. Bu son durumda yani, üçüncü ülkenin kişisel verileri koruma açısından yeterli düzeyde olmadığının anlaşılması halinde komisyon ve üye devlet birbirlerini durumdan haberdar edeceklerdir (95/46/AT sayılı Yönerge md. 25/3; karş. aynı Yönerge md. 19/1-e). Üçüncü ülkeye kişisel veri aktarımının engellenmesi için gerekli olan önlemleri ise üye ülke alacaktır (95/46/AT sayılı Yönerge md. 25/3).

Komisyon uygunluk konusundaki kararlarını kendine bildirimde bulunulması hâlinde (95/46/AT sayılı Yönerge md. 19/1-e; 25/3) veya re'sen verebilecektir. Ancak karar vermeden önce bağımsız statüye sahip olan, danışma organı niteliğindeki *"Veri Koruma Grubu- VKG"*nun görüşünü alacaktır (95/46/AT sayılı Yönerge md. 15, 25/3, 29, 30/1)[92]. Bu bağlamda güncel bir örnek olarak VKG'nin *"Doğu Uruguay Cumhuriyeti'ndeki Kişisel Verilerin Korunma Düzeyine İlişkin 6/2010 sayılı Görüşü"*nü[93] irdelediğimizde; Uruguay'ın kişisel veri koruma mevzuatının kapsamı ve niteliği, bunun veri koruma ilkelerini içerip içermediği, mevcut hükümlerin uygulanmasını temin edecek sistemin ve bu bağlamda bağımsız denetleme organı bulunup

---

89 **Bainbridge,** Data Protection Law, s. 110; **Cammilmeri-Subrenat, Anne/ Levalloıs-Barth, Claire**, Sensitive Data Protection in the European Union, Bruylant, Bruxelles 2007, s. 112; **McCrum, Anna,** *"Data protection reform: Transferring data to third countries",* Practical Law Campany, http:// us. practicallaw. com, 16.12.10; Benzer içerikteki ölçütler VKG'nin çalışmalarında görülmektedir: **European Commission,** Data Protection Working Party, WP 4, WP 7, WP 9, and WP 12, http:// ec. europa. eu/ justice home/ fsj/ privacy/ workinggroup/ wpdocs/ 2009 en.htm, 17.12.10.

90 **Bainbridge,** Data Protection Law, s. 110; **Kong,** Data Protection and Transborder Data Flow in the European and Global Context http:// ejil. Oxford journals. Org, 17.12.10.

91 **Başalp,** Kişisel Verilerin Saklanması ve Korunması, s. 68, 70; **Küzeci,** Kişisel Verilerin Korunması, s. 173-174.

92 **Article 29 Data Protection Working Party,** The Working Party on the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data, Brussels, 15 February 2010, http:// ec. europa. eu/ justice/ policies/ privacy/ docs/ wpdocs/ rules-art- 29 en. pdf, 16.12.10; **Başalp,** Kişisel Verilerin Saklanması ve Korunması, s. 70-71.

93 Opinion 6/2010 on the level of protection of personal data in the Eastern Republic of Uruguay, Adopted on 12 October 2010, http:// ec. europa. eu/ justice/ policies/ privacy/ workinggroup/ wpdocs, 17.12.10.

bulunmadığı vb. hususları değerlendirerek, sonuçta yeterli düzeyde koruma sağlandığı görüşünün ortaya konulduğunu görüyoruz.

c) Beyaz Listeler / Güvenli Ülkeler (Safe Countries)

Avrupa Komisyonu 95/46/AT sayılı Yönergenin 25/6. maddesine göre, veri aktarıcıları için yeterli koruma düzeyine sahip olduğu düşünülen ülkelerin listesini oluşturmakta yetkilidir. Ancak söz konusu listeler, ülkelerin her türlü veri açısından yeterli korumayı sağladığını göstermeyebilir. Örneğin hassas nitelikteki veriler daha fazla koruma gerektirdiğinden, bunun koşulları sağlanmamış olabilir[94].

VKG'nin 1997 yılında yayınladığı *"Üçüncü Ülkelere Kişisel Verilerin Transferinde Temel İlkeler"* başlıklı kararında; uygunluk kavramının yorumlanmasında yararlanılacak veri koruma ölçütlerine genel olarak temas edilmiş ve üye devletler tarafından da büyük ölçüde benimsenmiştir. Bunun yanında usule dair alınması gereken önlemlere değinilmiş ve bu kapsamda farklı transfer konularına göre *"beyaz listeler"*[95] oluşturularak uygun koruma sağlayan ülkelerin tespit edilmesi önerilmiştir[96]. Bu yöntem devam eden bir süreç olup, sadece bir defada ortaya çıkan kesin bir liste söz konusu değildir. İşaret edelim ki, anılan usulün olağan değerlendirme sürecinde yüz yüze gelinen birçok olumsuzluğu bertaraf eden ve doğrudan bir kara liste oluşturulmasını gereksiz kılan yapısı itibariyle hem esnek hem de yararcı bir yöntem olduğu kabul edilmektedir[97].

Komisyonun zikredilen kapsamda olumlu sonuçlanan bazı yeterlilik değerlendirmeleri bulunmaktadır. Bu bağlamda Ocak 2009 tarihi itibariyle Arjantin, Kanada, Guernsey, Isle of Man, Jersey ve İsviçre'nin yeterli düzeyde koruma sağladığı kabul edildiğinden anılan listeye eklenmiştir. Yakın zamanda Avustralya'nın da bu ülkelere katılması muhtemeldir[98].

---

94 **Carey,** Data Protection A Practical Guide to UK an EU Law, s. 108.

95 108 No.lu Avrupa Konseyi Sözleşmesini imzalayan ülkelerin, etkin bir veri koruma mekanizması geliştirmiş olmaları koşuluyla uygun koruma düzeyine sahip olduğu kabul edilmektedir (**Başalp,** Kişisel Verilerin Saklanması ve Korunması, s. 69).

96 **Başalp,** Kişisel Verilerin Saklanması ve Korunması, s. 70-71; Ayrıca bkz. **Gindin, Susan E.,***"As the Cyber-World Turns: The European Union's Data Protection Directive and Trans-border Flows of Personal Data",* Internet Legal Practıce Newsletter (December 1997), http:// www. info- law. com/ eupriv. html, 16.12.10; **Ryan, Patrick** "*New Data Protection Rules come into force"*, http:// www. kilroys. ie/ library, 17.12.10.

97 **Kong,** Data Protection and Transborder Data Flow in the European and Global Context http:// ejil. Oxford journals. Org, 17.12.10.

98 **Carey,** Data Protection A Practical Guide to UK an EU Law, s. 108.

Uygun koruma düzeyinin bulunduğu kabul edilen *"beyaz listede"* yer almayan ülkeler açısından, her somut olayda olağan prosedüre göre değerlendirme yapılarak sonucu gidilecektir.

D.- İSTİSNALAR

Veri koruma hukukunun belkide en zor alanı, kişisel verilerin aktarımıdır. Zira bir taraftan bilgi akışının serbestçe yapılması sağlanmaya çalışılmakta, diğer taraftan temel hak ve özgürlükler bağlamında kişisel verilerin korunması istenmektedir[99]. Bu ikilemin bir sonucu olarak yukarıda açıklanan 25. maddede getirilen korumaya ilişkin kurallara 26. maddede çok sayıda istisna öngörülmüştür. Bu kapsamda VKY'nin 25. maddesinde öngörülen yeterli koruma seviyesi bulunmasa bile üçüncü ülkeye veri aktarımı yapılabilecektir. Ancak önemle ifade edelim ki, yeterli düzeyde koruma koşulu aranmaksızın herhangi bir istisnaya dayanılarak veri aktarımın yapılması, 95/46/AT sayılı Yönergenin genel koruyucu hükümlerini bertaraf etmemektedir[100]. Keza istisnaların kural hâline gelmemesi için amacına uygun şekilde ve dar yorumlanması da gereklidir[101].

VKY'nin 26. maddesinde düzenlenen istisnalar nitelikleri itibariyle ya *"veri öznesinin bir hak veya yükümlülüğüne"* ya da *"özel bir koruma garantisine/ teminatına"* dayanmaktadır.

1. Veri Öznesinin Kimi Hak veya Yükümlülüklerine İlişkin Olanlar

***- İlgili kişinin rızası (VKY md. 26/1-a)*:** Verinin aktarılacağı ülkede yeterli düzeyde koruma bulunmasa dahi, ilgili kişinin rızası aktarımı olanaklı kılar. Rıza beyanının özel bir şekli bulunmamakla birlikte, özgür iradeye dayanması, açık olması ve hiçbir tereddüt ihtiva etmemesi gerekir. Bu nedenle irade sözlü, yazılı veya elektronik ortamda ortaya konabilir. Belirtelim ki, kişinin rıza konusunda aydınlatılmış olması da aranmaktadır[102].

---

99 **Bainbridge,** Data Protection Law, s. 19-20.

100 95/46/AT sayılı Yönerge gerekçesi par. 60.

101 **Article 29 Working Party,** Transfers of personal data to third countries: Applying Articles 25 and 26 of the EU data protection directive (Adopted by the Working Party on 24 July 1998), http:// ec. europa. eu/ justice/ policies/ privacy/ docs/ wpdocs/ 1998/ wp12 en.pdf, 21.12.10, s.24; **Article 29 Working Party,** Working document on a common interpretation of Article 26(1) of Directive 95/46/EC of 24 October 1995 (Adopted on 25 November 2005), (http:// ec. europa. eu/ justice/ policies/ privacy/ docs/ wpdocs/ 2005/ wp114 en. pdf, 21.12.10), s. 7.

102 **Article 29 Working Party,** Working document on a common interpretation of Article 26 (1) of Directive 95/46/EC of 24 October 1995 (Adopted on 25 November 2005), s. 10-12.

- Sözleşmenin ifası veya ilgilinin talebi (VKY md. 26/1-b): Veri denetçisi ile veri öznesi arasında bir sözleşmenin ifası kapsamında veya ilgilinin talebi üzerine sözleşme öncesi bir ilişkinin yürütülmesi çerçevesin yapılan aktarımda, yeterli düzeyde koruma koşulunun bulunması gerekmemektedir. Zira veri öznesi bu durumda bilgilerin aktarılacağı üçüncü ülkede yeterli düzeyde koruma olmadığını bilmekte ve sorumluluğu üzerine almaktadır[103]. Belirtelim ki, bununla özellikle banka ve kredi kurumlarının iş ve işlemleri lehine bir istisna getirilmiştir.

***- Üçüncü kişi lehine sözleşme ifası (VKY md. 26/1-c)*:** Veri öznesinin yararlarının korunması bağlamında veri denetçisi ile üçüncü kişi arasında yapılan sözleşmenin sonuçlandırılması ve uygulanması için gerçekleştirilen aktarımlarda yeterli düzeyde koruma koşulu aranmayacaktır. Ancak gerek bu, gerekse bir önceki istisna çerçevesinde yapılan aktarımlar *"gereklilik ölçütü"* ile sınırlandırılmıştır. Bu kıstasa göre, veri öznesi ile sözleşme arasında yakın ve gerçek bir bağın bulunması zorunludur[104].

- Kumasal yarar veya yasal zorunluluklar (VKY md. 26/1-d): Aktarımın önemli bir kamusal yararın korunması veya hukukî taleplerin ileri sürülmesi veya tesisi için gerekli olması veya yasal zorunluluk bulunması hâllerinde yine yeterli düzeyde koruma koşulu aranmayacaktır. *"Kamu yararı"* kavramının muğlâklığı[105] gözetildiğinde, istisnanın sınırlamanın özüne dokunmaması için oldukça dar ve hassas yorumlanması zorunludur. Vergi, gümrük veya sosyal güvenliğe ilişkin konularda yetkili birimler arasında gerçekleştirilen veri transferi kamusal yarara[106]; AB üyesi ülke vatandaşı olan işçi ile uluslararası bir şirket arasındaki dava nedeniyle yapılan aktarım ise, hukuki taleplerin ileri sürülmesi istisnasına örnek gösterilebilir[107].

- İlgilinin yaşamsal çıkarı (VKY md. 26/1-e): İlgili kişinin sağlığına ilişkin acil bir durumda rızasının alınması fiilen mümkün olmayabilir. Bu gibi durumlarda üçüncü ülkede yeterli koruma düzeyi bulunmasa bile veri aktarımı gerçekleştirilebilir.

- Aktarımın aleni kamu sicillerindeki verilerden yapılması (VKY md. 26/1-f): Aktarımın herkese veya ilgisini kanıtlayanlara açık olan kamu sicillerinden yapılması ve bunun veri koruma mevzuatındaki diğer şartları

---

103 **Başalp,** Kişisel Verilerin Saklanması ve Korunması, s. 72.

104 **Article 29 Working Party,** Working document on a common interpretation of Article 26 (1) of Directive 95/46/EC of 24 October 1995 (Adopted on 25 November 2005), s. 13-14. Aynı düşünce: **Küzeci,** Kişisel Verilerin Korunması, s. 174-175.

105 **Bainbridge,** Data Protection Law, s. 113.

106 Bkz. 95/46/AT sayılı Yönergesinin gerekçesine (par. 58).

107 **Küzeci,** Kişisel Verilerin Korunması, s. 175.

taşıması hâlinde aktarımın yapılacağı ülkede yeterli düzeyde korumanın varlığı aranmaz. Ancak örneğin herkese açık olan telefon ve adres rehberlerindeki kişisel verilerin transferi hâlinde dahi, tüm veri veya veri kategorileri aktarılamayacak, bu konuda sınırlı / ölçülü hareket edilecektir. İlgisini ispat eden herkese açık olan sicillerde (ör. tapu sicili) açısından ise transfer, sadece anılan kişinin talebi ve veri alıcısı sıfatını taşıması kaydıyla yapılacaktır[108].

2. Özel Bir Koruma Garantisine / Teminatına İlişkin Olanlar

a) Genel Olarak

Üye devlet, veri denetçisinin ilgili kişinin temel hak ve özgürlükleri ile kişisel verilerinin korunacağı hususunda yeterli teminat göstermesi hâlinde, üçüncü ülkede yeterli düzeyde koruma bulunmasını aramaksızın veri aktarımına onay verebilir. Ancak bu durumda aktarımın hukuka uygun olabilmesi için, konunun, kişisel verilerin ya bir kerelik transferine ya da belli bir transfer kategorisine ilişkin olması gereklidir.

Gösterilen garanti, veri denetçisinin tek taraflı taahhüdüne dayanabileceği gibi, uygun sözleşme hükümleri (appropriate contractual clauses) içeriğinde de yer alabilir. Sözleşmenin VKY'ye uygun olup olmadığını, öngördüğü teminatları içerip içermediğini denetlemek veri kontrol biriminin görevi olup; veri aktarım yasağının kalkması, anılan birimin onayı ile mümkündür[109].

Üye devletler onayladıkları garantileri komisyona ve diğer üye devletlere bildirmek zorundadır (VKY md. 26/3). Bunun üzerine diğer bir üye devlet gerekçeli olarak itirazda bulunabilecek ve itiraz VKY'nin 31. maddesi çerçevesinde karara bağlanacaktır. İtiraz, verilen izni otomatik olarak durdurmamakla birlikte, komisyon verilen izni doğru bulmazsa *"uygun önlemler (appropriate measures)"* alabilir ve bu kapsamda verilen izni daraltabilir, değiştirebilir veya kaldırabilir[110]. Üye devlet komisyon kararlarının yerine getirilmesi için gerekli önlemleri almak zorundadır (VKY md. 26/3).

Yeterli korumanın sağlanmasına yönelik *"uygun sözleşme hükümlerinin"* benimsenmesi bakımından Komisyonun VKY'nin 26/4 ve 31. maddesine göre, *"standart sözleşme hükümleri (standard contractual clauses)"* önermesi de mümkündür.

---

108 **Başalp,** Kişisel Verilerin Saklanması ve Korunması, s. 72-73. Ayrıca bkz. 95/46/AT sayılı Yönerge gerekçesi par. 58.

109 **Başalp,** Kişisel Verilerin Saklanması ve Korunması, s. 73-74.

110 **Başalp,** Kişisel Verilerin Saklanması ve Korunması, s. 74-75.

Yukarıda değindiğimiz *"Beyaz Listeler/ Safe Countries"* şeklindeki yeterlilik değerlendirmeleri, ABD ile yapılan *"Safe Harbor Anlaşması"* ve son dönemde özellikle üzerinde durulan *"Bağlayıcı Müşterek Kurallar (Binding Corporate Rules-BCRs)"* bu konuda yeterli kabul edilen koruma sistemleridir.

b) Standart Sözleşme Hükümleri (Standard Contractual Clauses)

VKY'nin 26/2. maddesi çerçevesinde veri aktarımı yapan üye devletin veri koruma kurumu tarafından münferiden uygun bulunan ve onaylanan özel sözleşmeler yanında; standart hâle getirilerek Komisyon tarafından onaylanmış bir dizi hüküm (kural) üye devletler tarafından kişisel veri transferinde kullanılmaktadır. Biricisine göre daha az masraf gerektiren ve kolay olan bu yöntemde üye devletler, kabul edilen *"standart sözleşme hükümleri"*ni benimseyen şirket ve kurumların kişisel veriler için yeterli koruma sağladığını kabul etmek zorundadır[111]. 95/46/AT sayılı Yönerge çerçevesinde üçüncü ülkelere veri transferi konusundaki 15.06.2001 tarih ve 2001/497/EC sayılı Komisyon kararına göre[112], standart sözleşme hükümleri kişisel verilerin korunması hususunda hukuksal açıdan uygulanabilir bir garantiyi içermekte ve gerek veri aktaran, gerekse veri kabul eden taraflar için 95/46/AT sayılı Yönergeye uygun şekilde işleme yükümlülüğü getirmektedir. *"Veri öznesinin/ ilgili kişinin"* bilgilenme, verilere ulaşma ve tazminat alma hakkını sağlayan hükümler bu kapsamdaki düzenlemelerdir[113].

Standart sözleşme hükümlerini kabul etmeleri için şirket veya diğer kurumlar açısından bir zorunluluk bulunmamakta ise de, yeterli koruma düzeyinin bulunmadığı bir ülkeye bireysel olarak verilen garantiyle kişisel veri aktarımını olanaklı kıldığından oldukça önemli bir mekanizmadır.

---

111 **Kuner,** European Data Protection Law, s. 192 vd; **Şimşek,** Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, s. 56.

112 **Commission Decision of 15 June 2001 on standard contractual clauses for the transfer of personal data to third countries, under Directive 95/46/EC** (notified under document number C (2001) 1539) (Text with EEA relevance) (2001/497/EC), L 181/20 EN Official Journal of the European Communities 4.7.2001, http:// www. jurisint. Org, 22.12.10;

113 **Bainbridge,** Data Protection Law, s. 114; Bkz. Commission Decision of 5 February 2010 on standard contractual clauses for the transfer of personal data to processors established in third countries under Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council (notified under document C(2010) 593) (Text with EEA relevance) (2010/87/EU), Official Journal of the European Union, 12.2.2010, L 39/5 (http:// eur-_lex. europa. eu, 15.12.10).

c) Bağlayıcı Müşterek Kurallar (Binding Corporate Rules-BCRs)

VKG'nin 3 Haziran 2003 tarihli raporuyla gündeme gelen[114] *"Bağlayıcı Müşterek Kurallar (Binding Corporate Rules-BCRs)";* çokuluslu şirketlerin VKY'nin 25. maddesindeki yeterlilik prosedürüne tabi olmaksızın kendi içlerinde uluslararası veri transferine olanak sağlayan nispeten yeni bir metottur. Buna göre, bir grup şirket tabi olacakları veri koruma ilkelerini müştereken belirleyerek her bir şirket için bağlayıcı olacak şekilde kabul etmekte ve yetkili koruma organının onayını müteakip, şirket grubu içinde kişisel veri aktarımı olanaklı hâle gelmektedir[115].

d) Safe Harbor

1990'lı yıllarda bilgisayar teknolojileri ve iletişim ağlarının yoğun olarak kullanılmaya başlamasına paralel olarak ticarî iş ve işlemlerdeki yoğun kişisel veri kullanımı AB ile ABD arasındaki uygulamada kısmen çözüme kavuşturulan uyuşmazlıkların yeniden alevlenmesine neden olmuş ve ticarî alanda *"Safe Harbor"* [116] olarak anılan uzlaşıyla kısmen çözülmüştür. Ancak özellikle 11 Eylül saldırısından sonra güvenlik gerekçesiyle özel sektörde bulunan kişisel verilerin kanun uygulayıcı makamlar tarafından istenmesi tartışmaları yeniden güncel hâle getirmiş ve genişletmiştir.

AB ile ABD arasındaki temel bakış açısı başta olmak üzere, gerek mevzuat ve gerekse uygulama açısından ortaya çıkan farklılıklar, 95/46/AT sayılı Yönergenin 25 ve 26. maddeleri göz önüne alındığında ABD'nin kişisel veriler için yeterli koruma sağlamaktan uzak olduğunu göstermektedir.

---

114 Working Document WP 74: Transfers of personal data to third countries: Applying Article 26 (2) of the EU Data Protection Directive to Binding Corporate Rules for International Data Transfers, adopted on June 3, 2003, http:// ec. europa. eu, 22.12.10; VKG'nin konuyla ilgili daha sonraki çalışmaları ise şunlardır: Working Document WP 108: Establishing a model checklist application for approval of Binding Corpate Rules, adopted on April 14, 2005, http:// ec. europa. eu, 22.12.10; Working Document WP 133: Recommendation 1/2007 on the Standard Application for Approval of Binding Corporate Rules for the Transfer of Personal Data, http:// ec. europa. eu, 22.12.10; Working Document WP 153: Working Document setting up a table with the elements and principles to be found in Binding Corporate Rules, http:// ec. europa. eu, 22.12.10.

115 **Carey,** Data Protection A Practical Guide to UK an EU Law, s. 118; **Küzeci,** Kişisel Verilerin Korunması, s. 177; **European Commission,** *"Overview-BCR",* http:// ec. europa. eu, 22.12.10.

116 Kelimesi kelimesine yapılacak çeviride *"güveli liman"* anlamına gelen *"safe harbor"*ın Türkçeye *"bağışıklık sözleşmesi"* olarak kazandırıldığını (bkz. **Tansuğ, Avniye,** *AB'nin Yeni Ekonomik Silahı: "Veri Saklama Hukuku"*(16.05.2006), http:// www. acikradyo. com. tr, 21.12.10) ve daha sonra da kullanılmaya devam edildiğini görüyoruz (bkz. **Küzeci,** Kişisel Verilerin Korunması, s. 177).

Nitekim söz konusu Yönergenin 1995'te yürürlüğe girmesiyle Avrupa Komisyonu, ABD'deki kişisel verilerin korunmasının seviyesinin yeterli olmadığına karar vermiştir. İşte bu gelişme sonrasında AB ile ABD arasındaki veri akışının devamının sağlanabilmesi bağlamındaki arayışlar *"Safe Horbor Anlaşması"*yla[117] kısmen çözüme kavuşturulmuştur.

"Safe Harbor", 95/46/AT sayılı Yönergenin 25. maddesindeki veri aktarım yasağını ihlal etmeksizin AB ülkelerinden ABD'ye veri aktarımına imkân sağlayan mekanizmaya verilen isimdir[118]. AB ve ABD arasından yıllarca süren yoğun görüşmelerden sonra 30 Kasım 2000'de yürürlüğe giren bu anlaşma gereğince; AB içindeki firmaların ABD'de bulunan ve statüye katılmış olan / taraf olan firma ve kuruluşlara; bildirim, seçim, aktarım, güvenlik, doğruluk, erişim ve uygulamaya ilişkin ilkeleri içerecek sistem dâhilinde veri aktarımı mümkün olabilmektedir. ABD Ticaret Bakanlığı (DoC) yardımıyla yürütülecek bu programa dâhil olabilmek için, şirketlerin Safe Harbor kurallarını kabul ettiğini Bakanlığa bildirmesi ve diğer prosedürleri tamamlaması gerekmektedir[119].

Anılan anlaşmanın çerçevesiyle sınırlı olmak üzere AB, ABD'de yeterli veri korumu düzeyinin varlığını / oluştuğunu benimsemiştir. Bununla birlikte, Safe Harbor prensiplerinin kapsamı AB ile ABD şirketleri (ör. ticarî ilişkiler) arasındaki veri akışıyla sınırlı olduğundan, resmî makamlar nezdindeki veri transferleri açısından uygulanamamış ve sorun önemli ölçüde çözümsüz kalmıştır[120]. Ancak aşağıda değinileceği üzere, özellikle terörizmle mücadele alanında ortaya çıkan veri aktarımına ilişkin uyuşmazlıklar konusunda, kendine özgü anlaşmalarla uzlaşma sağlanabilmiştir.

---

117 **2000/520/EC: Commission Decision of 26 July 2000 pursuant to Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council on the adequacy of the protection provided by the safe harbour privacy principles and related frequently asked questions issued by the US Department of Commerce (notified under document number C(2000) 2441) (Text with EEA relevance.)** *Official Journal L 215, 25/08/2000 P. 0007 – 0047 (http:// eur-lex. europa. eu/ Lex UriServ/ Lex UriServ. do uri= CELEX: 32000D0520: EN: HTML, 09.12.10).*

118 **Carey,** Data Protection A Practical Guide to UK an EU Law, s. 109; *Aynı içerikte:* **Bainbridge,** Data Protection Law, s. 115.

119 **Kuner,** European Data Protection Law, s. 180-185; **Küzeci,** Kişisel Verilerin Korunması, s. 180 dn. 324; http:// www. export. gov/ safeharbor, 22.12.10.

120 **Van Wasshnova, Matthew R.,** *"Data Protection Conflicts Between the United States and the European Union in the War on Terror: Lessons Learned from the Existing System of Financial Information Exchange",* http:// www. honigman. Com, 21.12.10, s. 832.

E.- TERÖRİZMLE MÜCADELE ÇERÇEVESİNDE AB İLE ABD ARASINDA KİŞİSEL VERİLERİN AKTARIMI

1. Genel Olarak

2006 yılında AB ve ABD arasında özel hayatın gizliliği ve özellikle kişisel verilerin aktarılması konusunda iki önemli gelişme yaşanmıştır. Bunlardan birincisi, Mayıs 2006'da *"Avrupa Adalet Divanı-ATAD (The European Court of Justice (ECJ)/ The Court of Justice)"*[121] tarafından AB ile ABD arasında yapılmış olan ve havayolu müşterilerinin/ yolcuların kişisel verilerin AB'den ABD'ye transferini öngören anlaşmanın iptal edilmesi[122]; diğeri ise, *New York Times* gazetesinin 24 Haziran 2006'da ABD Hükümetinin dünyadaki para trafiğine ilişkin gizli finansal verileri, bu konudaki temel uluslararası kurallara aykırı olarak elde ettiğinin ortaya çıkmasıdır[123]. Aşağıda, zikredilen konulara genel hatlarıyla değinilecektir.

2. Havayolu Yolcu Kayıtlarının (PNR) ABD'ye Aktarımı

"PNR (Passenger Name Record/ Yolcu İsim Kaydı)" kayıtlarında yolcuya ilişkin özel durumlar dâhil birçok önemli bilgi yer aldığından (ör. yiyecek tercihleri nedeniyle dini inancı), kimileri hassas olan fazla miktarda kişisel veriyi içermektedir. Oysa ABD'nin kişisel verilerin korunmasına ilişkin yaklaşımı, konuyla ilgili yasal düzenleme ve uygulamaları AB standartlarına göre yeterli koruma düzeyi sağlamaktan uzaktır. Ortaya çıkan bu durum, AB ile ABD arasında çeşitli tartışmalara ve uyuşmazlıklara neden olmuş; yapılan görüşmeler ve karşılıklı tavizlerden sonra AB Komisyonu'nun, 95/46/AT sayılı Yönergenin 25/2. maddesi çerçevesinde ABD'nin PNR verileri için yeterli düzeyde koruma sağladığı yönündeki 14 Mayıs 2004 tarihli kararı[124]

---

121 http:// curia. europa. eu/ jurisp/ cgi- bin/ form. pl? Lang =en,

122 Bkz. Judgment of the Court (Grand Chamber), (In Joined Cases C-317/04 and C-318/04), 30 May 2006 (http:// curia. europa. eu, 09.12.10); http:// ec. europa. eu/ dgs/ legal_service/ arrets/ 04c317_en. pdf, 09.12.10.

123 **Van Wasshnova,** Data Protection Conflicts Between the United States and the European Union in the War on Terror: Lessons Learned from the Existing System of Financial Information Exchange, s. 827.

124 Commission Decision of 14 May 2004 on the adequate protection of personal data contained in the Passenger Name Record of air passengers transferred to the United States' Bureau of Customs and Border Protection (notified under document number C(2004) 1914) (Text with EEA relevance) (2004/535/EC), *Official Journal L 235, 06/07/2004 P. 0011- 0022,* http://eur- lex. europa. eu, 22.12.10. Bu karar, Konsey tarafından Avrupa Topluluğu Antlaşmasının 95. maddesi gereğince 17 Mayıs 2004 tarihinde onaylanmıştır: Council Decision of 17 May 2004 on the conclusion of an Agreement between the European Community and the United States of America on the processing and transfer of PNR data by Air Carriers to

ile geçici olarak çözüme kavuşturulmuştur. Zira Avrupa Parlamentosu tarafından Komisyon ve Konsey aleyhine, söz konusu kararlara karşı açılan davalar ATAD tarafından 30 Mayıs 2006 tarihinde kabul edilmiş, böylece uyuşmazlık tekrar su yüzüne çıkmıştır[125]. Belirtelim ki, ATAD'ın iptal kararında taraflara 30 Eylül 2006 tarihine kadar aralarında yeni bir anlaşma akdetmeleri için süre tanınmış olması nedeniyle yapılan görüşmeler sonucunda süresi 31 Temmuz 2007 tarihinde bitecek olan geçici bir anlaşma imzalanmıştır[126].

PNR kayıtlarının aktarımı bağlamında gerek iptal edilen antlaşma, gerekse geçici antlaşma hükümlerine ilişkin tartışmalar sürerken AB ile ABD arasında Temmuz 2007 tarihinde yeni bir PNR antlaşması imzalanmıştır[127]. Buna göre anılan antlaşma temelinde ABD verilerin güvenliğini nasıl sağlayacağına dair bir mektup verecek; AB tarafı ise PNR veri koruma düzeyinin yeterli kabul edildiğini belirten cevabî bir mektup düzenleyecektir. Antlaşma hükümleri dikkatle değerlendirildiğinde, aktarılacak veri yelpazesinin genişlediği, bunları saklama süresinin uzadığı, ne zaman ve nasıl sili-

---

the United States Department of Homeland Security, Bureau of Customs and Border Protection (2004/496/EC), *Official Journal L 183, 20/05/2004 P. 0083- 0083,* http://eur- lex. europa. eu, 22.12.10.

125 **Van Wasshnova,** Data Protection Conflicts Between the United States and the European Union in the War on Terror: Lessons Learned from the Existing System of Financial Information Exchange, s. 835-836. Karar için bkz. Judgment of the Court (Grand Chamber), (In Joined Cases C-317/04 and C-318/04), 30 May 2006 (http:// curia. europa. eu, 09.12.10); http:// ec. europa. eu/ dgs/ legal_service/ arrets/ 04c317_en. pdf, 09.12.10.

126 Bkz. Agreement between the European Union and the United States of America on the processing and transfer of passenger name record (PNR) data by air carriers to the United States Department of Homeland Security, EN Official Journal of the European Union L 298/29, 27.10.2006, http:// eur- lex. europa. eu, 22.12.10; Council Decision 2006/729/CFSP/JHA of 16 October 2006 on the signing, on behalf of the European Union, of an Agreement between the European Union and the United States of America on the processing and transfer of passenger name record (PNR) data by air carriers to the United States Department of Homeland Security, EN Official Journal of the European Union L 298/27, 27.10.2006, http:// eur- lex. europa. eu, 22.12.10.

127 Bkz. Agreement between the European Union and the United States of America on the processing and transfer of Passenger Name Record (PNR) data by air carriers to the United States Department of Homeland Security (DHS) (2007 PNR Agreement), L 204/18 EN Official Journal of the European Union, 4.8.2007, http:// eur- lex. europa. eu, 22.12.10; Council Decision 2007/551/Cfsp/Jha of 23 July 2007 on the signing, on behalf of the European Union, of an Agreement between the European Union and the United States of America on the processing and transfer of Passenger Name Record (PNR) data by air carriers to the United States Department of Homeland Security (DHS) (2007 PNR Agreement), L 204/16 EN Official Journal of the European Union, 4.8.2007, http:// eur-lex. europa. eu, 22.12.10.

neceği konusunun ileride yapılacak görüşmelere bırakıldığı görülmektedir[128]. Kanımızca, bu hükümler kişisel verilerin korunmasına hizmet etmeyeceği gibi, özel hayatın gizliliğini temelden sarsacak niteliktedir.

3. AB'nin Bypass Edilmesi: ABD ve Üye Ülkelerin Doğrudan Anlaşması (Çek Cumhuriyeti Örneği)

AB ile ABD arasında PNR bilgilerinin ABD'ye aktarımı konusunda yaşanan sorunlar fiiliyatta şu veya bu şekilde aşılsa da, hukukî bazda tam olarak çözüme kavuşturulmuş değildir. Bu bağlamda ABD alternatif bir çözüm tarzı olarak AB organları yerine doğruda AB üyesi ülkeler ile PNR bilgilerinin aktarımına ilişkin antlaşmalar yapma eğiliminde olduğu anlaşılmaktadır. AB içerisinde tepkilere neden olsa da, bu kapsamdaki bir mutabakat zaptı[129] Çek Cumhuriyeti ile imzalanmış olup, diğer bazı ülkelerle yapılan görüşmeler ise devam etmektedir[130].

4. Terörün Finansmanını Takip Programı (Terrorism Financing Tracking Program-TFTP) Çerçevesinde Finansal Verilerin Aktarılması ve SWIFT Vakası

2006 yalındaki PNR veri transferine ilişkin uyuşmazlığın yanında AB ile ABD arasında ortaya çıkan ikinci önemli sorun; *"Terörizmin Finansmanını Takip Programı (Terrorism Financing Tracking Program-TFTP)"* çerçevesinde AB kaynaklı birçok verinin ABD hükümeti tarafından elde edildiği ve işlenildiğinin ortaya çıkmasıyla patlak vermiştir[131]. Gerçekten ABD Hükümetinin 11 Eylül terör saldırısının hemen akabinde, 1977 tarihli "*Uluslararası Acil Ekonomik Yetkiler Kanunu (International Emergency Economic Powers Act)"*na[132] dayanarak, CIA tarafından yürütülen ve Hazine

---

128 **Van Wasshnova,** Data Protection Conflicts Between the United States and the European Union in the War on Terror: Lessons Learned from the Existing System of Financial Information Exchange, s. 837-839. Ayrıca bkz. Opinion 7/2010 on European Commission's Communication on the global approach to transfers of Passenger Name Record (PNR) data to third countries, http:// www.statewatch. org, 22.12.10.

129 Memorandum of understanding between the Ministry of the Interior of the Czech Republic and the Department of Homeland security of the United States of America regarding the United States visa waiver program and related enhanced security measures, http:// www. statewatch. org, 22.12.10.

130 **Küzeci,** Kişisel Verilerin Korunması, s. 186.

131 **Van Wasshnova,** Data Protection Conflicts Between the United States and the European Union in the War on Terror: Lessons Learned from the Existing System of Financial Information Exchange, s. 839-840.

132 **International Emergency Economic Powers Act (IEEPA),** United States Code Title 50. War And National Defense Chapter 35. Internatıonal Emergency

Bakanlığınca denetlenen TFTP gereğince terörün finansmanına yönelik eylem ve işlemleri izlemek için merkezi Belçika'da, şubesi ise ABD'de bulunan *"SWITT (Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication-Bankalararası Küresel Telekomünikasyon Birliği)"*in[133] elindeki finansal verileri CIA, FBI ve diğer bazı devlet kurumlarının erişebildiği veri tabanına aktardığı ve çeşitli şekillerde işlediği basına yansımıştır[134]. Bu gelişmenin ardından Avrupa Parlamentosu ABD tarafından özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunmasının ihlal edildiğine ilişkin bir ilke kararı benimsemiş, VKG ise 10/2006 sayılı kararı ile veri denetçisi olarak nitelediği SWIFT'in VKY'yi ihlal ettiğini savunmuş ve buna son vermesini talep etmiştir[135]. Bu gelişmelerden sonra ise, SWIFT'in ABD şubesinin Safe Harbor'a dâhil olması için çalışmalara başlanılmış ve 16 Temmuz 2007 tarihinde katılım sağlanmıştır[136]. Ancak temel nitelikteki birçok sorunun çözüme kavuşturulamaması nedeniyle müzakereler sürdürülmüş ve nihayet bir antlaşmaya da varılmıştır. Bununla birlikte Avrupa Parlamentosu onay için önüne gelen metni, ABD makamlarına tek taraflı ve denetimsiz bilgi akışı öngördüğü gerekçesiyle 11.02.2010 tarihinde reddetmiştir. Bu gelişmenin hemen ardından AB Komisyonu ile ABD Hazine Bakanlığı arasında tekrar görüşmeler yapılmış ve ilkine göre AB'ye daha fazla yetki tanıyan ikinci bir anlaşmaya gidilmiştir[137]. 1 Ağustos 2010'de yürürlüğe giren antlaşma gereğince AB tarafından

---

Economic Powers, Articles 1701-1707 (bkz. http:// 205.168.45.71/ offices/ enforcement/ publications/ ieepa.pdf, 08.12.10).

133 SWIFT dünya çapındaki para transfer mesajlarının yaklaşık % 80'ini bir ülkeden diğerine iletilmesini sağlayan kritik konumlu bir şirkettir. Türkiye'nin de içinde bulunduğu (1989 yılından beri) 209 ülkeden 9000'in üzerinde banka, sermaye piyasası aracı kurumu ve para transferi yetkisi olan şirket, para transferlerini SWIFT üzerinden gerçekleştirmektedir (bkz. http:// www.swift. com/ about swift/ company information/ index. page? lang= en, 08.12.10; **Ersoy, Ömer,** *"SWIFT Pazarlığında Son Nokta",* http:// www.sde. org. tr, 08.12.10.

134 **Van Wasshnova,** Data Protection Conflicts Between the United States and the European Union in the War on Terror: Lessons Learned from the Existing System of Financial Information Exchange, s. 839-840.

135 Article 29 Working Party, Press Release on the SWIFT Case following the adoption of the Article 29 Working Party opinion on the processing of personal data by the Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication (SWIFT), 23 November 2006, http:// ec. europa. eu, 22.12.10.

136 Bkz. Council of The European Union Luxembourg, Processing and protection of personal data subpoenaed by the Treasury Department from the US based operation centre of the Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication (SWIFT), 28 June 2007 11291/2/07 REV 2 (Presse 157), http:// epic. org/ privacy/ pdf/ swift- agmt- 2007. pdf, 22.12.10.

137 Agreement Between the United States of America and the European Union on the Processing and Transfer of Financial Messaging Data from the European Union to the United States for the Purposes of the Terrorist Finance Tracking Program

oluşturulacak izleme ekibi ABD'nin terörizmin finansmanı izleme faaliyetleri kapsamında isteyeceği bilgilerin kişisel verileri koruması prensiplerine uygun olarak verilip verilmediğini inceleyecektir. Diğer taraftan ABD makamlarına yapılacak bilgi transferinin çok geniş olarak tanımlanmasından vazgeçilecek ve bu çerçevede, ABD'deki izleme programının karşılığı olarak AB'nin de kendine özgü bir terör finansman takip programının 12 ay içinde devreye sokulması gerekecektir. Bu sayede AB, tüm banka transfer bilgileri yerine, elindeki bilgileri öncelikle analiz edecek ve sadece belirli bir terör soruşturmasına ilişkin olanları ABD makamlarına iletecektir. Belirtelim ki, anılan programın beş yıl içinde devreye sokamaması hâlinde Komisyon bu anlaşmayı ya tekrar müzakereye açacak ya da iptal edecektir[138].

Antlaşmada ayrıca, AB vatandaşları açısından meydana gelebilecek yanlışlık ve karışıklıkların düzeltmesi hakkı da garanti altına alınmaktadır[139]. Anlaşma gereğince transfer taleplerini inceleme ve yerine getirme görevi AB açısından EUROPOL'de olacaktır[140].

III.- TÜRKİYE AÇISINDAN KISA BİR DEĞERLENDİRME

KVKKT'ye göre, kişisel verinin yurtdışına aktarımı (uluslararası transferi) denetime tabidir. Gerçekten Tasarının 31. maddesinde Kurulun görevleri arasında; kişilik hakları ihlâl edilenlerin başvuruları hakkında karar vermek (f.1-a), ilgili kişi bakımından telâfisi güç veya imkânsız bir zararın doğması ihtimalinin bulunması hâlinde geçici önlemler almak (f. 1-b) ve *"yabancı ülkelere veri aktarımı konusunda tereddüt bulunması halinde karar vermek"* (f. 1-ç) hususları açıkça düzenlenmiştir.

Kurul, re'sen veya ilgili tarafların başvurusu üzerine yapacağı (md. 14/3; 33/1) inceleme üzerine kanunun ihlâl edildiğini tespit etmesi durumunda; veri kütüğü sahibinden bu kanun hükümlerine uygun olarak kişisel verilerin işlenmesini, yani veri transferinin yapılmamasını ister ki, bu istem, derhal

---

(http://useu.usmission.gov/media/pdfs/final-tftp-agreement-signed.pdf, 08.12.10) Anlaşma *-AB açısından-* iki noktada eleştirilmektedir. Bunlardan birincisi, Anlaşmada Avrupa şirketlerin ticarî faaliyetleri hakkında da önemli ipuçları içeren para aktarımlarının, endüstriyel istihbarata özel bir önem veren ABD'nin eline geçmesini engelleyecek herhangi bir mekanizmanın öngörülmemiş olması; diğeri ise, bazı temel hak ve özgürlükleri ihlal eden içeriğidir **[Ersoy,** SWIFT Pazarlığında Son Nokta, http:// www.sde. org. tr, 08.12.10].

138 **Ersoy,** SWIFT Pazarlığında Son Nokta, http:// www.sde. org. tr, 08.12.10; http:// useu. usmission. gov/ media/ pdfs/ final- tftp- agreement- signed.pdf, 08.12.10.

139 **Ersoy,** SWIFT Pazarlığında Son Nokta, http:// www.sde. org. tr, 08.12.10; http:// useu. usmission. gov/ media/ pdfs/ final- tftp- agreement- signed.pdf, 08.12.10.

140 **Ersoy,** SWIFT Pazarlığında Son Nokta, http:// www.sde. org. tr, 08.12.10; http:// useu. usmission. gov/ media/ pdfs/ final- tftp- agreement- signed.pdf, 08.12.10.

yerine getirilir (md. 33/3). Veri kütüğü sahibi kamu tüzel kişisi ise, yerine getirme süresi en geç otuz gündür (md. 33/4). Önemle ifade edelim ki, veri transferinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ihtimali ve açıkça hukuka aykırılık hâlinde, Kurul geçici bir önlem olarak (tedbiren), ilgili kişi hakkında veri işlenmesinin veya yurtdışına aktarımının durdurulmasına karar verebilir (md. 31/1-b; 33/6).

İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açık olduğundan, Kurulun kişisel verilerin yurtdışına aktarımına ilişkin olarak verdiği her türlü kararlara karşı yargı yoluna başvurulabilecektir (AY md. 125; VKKKT md. 32).

KVKKT'de kişisel verilerin üçüncü ülkelere aktarımına ilişkin hükümler 95/46/AT sayılı Yönergeye genel anlamda paralel ise de, kanunun tatbikini etkin şekilde denetleme ve uygulama yetkisine sahip *"Kişisel Verileri Koruma Kurulu"*nun, özellikle oluşumu ve üyelerin seçilme şekli açısından *"Veri Koruma Hukuku"*nun evrensel ilkelerine aykırıdır.

SONUÇ

"Biyolojik insanın"; bir taraftan insanların benzer yanlarını kendinde taşıyan, ama diğer taraftan kendine özgü kimi özellikleriyle öbürlerinden ayrılan, onu aşan bir varlık olarak çevresini değiştirebilen, dünyaya ve evrene açık olan, konuşan ve yaratıcı düşünme yeteneğine sahip, kendinin ve evrenin bilincine varmış, eylemlerinden sorumlu olan *"birey"* niteliğine ulaşabilmesi için, temel hak ve özgürlüklerinin ve bu kapsamda *"kişisel verilerinin korunması"* vazgeçilmez bir konudur.

Özel hayatın ayrılmaz bir parçası olan *"kişisel verilerin korunması"* olgusu ekonomik, sosyolojik ve teknolojik yönleri bulunmakla birlikte, esas olarak hukukun kapsama alanındadır. Başka bir anlatımla hukuk, kişisel verilerin korunmasında; teknolojinin baş döndürücü gelişmesi, ekonominin dayanılmaz baskısı ve sosyolojinin değişken sınırlarına karşı çaresiz değildir. Dolayısıyla bütün zorluklara, ortaya çıkan tüm olumsuzluklara rağmen, gerek ulusal, gerekse uluslararası temelde *"kişisel verilerin korunması"* için hem mevzuat, hem de uygulama açısından gereken önlemleri almak demokratik hukuk devletinin vazgeçilmez gereği olacaktır.

İçinde bulunduğumuz teknoloji çağında, gerek kamusal organların, gerekse özel hukuk kişiliklerinin birçok eylem ve işleminin gerçekleştirilmesi; hizmetin veya görevin güvenli, verimli, etkin, hızlı, kolay, konforlu vb. şekilde yerine getirilebilmesi için, bazı kişisel verilere ihtiyaç duyulması kaçınılmazdır. Keza bilgi toplamanın, işlemenin çeşitlenip kolaylaştığı, uluslararası ilişkilerin geliştiği ve değişik formlara büründüğü *-moda deyimle*

küreselleşen- dünyamızda ülkelerarası veri aktarımının da son derece kolaylaşması, aynı şekilde kaçınılmaz bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır. Gelişmelere karşı durulamayacağına / su tersine akıtılamayacağına göre, kişisel verilerin korunması için gerekli hukukî ve teknik altyapının oluşturularak veri transferinde serbestliğin benimsenmesinin birçok olumlu yönü bulunduğu açıktır.

Kişisel verilerin korunmasına ilişkin ciddi çabaların neredeyse yarım yüzyıla yaklaştığı dünyamızda, Avrupa'nın kaydettiği gelişme kayda değerdir. Veri koruma hukukunun sorunlu ve karmaşık kısmını oluşturan veri transferinde de durumun aynı merkezde olması, çağdaş değerleri ihtiva etmesi, konuya ilişkin ilkelerin ve kuralların tüm dünyada geniş bir uygulama alanına sahip olması karşısında ülkemiz açısından da uygulama alanı bulacağı açıktır. Ayrıca AB üye adaylığı, diğer konularda olduğu gibi, burada da mevzuat uyumunu gerektirmektedir.

Ülkemiz penceresinden mevcut duruma baktığımızda, bunun hiç de iç açıcı olmadığı hemen görülmektedir. Gerçekten ihlal sonrası oluşan zararın tazmini bakımından genel kurallar çerçevesinde idarî, malî, hukukî veya cezaî yönlerden kimi yaptırımların gündeme gelmesi söz konusu ise de, önleyici nitelikteki koruma hükümleri bağlamında tam bir boşluk söz konusudur. Dolayısıyla içeriği birçok açıdan AB normlarını karşılamaktan uzak ve yetersiz olmakla birlikte, veri koruma hukukunun bazı çağdaş unsurlarını içeren KVKKT biran önce yasalaştırılmalıdır. Ancak bu yapılırken gerek doktrinde, gerekse bu kısa çalışmamızda işaret edilen eksikliklerin giderilmesi, yanlışların düzeltilmesi oldukça yararlı olacaktır. Bu bağlamda özellikle genel ilkelere getirilen istisnaların daraltılması ve gerek oluşumu, gerek çalışma şekli ve gerekse yetkileri açısından tamamen idareye tabi olan Veri Denetleme Kurulu'nun gerçek anlamda bağımsız idarî otorite olarak tekrar tasarlanması kaçınılmazdır. Sözün özü, anılan aksaklıklar / sakatlıklar giderilmeden ya da görmezden gelinerek çıkarılacak bir kanun ancak ve ancak bir avuntu kaynağı olabilecek; böyle bir yaklaşım, bizim adı duyulmamış ada devletlerinin bile yer aldığı güvenli ülkeler içinde yer almamızı asla sağlayamayacaktır.

Bibliyografya

I.- KİTAP VE MAKALELER

Arslan, Çetin/ Kayançicek, Murat, 12 Eylül 2010 Referandumu Dâhil Tüm Değişiklikler İşlenmiş T.C. ANAYASASI, Notlu & Atıflı Yabancı Ülke Anayasaları ile Karşılaştırmalı, Hürriyet Gazetesi (Armağanı), İstanbul 2010.

Bainbridge, David, Data Protection Law, Second Edition, XPL Publishing, 2005.

Başalp, Nilgün, Kişisel Verilerin Saklanması ve Korunması, Yetkin Basım Yayım Dağıtım A.Ş, Ankara 2004.

Büllesbach, Alfred, Concise European IT Law, Edited by Büllesbach, Alfred/ Poullet, Yves/ Prins, Corien (General Series Editors: Thomas Dreier/ Charles Gielen/ Richard Hocan) Kluwer Law International, New York 2006.

Bygrave, Lee A, *"Data Protection Pursuant to the Right to Privacy in Human Rights Treaties",* (published in International Journal of Law and Information Technology, 1998, volume 6, pp.247–284) (http:// folk._uio. no/ lee/ oldpage/ articles/ Human_ rights.pdf), 18.12.10.

Cammilmeri-Subrenat, Anne/Levallois-Barth, Claire, Sensitive Data Protection in the European Union, Bruylant, Bruxelles 2007.

Carey, Peter, Data Protection A Practical Guide to UK an EU Law, Third Edition, Oxford University Pres, New York 2009.

Cousens, Michael, Surveillance Law, Lexis Nexis UK, London 2004.

Ersoy, Ömer, *"SWIFT Pazarlığında Son Nokta",* http:// www.sde. org. tr, 08.12.10.

Gindin, Susan E., *"As the Cyber-World Turns: The European Union's Data Protection Directive and Trans-border Flows of Personal Data",* Internet Legal Practıce Newsletter (December 1997), http:// www. info- law. com/ eupriv. html, 16.12.10.

Kong, Lingjie, *"Data Protection and Transborder Data Flow in the European and Global Context",* Oxford Journals, European Journal of International Law, Volume 21, http:// ejil. oxfordjournals. Org, 17.12.10.

Kuner, Christopher, European Data Protection Law: Corporate Compliance and Regulation, 2nd ed., Oxford University Press, New York 2007.

Küzeci, Elif, Kişisel Verilerin Korunması, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2010.

McCrum, Anna, *"Data protection reform: Transferring data to third countries",* Practical Law Campany, http:// us. practicallaw. com, 16.12.10.

Özdemir, Hayrunnisa, Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009.

Rohmer, Florence Benoit/Heinrich Klebes, Avrupa Konseyi Hukuku - Pan-Avrupa Hukuk Alanına Doğru, Avrupa Konseyi Yayını, http:// www. avrupakonseyi. org.tr/ dosyalar/ kitap_ akh. pdfs., 10.12.10.

Ryan, Patrick, "*New Data Protection Rules come into force*", http:// www. kilroys. ie/ library, 17.12.10.

Singleton, Susan, e-Privacy an Online Data Protection, Second Edition (Precedents updated by Eduardo Ustaran), Tottel Publishing, 2007.

Şimşek, Oğuz, Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2008.

Tansuğ, Avniye, *AB'nin Yeni Ekonomik Silahı: "Veri Saklama Hukuku"* (16.05.2006), http:// www. acikradyo. com. tr, 21.12.10).

Van Wasshnova, Matthew R., *"Data Protection Conflicts Between the United States and the European Union in the War on Terror: Lessons Learned from the Existing System of Financial Information Exchange",* http:// www. honigman. Com, 21.12.10

Yenisey, Ferudun, Kulluk Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2009.

II.- ÇEŞİTLİ DÖKÜMANLAR

2000/520/EC: Commission Decision of 26 July 2000 pursuant to Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council on the adequacy of the protection provided by the safe harbour privacy principles and related frequently asked questions issued by the US Department of Commerce (notified under document number C(2000) 2441) (Text with EEA relevance.) Official Journal L 215, 25/08/2000 P. 0007 – 0047 (http:// eur-lex. europa. eu/ Lex UriServ/ Lex UriServ. do uri= CELEX: 32000D0520: EN: HTML, 09.12.10).

Additional Protocol to the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data regarding supervisory authorities and transborder data flows, http:// conventions. coe. int/ Treaty/ en/ Treaties/ Html/ 181. htm, 14.12.10.

Agreement between the European Union and the United States of America on the processing and transfer of passenger name record (PNR) data by air carriers to the United States Department of Homeland Security, EN Official Journal of the European Union L 298/29, 27.10.2006, http:// eur-_lex. europa. eu, 22.12.10.

Agreement between the European Union and the United States of America on the processing and transfer of Passenger Name Record (PNR) data by air carriers to the United States Department of Homeland Security (DHS) (2007 PNR Agreement), L 204/18 EN Official Journal of the European Union, 4.8.2007, http:// eur-_lex. europa. eu, 22.12.10.

Agreement Between the United States of America and the European Union on the Processing and Transfer of Financial Messaging Data from the European Union to the United States for the Purposes of the Terrorist Finance Tracking Program (http://useu.usmission.gov/media/pdfs/final-tftp-agreement-signed.pdf, 08.12.10).

Article 29 Data Protection Working Party, The Working Party on the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data, Brussels, 15 February 2010, http:// ec. europa. eu/ justice/ policies/ privacy/ docs/ wpdocs/ rules- art- 29 en. pdf, 16.12.10.

Article 29 Working Party, Press Release on the SWIFT Case following the adoption of the Article 29 Working Party opinion on the processing of personal data by the Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication (SWIFT), 23 November 2006, http:// ec._europa. eu, 22.12.10.

Article 29 Working Party, Transfers of personal data to third countries: Applying Articles 25 and 26 of the EU data protection directive (Adopted by the Working

Party on 24 July 1998), http:// ec. europa. eu/ justice/ policies/ privacy/ docs/ wpdocs/ 1998/ wp12 en.pdf., 21.12.10.

Article 29 Working Party, Working document on a common interpretation of Article 26(1) of Directive 95/46/EC of 24 October 1995 (Adopted on 25 November 2005), (http:// ec. europa. eu/ justice/ policies/ privacy/ docs/ wpdocs/ 2005/ wp114 en. pdf, 21.12.10).

Aviation and Transportation Security Act, Public Law 107–71, Nov. 19, 2001 115 Stat. 597, http:// www._tsa.gov, 22.12.10.

Charter of Fundamental Rights of the European Union, Official Journal of the European Communities, C 364/1, 18.12.2000, http:// www._europarl. europa. eu/ charter/ pdf/ text en. pdf, 17.12.10.

Commission Decision of 14 May 2004 on the adequate protection of personal data contained in the Passenger Name Record of air passengers transferred to the United States' Bureau of Customs and Border Protection (notified under document number C(2004) 1914) (Text with EEA relevance) (2004/535/EC), Official Journal L 235, 06/07/2004 P. 0011- 0022, http://eur- lex. europa. eu, 22.12.10.

Commission Decision of 15 June 2001 on standard contractual clauses for the transfer of personal data to third countries, under Directive 95/46/EC (notified under document number C (2001) 1539) (Text with EEA relevance) (2001/497/EC), L 181/20 EN Official Journal of the European Communities 4.7.2001, http:// www. jurisint. Org, 22.12.10.

Commission Decision of 5 February 2010 on standard contractual clauses for the transfer of personal data to processors established in third countries under Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council (notified under document C(2010) 593) (Text with EEA relevance) (2010/87/EU), Official Journal of the European Union, 12.2.2010, L 39/5 (http:// eur- lex. europa. eu, 15.12.10).

Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)", madde 16 (eski madde 286 TEC) ve "Consolidated version of the Treaty on European Union (TEU)" madde 39, http:// ec. europa. eu/ justice/ policies/ privacy/ law/ treaty en. htm, 16.12.10.

Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, (ETS 108, Strasbourg, 28.01.1981, conventions. coe. int/ Treaty/ en/ Treaties/ Word/ 108. doc,13.12.10).

Convention on Cybercrime, Budapest, 23.XI.2001 (http:// conventions. coe. int/ Treaty/ EN/ Treaties/ html/ 185. htm, 13.12.10).

Council Decision 2006/729/CFSP/JHA of 16 October 2006 on the signing, on behalf of the European Union, of an Agreement between the European Union and the United States of America on the processing and transfer of passenger name record (PNR) data by air carriers to the United States Department of Homeland Security, EN Official Journal of the European Union L 298/27, 27.10.2006, http:// eur-_lex. europa. eu, 22.12.10.

Council Decision 2007/551/Cfsp/Jha of 23 July 2007 on the signing, on behalf of the European Union, of an Agreement between the European Union and the United States of America on the processing and transfer of Passenger Name Record (PNR) data by air carriers to the United States Department of Homeland

Security (DHS) (2007 PNR Agreement), L 204/16 EN Official Journal of the European Union, 4.8.2007, http:// eur-_lex. europa. eu, 22.12.10.

Council Decision of 17 May 2004 on the conclusion of an Agreement between the European Community and the United States of America on the processing and transfer of PNR data by Air Carriers to the United States Department of Homeland Security, Bureau of Customs and Border Protection (2004/496/EC), Official Journal L 183, 20/05/2004 P. 0083- 0083, http://eur- lex. europa. eu, 22.12.10.

Council of Europe Committee of Ministers, Recommendation No R (99) 5 of the Committee of Ministers to Member States for the Protection Of Privacy on the Internet (Guidelines for the Protection of Individuals with Regard to the Collection and Processing of Personal Data on Information Highways (23 February 1999), http:// www. unhcr. org/ refworld/ pdfid/ 3dde 80a4.pdf, 13.12.10.

Council of The European Union Luxembourg, Processing and protection of personal data subpoenaed by the Treasury Department from the US based operation centre of the Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication (SWIFT), 28 June 2007 11291/2/07 REV 2 (Presse 157), http:// epic. org/ privacy/ pdf/ swift-agmt- 2007. pdf, 22.12.10.

Decision of the EEA Joint Committee No 83/1999 of 25 June 1999 amending Protocol 37 and Annex XI (Telecommunication services) to the EEA Agreement, http:// eur- lex .europa. eu, 14.12.10.

Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on privacy and electronic communications), http://eur-lex. europa. eu, 17.12.10.

Directive 2006/24/EC of the European Parliament and of the Council of 15 March 2006 on the retention of data generated or processed in connection with the provision of publicly available electronic communications services or of public communications networks and amending Directive 2002/58/EC, http://eur-lex. europa. eu, 17.12.10.

Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, Article 2, http:// eur- lex. europa. eu, 05.12.10.

Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, Official Journal L 281, 23/11/1995 p. 0031-0050(http:// europa.eu/ legislation summaries/ information society/ l14012 en.htm, 14.12.10).

Directive 97/66/EC of the European Parliament and of the Council of 15 December 1997 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the telecommunications sector, http://eur-lex. europa. eu, 17.12.10.

European Commission, *"Overview-BCR",* http:// ec. europa. eu, 22.12.10.

European Commission, Data Protection Working Party, WP 4, WP 7, WP 9, and WP 12, http:// ec. europa. eu/ justice home/ fsj/ privacy/ workinggroup/ wpdocs/ 2009 en.htm, 17.12.10.

General Secretariat of the Council of the EU ~Information Note~ Treaty of Lisbon, December 2009, http:// www._consilium. europa.eu, 16.12.10.

Guidelines Concerning Computerized Personal Data Files, http://www. legislationline. org/ documents/ action/ popup/ id/ 6723, 20.2.1990.

Information Commissioner's Office, Data Protection Technical Guidance, Determining what is personal data, http://www.ico.gov.uk, 04.12.10.

Institute for Information Law, *"Privacy, Data Protection and Copyright: Their Interaction in the Context of Electronic Copyright Management Systems",* Amsterdam, June 1998 (http://folk. uio.no/ lee/ oldpage/ articles/ ECMS Imprimatur. pdf, 06.12.10).

International Emergency Economic Powers Act (IEEPA), Unıted States Code Tıtle 50. War And Natıonal Defense Chapter 35. Internatıonal Emergency Economıc Powers, Articles 1701-1707 (bkz. http:// 205.168.45.71/ offices/ enforcement/ publications/ ieepa.pdf, 08.12.10).

İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme (Roma, 4. XI.1950), http:// www. avrupakonseyi. org. tr/, 14.12.10.

Judgment of the Court (Grand Chamber), (In Joined Cases C-317/04 and C-318/04), 30 May 2006 (http:// curia. europa. eu, 09.12.10); http:// ec. europa. eu/ dgs/ legal_service/ arrets/ 04c317_en. pdf, 09.12.10.

Judgment of the Court (Grand Chamber), (In Joined Cases C-317/04 and C-318/04), 30 May 2006 (http:// curia. europa. eu, 09.12.10); http:// ec. europa. eu/ dgs/ legal_service/ arrets/ 04c317_en. pdf, 09.12.10.

Kişisel verilerin Korunması Kanun Tasarısı Hakkında Türkiye Bilişim Vakfı Görüşü, http:// www. tbv. org. tr, 12.12.10.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı (KVKKT).

Memorandum of understanding between the Ministry of the İnterior of the Czech Republic and the Department of Homeland security of the United States of America regarding the United States visa waiver program and related enhanced security measures, http:// www._statewatch. org, 22.12.10.

Opinion 6/2010 on the level of protection of personal data in the Eastern Republic of Uruguay, Adopted on 12 October 2010, http:// ec. europa. eu/ justice/ policies/ privacy/ workinggroup/ wpdocs, 17.12.10.

Opinion 7/2010 on European Commission's Communication on the global approach to transfers of Passenger Name Record (PNR) data to third countries, http:// www. statewatch. org, 22.12.10.

Recommendation No. R (89) 2 on the protection of personal data used for employment purposes (18 January 1989)", http:// www._coe. int, 13.12.10.

Recommendation of the Council Concerning Guidelines Governing the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data (23 September 1980), http:// www._oecd. org/ document, 10.12.10.

Regulation (EC) No 45/2001 of the European Parliament and of the Council of 18 December 2000 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data by the Community institutions and bodies and on the free movement of such data", http://eur-lex. europa. eu, 17.12.10.

Telekomünikasyon Sektöründe Kişisel Bilgilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik, http:// www. tk.gov.tr/, 06.12.10.

The Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, Official Journal of the European Union, C 83, Volume 53, 30.03.2010, http:// www. consilium. europa. eu, 16.12.10.

Transfer of personal data to a third country, http://www. datainspektionen. se/in- english/ in- focus- transfer- of- personal- data/, 03.12.10.

Working Document WP 108: Establishing a model checklist application for approval of Binding Corpate Rules, adopted on April 14, 2005, http:// ec. europa. eu, 22.12.10.

Working Document WP 133: Recommendation 1/2007 on the Standard Application for Approval of Binding Corporate Rules for the Transfer of Personal Data, http:// ec. europa. eu, 22.12.10.

Working Document WP 153: Working Document setting up a table with the elements and principles to be found in Binding Corporate Rules, http:// ec. europa. eu, 22.12.10.

Working Document WP 74: Transfers of personal data to third countries: Applying Article 26 (2) of the EU Data Protection Directive to Binding Corporate Rules for International Data Transfers, adopted on June 3, 2003, http:// ec. europa. eu, 22.12.10.

III.-İNTERNET SİTELERİ

http: //www. kgm. adalet. gov. tr/ tbmmkom/ kisiselveriler. pdf, 06.12.10.

http:// ec. europa. eu/ justice/ policies/ privacy/ law/ treaty en. htm, 16.12.10.

http:// www.swift. com/ about swift/ company information/ index. page?

lang= en, 08.12.10.

http://www. unicankara. org.tr/ doc_pdf/h_rigths_turkce. pdf, 06.12.10.

http:// tdkterim. gov. tr, TS / Biyoloji Terimleri Sözlüğü 1998, 22.12.10.

http:// www. legislation. gov. uk/ ukpga/ 1998/29/ contents, 19.12.10.

http://www.oecd.org, 06.12.10.

http://www.oecd.org/document/ 18/ 0,3343, en 2649.html, 10.12.10.

http://www.avrupakonseyi.org.tr, 13.12.10.

http://www.coe.int, 13.12.10.

http://www.un.org.tr/, 13.12.10.

http:// aihm. anadolu. edu. tr, 14.12.10.

http:// useu. usmission. gov/ media/ pdfs/ final- tftp- agreement- signed.pdf, 08.12.10.

*İnsancıl Hukukun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Tarafından Uygulanışında İçtihadi Gelişmeler**

*Melike BATUR YAMANER***

GİRİŞ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) yakın tarihli Korbely ve Kononov kararlarıyla uzun süredir içine girmekten kaçındığı bir tartışma konusunda içtihadını tamamen değiştirmiş görünmektedir. AİHM her ne kadar bazen yetkisini aşar şekilde siyasi sonuçları olacak tespitler yapmışsa da, üye Devletlerin maruz kaldıkları terör, iç karışıklık vs. gibi durumlarda açıkça pozisyon almaktan kaçınmıştır. Örneğin Türkiye'nin Güney Doğu'sunda yaşanan şiddet eylemleri ile ilgili olarak önüne gelen başvurularda, durumun sıradan bir teröre karşı mücadele mi yoksa uluslararası olmayan bir silahlı çatışma mı olduğu konusunu incelememiştir. Aşağıda da görüleceği gibi bu başvuruları güvenlik güçlerinin güç kullanmalarının yasallığı çerçevesinde çözmeye çalışmıştır. Bununla birlikte Korbely ve Kononov kararlarında önceki içtihadından tamamen ayrılmıştır.

Bu çalışmada AİHM'nin Korbely ve Kononov kararlarında uluslararası insancıl hukuku ne şekilde uyguladığı incelenecektir.

1. AİHM'nin AİHS dışındaki uluslararası sözleşmeleri uygulama yetkisi:

Bilindiği gibi, insan hakları denetim mekanizmaları, kural olarak, kendilerini oluşturan sözleşmeye uygunluk denetimi yapmaktadır. Dolayısıyla, denetim mekanizmasının önüne gelen başvuruda ihlal edildiği ileri sürülen hak, sözkonusu denetim mekanizmasını kuran sözleşmede korunan bir hak değilse, mekanizma bu başvuruya bakmakla yetkili değildir. Bunun

---

* Yazar, 16 Haziran 2011 tarihinde aramızdan ayrılmıştır. Bu makale, sevgili meslektaşımızın ve kardeşimizin Dergimize teslim ettiği son çalışmasıdır (Yayın Kurulu).

** Doç. Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı.

açık bir istisnası en genç bölgesel denetim mekanizması olan Afrika İnsan ve Halklar Hakları Şartına Ek Protokolle kurulan Mahkeme'dir. İnsan ve halkların haklarına ilişkin Afrika Şartının Afrika İnsan Ve Halkların Hakları Mahkemesinin kurulmasına ilişkin Protokolünün 3. Maddesine göre Mahkeme Şartın, işbu Protokolün ve ilgili devletlerce onaylanmış tüm diğer ilgili insan haklarına ilişkin belgelerin yorumlanmasından ya da uygulanmasından kaynaklanan davalara ve anlaşmazlıklara bakmakla yetkilidir. Yetki konusunda itiraz olması üzerine kararı Mahkeme verir. Dolayısıyla söz konusu Mahkeme uluslararası insan hakları sözleşmelerini de, bunları insan haklarına ilişkin diğer belgeler olarak değerlendirdiği sürece, uygulayabilecektir. Mahkemenin henüz bu yönde bir kararı bulunmamaktadır.[1]

Bununla birlikte denetim mekanizmalarının önlerine gelen başvuruyu çözüme ulaştırmak için başka sözleşmelerden yararlanıp yararlanamayacakları konusu tartışmalıdır. Özellikle uluslararası insan hakları denetim mekanizmalarının insancıl hukuka uygunluk denetimi yapıp yapamayacakları konusu uzun süredir doktrinde tartışılmaktadır.[2] Her iki hukuk dalının birbirine yakın alanları düzenlemesi ve özellikle insan haklarının sadece barış döneminde değil silahlı çatışma döneminde de uygulanabilir olması insan hakları hukuku ve insancıl hukuk arasında çok sıkı bir bağ oluşturmaktadır. Bu konu bir bölgesel denetim mekanizması olan Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonunun önüne ilk kez 1987'de gelmiştir. ABD tarafından 1983 yılında Grena'daki bir akıl hastanesinin bombalanması üzerine yapılan başvuruda başvurucular Amerikan İnsan Hak ve Ödevleri Bildirgesinin yanı sıra 4 numaralı Cenevre Sözleşmesinin ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir[3]. Komisyonun insancıl hukuku uygulama yetkisinin bulunup bulunmadığı Abella kararında ayrıntılı olarak tartışılmıştır. Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonunun 18 Kasım 1997 tarihli Juan Carlos Abella/Arjantin kararı 23-24 Ocak 1989 tarihlerinde 3 numaralı General Belgrano Mekanize

---

1 Mahkemeyi kuran Protokol Şubat 2004'te yürürlüğe girmiş ve yargıç seçimi Şubat 2006'da yapılmıştır. Yargıçlar 2 Temmuz 2006'da göreve başlamıştır. Mahkemenin bugüne kadar verdiği tek karar 15 Aralık 2009 tarihli Michel Yogogombaye/Senegal Cumhuriyeti kararıdır.

2 Fanny Martin, Application du droit international humanitaire par la Cour interaméricaine des droits de l'homme, RICR, Décembre 2001, Vol.83, no.844, p.1038, Liesbeth Zegveld, Commission interaméricaine des droits de l'homme et droit international humanitaire Commentaire sur l'affaire de Tablada, Revue Internationale du Comité de la Croix-Rouge, Septembre 1998, no.324, p. 548, Daniel O'Donnell, Tendances dans l'application du droit international humanitaire par les mécanismes des droits de l'homme des Nations Unies, Revue Internationale du Comité de la Croix-Rouge, no. 324, 30.9.1998, pp. 528-529

3 Decision of the Commission as to the admissibility, Disabled Peoples' International et al/ABD, App.no. 9213, 22 Eylül 1987 Komisyon kararlarına http://www.oas.org/main/main.asp?sLang=F&sLink=http://www.oas.org/OASpage/humanrights.htm sitesinden ulaşılabilir.

Piyade Taburunun barakalarında meydana gelen olaylarla ilişkilidir. 23 Ocak günü 42 silahlı kişi sözkonusu yere saldırmıştır. Arjantin silahlı kuvvetleri ve isyancılar arasında gerçekleşen çatışma 30 saat sürmüş ve 29 isyancı ve pek çok asker ölmüştür. Başvurucuların iddiasına göre, çatışmalar bittikten sonra devlet görevlileri yakaladıkları 4 isyancıyı öldürmüşler ve yine yakaladıkları bazı isyancılara işkence yapmışlardır. Hayatta kalan isyancılar, devlet görevlilerinin Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesini ve UİH'u (Uluslararası İnsancıl Hukuku) ihlal ettiklerini ileri sürerek, Komisyona başvurmuşlardır.[4] Komisyon bu kararında önüne gelen olayı sağlıklı bir şekilde karara bağlayabilmek için insancıl hukuktan faydalanması gerektiğini açıkça belirtmiştir. Tabii burada söz konusu olan sıradan bir faydalanma değildir, Komisyon başvuruya neden olan ihlallerin gerçekleştiği çerçeveyi nitelendirmesi gerektiğini düşünmüş ve bu açıdan uluslararası olmayan silahlı çatışma kavramını devreye sokmuştur. Komisyon ayrıca kendisinin neden uluslararası insancıl hukuku uygulamaya yetkili olduğunu da açıklamıştır. Komisyona göre her iki hukuk dalı birbiriyle yakın ilişki içindedir. Öyle ki, bazı durumlarda bu iki hukuk dalı iç içe geçer ve birbirini destekler.[5] Örneğin yaşam hakkı Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinde korunmuştur. Bir insan hakkı olan yaşam hakkı şüphesiz silahlı çatışma dönemlerinde de korunmaktadır. Fakat silahlı çatışma dönemlerinde yaşam hakkının korunması açısından durum muhariplere ve sivillere göre farklılıklar göstermektedir. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi ne sivil ne muharip tanımı içermekte ne de ayırd etme ilkesine ilişkin bilgi vermektedir. Dolayısıyla devreye zorunlu olarak uluslararası insancıl hukuk kuralları girmektedir. Aksi takdirde Komisyon devlet görevlilerinin güç kullanmasından kaynaklanan pek çok başvuruyu incelemeden reddetmek zorunda kalacaktır.[6] Her iki hukuk dalı arasındaki ilişki dışında Komisyon uluslararası insancıl hukuku uygulama yetkisini Sözleşmede yer alan iki ayrı hükme dayandırmaktadır.

İlk olarak, Amerikan Sözleşmesinin tarafı olarak Sözleşmenin 25. maddesi uyarınca bu Sözleşme ya da ilgili devletin anayasası ya da yasalarınca tanınan haklarının devlet görevlileri tarafından ihlal edilmesi durumunda başvurulacak bir iç hukuk yolu öngörmek zorundadır. Dolayısıyla ilgili devletin taraf olduğu Cenevre Sözleşmesinde tanınan bir hakkın ihlali iç hukuk yoluyla giderilemediği takdirde 44. Madde uyarınca bu durum Amerikan İnsan Hakları Komisyonu önünde bir başvuru konusu olabilir. Bundan çıkan sonuç Sözleşmenin kendisinin Komisyona insancıl hukuku uygulama yetkisi verdiğidir.[7]

---

4 Case 11.137, Juan Carlos Abella/Arjantin, 18 Kasım 1997.

5 Abella, par.160.

6 Abella, par.161.

7 Abella, par.163.

İkinci olarak Komisyon, Sözleşmenin daha lehe olan hükmün uygulanmasına ilişkin olan 29(b) maddesine dayanmaktadır. Komisyona göre, Amerikan Sözleşmesinin ve insancıl hukuk belgelerinin birlikte uygulandığı durumlarda Sözleşmenin 29(b) maddesi uyarınca ve uygun olan yerlerde insancıl hukuk kurallarına hukuki etki sağlanmalıdır. 29(b) maddesi Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin hiçbir maddesinin herhangi bir taraf devletin yasalarıyla ya da bu devletin taraf olduğu başka bir sözleşmeyle tanınmış olan bir hakkı ya da özgürlüğü kullanmayı kısıtlar biçimde yorumlanamayacağını belirtmektedir.[8]

Bu maddenin konulmasının amacı taraf devletlerin Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesine dayanarak, bireyin başka uluslararası sözleşmeler çerçevesinde sahip olduğu hakları kısıtlamalarına engel olmaktır. Bu nedenle, aynı ya da benzer bir hakkın hukuki sınırları Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinde ve insancıl hukuk belgesinde farklı şekilde düzenlenmişse Komisyon daha yüksek standartlar koyanı uygulamak zorundadır.[9]

Komisyon Sözleşmeye taraf olan devletlerin en az bir insancıl hukuk sözleşmesine de taraf olduğunu belirtmektedir. Komisyon bundan sonraki bazı kararlarında da insancıl hukuku da kapsayacak şekilde bir inceleme yapmıştır.[10]

UİH'un uygulanması konusunda Amerikan insan hakları sisteminin denetim organlarının yaklaşımı yakın zamana kadar diğer bölgesel ve evrensel insan hakları denetim organlarınınkinden belirgin olarak ayrılmaktaydı. Ne Birleşmiş Milletler insan hakları denetim mekanizmaları, ne Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ne de Afrika Halklar ve İnsan Hakları Komisyonu kararlarında UİH'u bir ölçü norm olarak alma cesaretini gösterebilmişti. Bununla birlikte AİHM 19 Eylül 2008 Korbely/Macaristan ve 17 Mayıs 2010 tarihli Kononov/Letonya kararlarıyla eski çizgisini tamamen terk etmiştir.

Her iki kararı da ayrıntılı olarak incelemeye geçmeden AİHM'nin bu konuya ilişkin eski uygulamasını kısaca hatırlatmak yerinde olacaktır.

1. AİHM'nin UİH'un uygulanmasına ilişkin geleneksel tavrı:

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin kabulünden günümüze dek Avrupa'da çok az sayıda silahlı çatışma yaşandığı için AİHM'nin bu konuya değinecek fazla bir fırsatının olmadığı ileri sürülmüştür.[11]

---

8 Abella, par.165.

9 Loc.cit.

10 Las Palmeras/Kolombiya, 4 Şubat 2000; Bamaca Velasquez/Guatemala, 25 Kasım 2000.

11 Lindsay Moir, The law of internal armed conflict, Cambridge University Press, 2003, p.263.

Bununla birlikte, doktrinde bazı yazarlar AİHM'nin UİH kurallarını gerekli olduğunda üstü kapalı olarak uyguladığını ileri sürmektedir[12]. Bu yazarlara göre gelecekte Mahkeme daha cesur davranıp UİH kurallarına daha geniş bir uygulama sağlayabilir. *Reidy* ve *Heintze* AİHS'nin 2. maddesine ilişkin kararlarda Mahkemenin UİH terimlerini kullandığını ve bunun da AİHM'nin UİH'u uygulama konusundaki niyetini ortaya koyduğunu iddia etmektedirler.

Özellikle Reidy'nin UİH dilinin kullanılmasına örnek olarak gösterdiği Ergi/Türkiye davasında AİHM operasyonun planlanmasının ve kontrolünün *"sadece operasyonun görünen hedefi için değil özellikle sivil halkın yakınında kuvvet kullanılması durumunda arızi hayat kaybı ve yaralanma açısından da (incidental loss, civilian population)"* değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir.

AİHS'nin yaşam hakkını güvence altına alan 2. maddesine göre "1. Herkesin yaşam hakkı yasanın koruması altındadır. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın yerine getirilmesi dışında hiç kimse kasten öldürülemez.

2. Öldürme, aşağıdaki durumlardan birinde kuvvete başvurmanın kesin zorunluluk haline gelmesi sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlali suretiyle yapılmış sayılmaz:

a) Bir kimsenin yasadışı şiddete karşı korunması için;

b) Usulüne uygun olarak yakalamak için veya usulüne uygun olarak tutuklu bulunan bir kişinin kaçmasını önlemek için;

c) Ayaklanma veya isyanın, yasaya uygun olarak bastırılması için".

2. madde 2. fıkrasında güvenlik güçlerinin kuvvet kullanma konusundaki hareket serbestisini belirlemektedir. Bu ise, AİHS'nin başka maddelerinde karşımıza çıkan, ölçülülük ilkesinin uygulamasından başka bir şey değildir. Sınırlamanın sınırlarından biri olarak kabul edilen ölçülülük ilkesine göre sınırlamanın sınırlamada güdülen meşru amacı gerçekleştirmek için yeterli olması; bir başka deyişle aşırıya kaçılmamış olması gereklidir. Aynı şekilde 2. maddenin 2. fıkrasında da güvenlik güçlerinin bu ilkeye uymaları gerektiği düzenlenmektedir.

Buna göre a, b ve c şıklarında sayılan nedenlerin varlığında güvenlik güçleri diledikleri gibi kuvvet kullanma yetkisine sahip değildir. Güvenlik güçleri sadece sayılan meşru amaçları gerçekleştirecek kadar kuvvet kulla-

---

12 Aisling Reidy, The approach of the European Commission and Court of Human Rights to international humanitarian law, RICR, 1998, No. 324, p.513-529; Hans-Joachim Heintze, op.cit., pp.805-812.

nabilirler. Yani 2. fıkraya göre hem meşru bir amacın varlığı, hem kuvvet kullanma yönünde kesin bir zorunluluk bulunması gerekmekte ve bu iki şartın gerçekleşmesi durumunda da kullanılan kuvvetin durumun gereklerivle orantılı olması gerekmektedir. Bu durumda güvenlik güçlerinin kuvvet kullanırken ölçüsüzce davranamayacakları açıktır. Dikkat etmeleri gereken noktalar Ergi kararında da dile getirildiği gibi sivil halka zarar vermeme ve arızi kayıplara neden olmamaktır. Bu iki noktayı doğrudan UİH kurallarına bağlamak ise yanlıştır. Özellikle Mahkemenin "sivil halk" terimini 4 numaralı Cenevre Sözleşmesindeki ve Ek Protokollerdeki anlamında kullandığını ileri sürmek oldukça iddialı bir yaklaşımdır. Kaldı ki AİHM'nin UİH dilini kullanması önüne gelen olayda silahlı çatışmanın varlığını kabul etmesi anlamına gelecektir. Özellikle iç çatışma durumunda AİHM'ne bu yetkiyi tanımak Mahkemeyi tartışmalara yol açacak siyasi kararlar almaya yöneltebilir.[13] Bu durum Türkiye'nin Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3. maddesini uygulamayı reddettiği güvenlik güçleri / PKK çarpışması açısından da önemlidir. Sözleşmeci Devletin ülkesinde Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3. maddesinin uygulanmasını gerektirecek bir silahlı çatışmanın varlığını kabul etmediği durumlarda AİHM'nin insancıl hukuk kurallarını uygulaması olanaksızdır. Dolayısıyla AİHM'nin kararlarında kullandığı "sivil halk"tan, geniş anlamda sivil halk, yani silahlı kuvvetler ve PKK mensubu olmayan halk anlaşılmalıdır. Ayrıca Mahkemenin UİH kurallarını uygulamak istediğini belirten bir gösterge yoktur.

Sözleşmenin açıkça diğer uluslararası sözleşmelere ve daha geniş olarak uluslararası hukuka yollama yaptığı noktalarda UİH'un Mahkeme tarafından gözönüne alınması ise olağandır. Bu durum Sözleşmenin 15. maddesinin uygulanması kapsamında karşımıza çıkabilir. 15. madde Sözleşmede korunan hak ve özgürlüklerin olağanüstü durumlarda askıya alınabilmesine izin vermektedir. Bu maddeye göre:

"1. Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde her Yüksek Sözleşmeci Taraf, ancak durumun gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklere ters düşmemek koşuluyla bu Sözleşmede öngörülen yükümlülüklere aykırı tedbirler alabilir.

2. Yukarıdaki hüküm, meşru savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölüm hali dışında, 2. madde ile 3. ve 4. maddeler (fıkra 1) ve 7. maddeyi hiçbir suretle ihlale mezun kılmaz.

3. Bu maddeye göre aykırı tedbirler alma hakkını kullanan her Yüksek Sözleşmeci Taraf, alınan tedbirler ve bunları gerektiren nedenler hakkında

---

13 AİHM'nin, Sözleşmenin ifade özgürlüğünü garanti altına alan 10. maddesine ilişkin, bazı kararlarında PKK ile ilgili tanımlamaları için v. Zana/Türkiye, 25 Kasım 1997, par.58, Sürek ve Özdemir/Türkiye, 8 Temmuz 1999.

Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne tam bilgi verir. Bu Yüksek Sözleşmeci Taraf, sözü geçen tedbirlerin yürürlükten kalktığı tarihi de Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne bildirir."

2. fıkrada açıkça belirtildiği gibi yaşam hakkının askıya alınması sadece "meşru savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölümler" ile sınırlıdır. Bu fiillerin içeriğini belirlemek ise ancak UİH kurallarına başvurarak mümkündür. Burada dikkati çeken nokta 15. maddenin uygulanmasının Sözleşmeci Devletin bu konuda yapacağı açık bir beyana bağlı olmasıdır. Dolayısıyla olağanüstü durumun varlığını belirleyen AİHM değil, 15. maddeyi kullanmak isteyen Sözleşmeci Devlettir.[14] Dolayısıyla savaş durumunda 15. maddeyi kullanan Devlete karşı 2. maddenin ihlaliyle ilgili olarak bir başvuru yapıldığında AİHM ölüm halinin meşru savaş filleri sonucunda meydana gelip gelmediğini anlamak için UİH kurallarına başvurabilecektir. UİH'un sivil/savaşan, sivil hedef/askeri hedef gibi temel ilkelerinin uluslararası hukukta *ius cogens* haline geldiği gözönüne alındığında aslında uygulananın doğrudan Cenevre sözleşmeleri veya Ek Protokolleri değil, uluslararası hukukun buyurucu kuralları olduğu anlaşılacaktır. Doğaldır ki AİHM'nin bu tür hukuk kurallarını uygulamasında herhangi bir engel yoktur.

Son olarak belirtmek gerekir ki, AİHM Loizidou/Türkiye kararında UİH'a yollama yapmayarak ve en önemlisi Bankovic/Belçika kararında *rationae loci* yetkisizlik kararı vererek UİH kurallarını uygulama konusundaki tavrını açıkça ortaya koymuştur.

2. Bir dönüm noktası: Korbely kararı:

Korbely kararının temelinde Macaristan vatandaşı Korbely'nin 26 Ekim 1956 tarihinde suç teşkil etmeyen bir eylemden dolayı mahkum edilmesinin Sözleşmenin 7. Maddesine aykırı olduğu iddiası yer almaktadır.

Başvurunun konusu kısaca şöyledir: Emekli bir asker olan başvurucu 23 Ekim 1956'da Budapeşte'de Macar Devrimi başladığında Tata askeri akademisinde eğitmenlik yapmaktadır. 26 Ekim 1956'da asiler bir polis merkezinin kontrolünü ele geçirdiklerinde, Korbely subaylardan bir grup oluşturup gerekirse güç kullanarak merkezin kontrolünü asilerden geri almakla görevlendirilir. Korbely kendisine verilen görevi yerine getirmek için hareket ederken asilerin liderinin kendisine silah doğrultması üzerine ateş emri verir. Kendisi de otomatik silahıyla ateş açar. Sonuç olarak asilerin lideri ve ona bağlı olarak hareket eden bazı kişiler yaşamlarını kaybederler.

---

14 AİHM sadece 15. maddeyi uygulayan Taraf Devletin içinde bulunduğu durumun bu maddeyi kullanmasını gerektirip gerektirmediğini inceleme yetkisine sahiptir, örnek olarak v. Brannigan & McBride/İngiltere, 26.5.1993, par.47.

Macaristan, 16 Şubat 1993'te Birleşmiş Milletlerin Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlar Bakımından Kanuni (Zamanaşımı) Sınırlarının Uygulanamazlığına İlişkin Sözleşme hükümlerine dayanarak 1956 olaylarında işlenen bazı suçların zamanaşımına uğramayacağını belirten bir karar alır.

Bunu takiben 27 Aralık 1994'de Budapeşte Askeri Savcılık Bürosu Korbely hakkında bir iddianame hazırlar ve 4 numaralı 1949 Cenevre Sözleşmesinin 3. maddesi uyarınca (ortak 3. madde) insanlığa karşı suçtan cezalandırılmasını ister. 8 Kasım 2001 tarihinde Yüksek Mahkeme Korbely'yi savaş suçu işlediği için mahkum eder.

Başvurucu AİHM önünde mahkumiyetinin Sözleşmenin 7. maddesine aykırı olduğunu iddia ederken kendisine Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3. Maddesinin uygulanamayacağını ayrıca 1956 tarihinde insanlığa karşı suçların zamanaşımına uğramadığına ilişkin bir kural bulunmadığını ileri sürmektedir.

Görüldüğü gibi burada Sözleşmenin 7. maddesi kapsamında iki sorun bulunmaktadır. Bunlardan ilki Korbely'nin söz konusu eylemleri gerçekleştirdiği tarihte bu fiillerin yani adam öldürmenin insanlığa karşı suç teşkil edip etmediğidir. İkincisi ise, insanlığa karşı suçların 1956 tarihinde zamanaşımına uğramadığına ilişkin bir kuralın bulunup bulunmadığıdır. Dolayısıyla AİHM'nin yetkisi ve görevi bu iki noktanın cevabını bulmakla sınırlıdır.

AİHM'nin haklı olarak belirttiği gibi 7. maddeden çıkarılan önemli bir ilke bir suçun açık bir şekilde yasada tanımlanmış olması gereğidir.[15] Bu açıdan Korbely'nin yerel mahkemelerce Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3. maddesine göre insanlığa karşı suç teşkil eden adam öldürme eyleminden mahkum olduğunu göz önünde bulunduran AİHM, söz konusu Sözleşmenin erişilebilirliğini incelemekte ve buna olumlu yanıt vermektedir. Asıl sorun ise bundan sonra başlamaktadır. AİHM öngörülebilirlik başlığı altında iki noktayı sorgulamaktadır: eylem kavramı 1956'da anlaşıldığı şekliyle insanlığa karşı bir suç oluşturuyor mu ve o tarihte asilerin lideri ortak 3. madde kapsamında muhasamata doğrudan katılmayan bir kişi olarak değerlendirilebilir mi?

Oysa ki AİHM'ne sorulan soru açıktır: 1956'da insanlığa karşı suçtan ne anlaşılmaktadır? O tarihte insanlığa karşı suçun bir tanımı var mıdır? Varsa bu tanım nedir? Tanımdan çıkan suçun unsurları nelerdir? Yerel mahkemeler yargılamayı bu unsurları göz önüne alarak mı yapmışlardır? Bu sorular

---

15 Korbely, par.70

AİHM'nin Korbely başvurusundaki yetkisinin sınırlarını çizmektedir. Mahkeme bunun ötesine geçip aslerin liderinin hukuki statüsünün nitelendirilmesi vs. gibi sorunlarla ilgilenemez. Aksi takdirde yerel mahkemelerin yerine geçerek hareket etmiş olur.

İnsanlığa karşı suç karmaşık bir kavramdır. Zaman içinde değişikliklere uğramış ve buna bağlı olarak suçun unsurları değişmiştir. Korbely'nin mahkumiyetine hukuki dayanak teşkil eden Cenevre Sözleşmeleri ne ortak 3. maddesinde ne de başka bir maddesinde insanlığa karşı suçun tanımını vermektedir. Sözleşmelerin ortak 3. maddesinde sayılan eylemlerin insanlığa karşı suç oluşturduğunu gösteren herhangi bir ibare de yoktur. Bu konu asıl olarak 2. Dünya Savaşı sonrasında gerçekleştirilen Nürnberg yargılaması esnasında ele alınmıştır. Daha sonraları ise ihtiyaçlar üzerine kurulan ad hoc mahkemeler, statülerinde, insanlığa karşı suçların tanımını yapmışlardır. Bu kapsamda Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesinin Statüsü insanlığa karşı suçlar başlığı altıda uluslararası ya da uluslararası olmayan silahlı çatışma sırasında işlenen ve sivil halka yönelik sayılı bazı suçları yargılama yetkisi olduğunu öngörmektedir. Maddede sayılan suçlar şunlardır: cinayet, yok etme, köleleştirme, tehcir, hapis, işkence, tecavüz, siyasi, ırka dayalı ve dini nedenlerle zulmetme ve diğer insanlık dışı eylemler.

Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesinin insanlığa karşı suçlar başlığını taşıyan 3. Maddesine göre Mahkemenin, siyasi, etnik, ırka dayalı ve dini nedenlerle sivil halka yönelik geniş ve sistematik bir saldırının parçası olarak işlenen şu eylemleri yargılama yetkisi vardır: cinayet, yok etme, köleleştirme, tehcir, hapis, işkence, tecavüz, siyasi, ırka dayalı ve dini nedenlerle zulmetme ve diğer insanlık dışı eylemler.

Son olarak Uluslararası Daimi Ceza Mahkemesi statüsünde insanlığa karşı suçların tanımı yapılmakta ve suçun unsurları sayılmaktadır.

Dolayısıyla 1956 yılında elimizde dayanak olarak sadece Nürnberg yargılaması vardır. Nürnberg Şartının 6(c) maddesi insanlığa karşı suçları uyarınca insanlığa karşı suçlar silahlı çatışma sırasında veya silahlı çatışmadan önce fakat mutlaka silahlı çatışma ile ilgili olarak söz konusu olabilirler. Ayrıca cinayet, yok etme, köleleştirme, tehcir gibi maddede sayılan eylemlerin işlendiği ülkede iç hukuk açısından bir ihlal oluşturup oluşturmadığının da bir önemi yoktur. AİHM'nin göz önünde bulunduracağı ilk husus, yerel mahkemenin bu tanım ve bu tanımdan çıkan unsurlar doğrultusunda yargılama yapıp yapmadığıdır. İkinci husus ise, suçun işlendiği tarihte insanlığa karşı suçların zamanaşımına uğramayacağına ilişkin bir kuralın varlığını tespit etmektir.

3. Bir dönüm noktası: Kononov kararı

Kononov kararının temelinde Rusya Federasyonu vatandaşı Kononov'un Letonya'nın 27 Mayıs 1944 tarihinde vuku bulan bir askeri harekat sırasında meydana gelen savaş suçlarından dolayı hakkında mahkumiyet kararı vermesinin Sözleşmenin 7. maddesine aykırı olduğu iddiası yer almaktadır.

Başvurunun konusu kısaca şöyledir: 5 Temmuz 1941'de SSCB'nin bir parçası olan Letonya'nın tümü Almanya tarafından işgal edilmiştir. Sınır bölgesinde yaşayan Kononov bunun üzerine SSCB'ye gider ve orduda görev alır. Şubat 1944'te Alman ordusu Mazie Bati'de saklanan Tchougounov komutasında bir grup Kızıl Partizanı ele geçirir ve öldürür. Almanların bu köyde yaşayan bazı kişilere silah temin ettiğini bilen ve köylülerin Almanlara muhbirlik yaptığını düşünen Ruslar, sabotaj ve komando eğitimi almış olan Kononov ve birliğini misilleme yapmak için görevlendirirler. 27 Mayıs 1944'te Wehrmacht üniformasıyla köye giren birlik muhbirlik yaptıklarını düşündükleri kişileri ve bazılarının da ailelerini öldürür. 8 Mayıs 1945'te Letonya tekrar SSCB kontrolüne girer ve Letonya'da kalan Kononov Lenin tarfından ödüllendirilir. Mayıs 1990'da Letonya bağımsızlığını ilan ettikten hemen sonra insan hakları konulu uluslararası belgelere taraf olma konusundaki iradesini ortaya koyar. 12 Ağustos 1996'da Letonya Parlamentosu 1940'daki SSCB'ye ilhakı askeri işgal, 2. Dünya Savaşı sonrasındaki durumu da işgal rejiminin yeniden kurulması olarak niteler. 30 Temmuz 1998'de savcılığın Mazie Bati olaylarıyla ilgili olarak başlattığı soruşturma sonucunda yapılan yargılamada Kononov 1961 tarihli Ceza Kanununun 68-3. maddesi uyarınca işlediği savaş suçlarından dolayı hapis cezasına çarptırılır. Söz konusu Ceza Kanununda 1993 senesinde yapılan bir değişiklikle savaş suçlarında zamanaşımının işlemediği kabul edilmiştir.

Kononov Sözleşmenin 7. maddesine aykırı olarak ceza hukukunun geriye yönelik olarak uygulandığını, 1944'te söz konusu eylemler meydana geldiğinde bunların suç sayılmadığı ve 7. maddenin 2. fıkrasının uygulanamayacağını ileri sürmektedir. 7. maddenin 1. fıkrası kişiyi vuku bulduğu tarihte ulusal ya da uluslararası hukuk tarafından suç sayılmayan fiilinden ya da ihmalinden dolayı cezalandırılmaktan korumaktadır. O halde burada sorulması gereken soru 27 Mayıs 1944'te Kononov'a atfedilen eylemlerin ulusal ya da uluslararası hukukta suç teşkil edip etmediğidir. 7. maddenin 2. fıkrası ise 1. fıkra hükmünün, vuku bulduğu tarihte medeni uluslarca tanınan hukukun genel ilkeleri uyarınca suç kabul edilen eylem ya da ihmallerden dolayı kişinin cezalandırılmasına engel olamayacağını düzenlemektedir. Demek ki diğer bir soru da 1944'deki eylemlerin o tarihte medeni uluslarca tanınan hukukun genel ilkelerine göre suç sayılıp sayılmadığıdır.

Daire başvuruyu 1. fıkra kapsamında incelemiştir. Daireye göre konuyla ilgili olan 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve 1977 tarihli Ek Protokoller

söz konusu olaydan sonra kabul edildikleri için bu olaya uygulanamazlar. Bununla birlikte 1907 tarihli Lahey Sözleşmesi 1944'te evrensel bir nitelik kazanmış durumdadır ve hükümleri *ius in bello*'nun temel teamüli kurallarını oluşturdukları ölçüde olaya uygulanır. Daire bu noktada Mazie Bati baskınında ölenleri insancıl hukuktaki statüleri açısından incelemiş ve ölen erkeklerin savaşan konumunda olduklarını belirttikten sonra kadınların da Almanlarla işbirliği yapmış olmaları durumunda erkeklerle aynı statüde olduklarını belirtmiştir. Aksi takdirde bu kadınların operasyon sırasında aşırı güç kullanımı sonucunda öldüklerini kabul etmek gerekir. Bu öldürme olayı ise, Daireye göre, 10 yıllık süre sonunda 1954'te zaman aşımına uğramıştır. Dolayısıyla Daire 7. maddenin Letonya tarafından ihlal edildiğine karar vermiştir.

Büyük Daire önüne gelen olayda ilk olarak, 1944 yılında, Kononov'un mahkum olduğu suçlara ilişkin açık bir hukuki temel bulunup bulunmadığını araştırmıştır. Büyük Daireye göre Kononov'un mahkumiyeti ulusal değil uluslararası hukuka dayanmaktadır ve bu açıdan incelenmelidir.[16] Büyük Daire daha sonra Dairenin yolunu izlemiş ve Mazie Bati olaylarında ölenlerin UİH açısından ne şekilde nitelendirilmesi gerektiğini araştırmıştır. Vardıkları sonuçlar birbirinin zıttı da olsa Dairenin ve Büyük Dairenin olayı ele alışındaki yanlışlık aynıdır. Her iki organ da kendi rollerini bir kenara bırakıp iç hukuktaki bir temyiz merci olarak hareket etmektedir.

Kononov'un Letonya'nın AİHS'ni ihlal ettiğini iddia ederek AİHM'ne başvurmasının sebebi sözkonusu eylemleri gerçekleştirdiği tarihte bu eylemlerin zaman aşımına uğramayacağına ilişkin bir kuralın bulunmamasıdır. Dolayısıyla AİHM'nin yapacağı tespit de böyle kuralın varlığını araştırmakla sınırlıdır. Asıl meseleyi bir yana bırakıp 27 Mayıs 1944'te meydana gelen olayların bir savaş suçu olup olmadığını incelemek açıkça yerel mahkemelerin yerine geçip karar vermek demektir ki AİHM'nin böyle bir yetkisi olmadığı açıktır. Üstelik bu hususu AİHM, neredeyse her başvuruda bir kalıp olarak dile getirmektedir.

AİHM 1944'deki olayların savaş suçu oluşturduğu yönündeki yerel mahkeme kararıyla bağlıdır. Oysa Büyük Daire olayı ilk olarak m. 7/1 çerçevesinde ele alıp 27 Mayıs 1944'deki hukuki durum gözönünde bulundurulduğunda başvurucuyu savaş suçlarından mahkum etmek için yeteri kadar açık bir hukuki dayanak bulunup bulunmadığını tespit etmesi gerektiğini düşünmektedir. Bu doğrultuda, Büyük Daire işe başvurucunun ve köylülerin hukuki statülerini incelemekle başlamaktadır. Büyük Daire sadece bununla da yetinmemekte, yerel mahkemelerin gözönünde bulundurmadıkları bir hususun da kendi gözünden kaçmadığının altını çizmektedir: Başvurucunun ve

---

16 Kononov, par.196.

birliğinin mensuplarının saldırı esnasında Wehrmacht üniforması giymiş olmaları. Büyük Daire Kononov'un ve birliğinin mensuplarının savaşan olduğunu kabul etmektedir. Köylülerden ise doğrudan muhasamata katılanların korumalarını kaybettiklerini belirtmektedir.

Büyük Daire bir sonraki adımında ise savaş suçlarının 1944'te faillerin şahsi sorumluluğuna yol açıp açmadığı sorusuna cevap aramıştır. Bu kapsamda 1863 Lieber Kodundan başlayıp Nürnberg yargılamasına kadar geçen sürede konunun ne şekilde geliştiğini incelemiştir.

AİHM üçüncü olarak başvurucunun mahkum olduğu savaş suçlarını incelemiştir. AİHM yerel mahkemelerin 1907 Lahey Sözleşmesinin 23. Maddesine[17] dayanmalarını yerinde bulmaktadır. AİHM'ne göre ölen köylüler muhasamata doğrudan katılan sivil ya da savaşan olarak değerlendirilebilseler dahi, Kononov'un Mazie Bati'ye yapılan saldırıdan dolayı mahkum olması açısından uluslararası hukuk 1944'teki haliyle oldukça açıktır.[18]

Büyük Daire asıl soruna yani zaman aşımına ilişkin meseleye kararının sonunda değinmiştir. Büyük Daireye göre uluslararası hukuk 1944'te bu konuda sessizdir.[19] Büyük Daire burada akıl almaz bir gerekçeyle Kononov'un mahkum olduğu savaş suçlarının zamanaşımına uğramayacağına karar vermektedir. Gerekçesi ise ne 1944'te ne de daha sonra uluslararası hukukun savaş suçları açısından zaman aşımını öngörmesidir! Büyük Daire daha da ileri giderek Kononov'un eylemleri esnasında bu eylemlerden dolayı yargılanabileceğini öngörebilecek durumda olduğunu kabul etmektedir. Büyük Daire Kononov'un, bu eylemlerin üzerinden 50 yılı aşkın süre geçtikten sonra yargılanabileceğini -üstelik uluslararası hukuk bu konuda sessiz kalmışken- bilebilecek durumda olduğunu kabul etmektedir.

---

17 Özel sözleşmelerle getirilen yasaklara ek olarak, aşağıdakiler özellikle yasaktır:
Zehir ve zehirli silahlar kullanmak,
Düşman orduya ya da ulusa ait kişilerin haince öldürülmesi ya da yaralanması,
Silahlarını bırakmış ya da artıl kendisini savunacak imkanı kalmamış, teslim olmuş bir düşmanı öldürmek ya da yaralamak,
Gereksiz acı vereceği hesaplanan silahların, mermilerin ve malzemenin kullanılması,
Ateşkes bayrağının, ulusal bayrağın, askeri rütbenin ve düşman üniformasının, ayrıca Cenevre Sözleşmelerinin ayırt edici işaretlerinin uygunsuz kullanımı,
Bu imha ve el koyma savaşın gereklerince zorunlu olmayan durumlar hariç, düşmanın malını imha etmek ya da bu mala el koymak.
Düşman tarafın uyruklarının haklarının ve eylemlerinin ortadan kaldırıldığını, askıya alındığını ve kabul edilemez olduğunu bir mahkemede ilan etmek yasaktır.
Aynı şekilde, savaşın tarafın düşman tarafın uyruklarını, bunlar savaşın başlamasından önce savaşan tarafın hizmetinde olsalar bile, kendi ülkelerine yönelik savaş operasyonlarında yer almaya zorlaması yasaktır.

18 Kononov. par.227.

19 Kononov, par.231.

Savaş suçlarının zamanaşımına tabi olup olmadıkları sorunu bu tür bir gerekçeyle bertaraf edilemeyecek kadar karmaşık bir sorundur. İlk olarak belirtmek gerekir ki, uluslararası hukukun en önemli kaynağını oluşturan 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve bu Sözleşmelerin 1977 tarihli Ek Protokolleri savaş suçlarında zaman aşımının işleyip işlemediği konusunda herhangi bir şey söylememektedir. Bu konu ilk olarak 26 Kasım 1968'de imzaya açılan ve 11 Kasım 1970'de yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlar Bakımından Kanuni (Zamanaşımı) Sınırlarının Uygulanamazlığına İlişkin Sözleşmede ele alınmıştır. Bu Sözleşmenin 1. maddesinin a) bendi 12 Ağustos 1949 tarihli Savaş Mağdurlarının Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmelerinde sayılan ağır ihlallere ve 8 Ağustos 1945 tarihli Nürnberg Uluslararası Ceza Mahkemesinde tarif edildiği şekliyle savaş suçlarına, işlendikleri tarihe bakılmaksızın zamanaşımı kurallarının uygulanmayacağını öngörmektedir.

Benzer bir düzenleme Avrupa Konseyi çatısı altında da yapılmıştır. 25 Ocak 1974'te imzaya açılan ve 27 Haziran 2003'te yürürlüğe giren İnsanlığa Karşı Suçlar ve Savaş Suçları Bakımından Kanuni (Zamanaşımı) Sınırlarının Uygulanmazlığına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 1. maddesinin 2. fıkrasına göre 3. Cenevre Sözleşmesinin 130. maddesinde sayılan Cenevre Sözleşmelerinin ağır ihlalleri için zamanaşımının işlememesi için iç hukuklarında gerekli düzenlemeyi yapmak zorundadırlar.

Yargıç Kalaydjieva ve Yargıç Poalelungi'nin de katıldıkları Yargıç Costa'nın karşı oy yazısı bu durumu açıkça tespit etmektedir. Buna göre AİHM kendisini yerel mahkemenin yerine koyamaz. Diğer bir deyişle, AİHM ne bir dördüncü derece mahkemesi ne de bir uluslararası ceza mahkemesidir. Bu nedenle 27 Mayıs 1944 tarihinde Mazie Bati'de meydana gelen olayları yeniden yargılayamaz. Mahkeme sadece başvurucuya uygulanan cezanın hukukiliğini ve geriye yürümezliğini incelemekle yetkilidir.[20]

SONUÇ

AİHM bu kararlarda yetkisini AİHS ile sınırlandırmamış, başta 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri olmak üzere insancıl hukuku da yetki alanına sokmuştur. Üstelik bunu yaparken Amerikan İnsan Hakları Komisyonu gibi bir hukuki dayanak arayışı içine de girmemiştir. AİHM bu iki kararında sadece uygulayacağı hukuk açısından değil aynı zamanda başvuruyu inceleme usulü açısından da bir adım ileriye gitmiş ve kendisini açıkça yerel mahkemelerin yerine koyarak olguları yeniden değerlendirmiştir. Üstelik bunu da hatasız yapmamıştır.

---

20 Kononov, par.5.

Alman Ceza Yargılama Hukukunda İstinaf Yasayolu

*Ali Rıza ÇINAR**

GİRİŞ

Bu incelememizdeki konumuz, "Alman Ceza Yargılama Hukukunda" olağan yasayolu olarak yer alan "istinaf yoludur".

Konumuzu oluşturan yasayolu olarak "istinaf"ın daha iyi anlaşılması bakımından önce, Alman adli yargı ceza mahkemelerinin kuruluş ve görevleri açıklanmıştır. Alman mahkemeleri ile yasayolları şema biçiminde gösterilmiştir. Alman ceza yargılama hukukuna göre ilk derece, istinaf ve temyiz mahkemesi olarak görev yapan tüm mahkemeler tek tek incelenerek, bunların görev ve yetkileri açıklanmıştır.

İncelememizin asıl (esas) konusunu oluşturan Alman ceza yargılama hukukunda istinaf, ele alınarak ayrıntılı bir biçimde incelenmiştir.

İstinaf kavramı üzerinde durularak tanımı yapılıp, istinaf yolunun niteliği ve istinaf yoluna hangi mahkemelerin kararlarına karşı başvurulabileceği açıklanmıştır.

Yasayollarına başvurma hakkı bulunanlar, yasayoluna başvuruda yanılma, yasayoluna başvurunun etkileri, yasayoluna başvurudan vazgeçme ve önceden yapılan başvuruyu geri alma konuları ele alınarak incelenmiştir.

İstinaf davası açma koşulları ile hükmü veren ilk derece mahkemesince istinaf koşullarının incelenmesi üzerinde durularak açıklanmıştır. İstinaf mahkemesi, istinafın kabul edilmesi, istinaf davası/başvurusu koşullarının istinaf mahkemesince incelenmesi konularına değinilmiştir. İstinaf mahkemesinde, istinaf yargılamasının yapılması konusu da incelenmiştir. Bu bağlamda, istinaf mahkemesinin duruşma hazırlığı, duruşma devresi ve sanığın açtığı istinaf duruşmasına gelmemesi konuları üzerinde durularak açıklan-

---

* Doç. Dr., Yargıtay Üyesi.

mıştır. İstinaf mahkemesinin verebileceği (usul ve esasa ilişkin) kararlar, aleyhe değiştirme yasağı (Verbot der reformatio in peuis) ve istinaf mahkemesi kararlarının istinaf davası açmamış sanıklara etkisi ele alınarak incelenmiştir. Son olarak bu bölümde, istinaf mahkemesi kararlarına karşı yasayolları açıklanmıştır.

İncelememizin sonuç kısmında ise, Almanya'da istinafın hukuk politikası bakımından değerlendirilmesi ana hatlarıyla belirtilmiştir.

I. ALMANYA'DA ADLİ YARGI CEZA MAHKEMELERİNİN KURULUŞU VE GÖREVLERİ

Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası'nda (Grundgesetz=GG), mahkemelerin kuruluşuna ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir[1] (GG m.92-104).

Alman ceza yargılama hukukunda, adli yargı ilk derece ceza mahkemeleri, madde (görev) yönünden yetkilerine göre üç basamaklıdır.

Adli Yargı Mahkemeler Kuruluş Yasası [Gerichtsverfassungsgesetz (GVG)] ceza mahkemelerini; Asliye (Amtsgericht), Eyalet (Landgericht), Yüksek Eyalet Mahkemesi (Oberlandesgericht) olarak ayırmıştır (GVG m.12).

Alman hukukunda, mahkemelerin madde (görev) yönünden yetkileri Mahkemeler Kuruluş Yasası'na (GVG) göre belirlenmektedir[2].

Ayrıca bu yasada, ilk derece mahkemesi olarak değil de, temyiz yargılama makamı olarak görev yapan, federal tek ceza mahkemesi olan Federal Yargıtay'a (Bundesgerichtshof) yer verilmiştir[3].

Almanya'daki ceza mahkemelerinin örgütlenme sistemi ve yasayolları ile ilgili aşağıdaki şekle bkz[4].

---

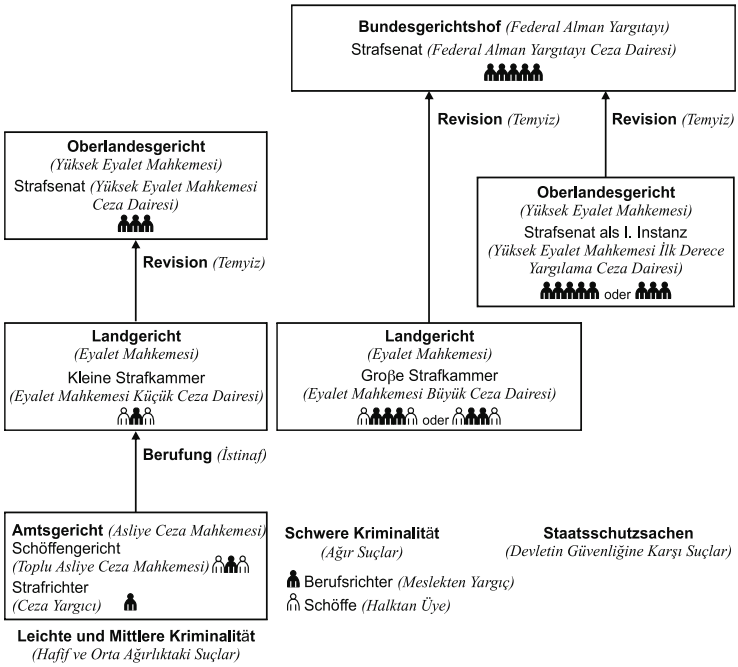
1 VOLK, Klaus., Grundkurs StPO, 5.Auflage, München 2006, s. 9, 10, § 5, Rn.1, 2, 3

2 VOLK., s.11, § 5, Rn.6

3 VOLK., s.11, § 5, Rn. 6

4 Bu şekil Federal Alman Yargıtay'ının (Bundesgerichtshof) web sitesinden alınmıştır. [(www.bundesgerichtshof.de/broschuereBGH.pdf) s.4 (s.1-36)]

Der Instanzenzug in Strafsachen
(Alman Ceza Mahkemeleri Örgütlenme Sistemi ve Yasayolları)



1. Asliye Mahkemesi (Amtsgericht)

Mahkemeler Kuruluş Yasası'na göre, Asliye Mahkemesi (Amtsgericht) en alt basamakta yer alan bir mahkemedir. Bu nedenle yalnızca ilk derece (esas/olay) mahkemesi olarak yetkilidir.

Asliye Mahkemesi'nin (Amtsgericht) madde (görev) yönünden hangi ceza dava ve işlere bakacağı Mahkemeler Kuruluş Yasası'nda gösterilmiştir (GVG m.24). Buna göre, Eyalet Mahkemesi'nin (GVG m.74/II, 74a) ve Yüksek Eyalet Mahkemesi'nin (GVG m.120) görevleri dışında kalan ceza davalarına ve işlere Asliye Mahkemesi'nce bakılır (GVG m.24/I, 1).

Somut olayda dört yıldan fazla özgürlüğü bağlayıcı cezaya (hapis cezasına) ya da tek başına veya diğer bir ceza ile birlikte sanığın bir psikiyatri kliniğine yatırılmasına ya da güvenlik önlemine hükmedilmesi (bir kurumda gözlem altında tutma), beklenmeyen durumlarda, bu durumdaki ceza dava ve işlere bakma görevi Asliye Ceza Mahkemesi'ne aittir (GVG m.24/I, 2, II).

Asliye Mahkemesi'nin (Amtsgericht), "Ceza Yargıcı" (Strafrichter) ve "Toplu Asliye Mahkemesi" (Schöffengericht) olmak üzere iki dairesi bulunmaktadır.

Bu yargılama makamlarının yalnızca ilk derece mahkemesi olarak yetkileri vardır[5].

a. Ceza Yargıcı (Strafrichter)

Tek yargıç görev yapmaktadır. Ceza yargıcı (Strafrichter), yalnızca hafif suçlarda (Die leichtere Kriminalität) yargılama yapmaya yetkilidir. Şahsi dava yoluyla kovuşturulması mümkün olan suçlarla ilgili ceza davalarına bakma görevi, ceza yargıcınındır (GVG m.25/I).

Hükmedilmesi beklenen ceza, iki yıldan fazla özgürlüğü bağlayıcı ceza değilse, bu tür suçlarla ilgili dava ve işlere ceza yargıcı (strafrichter) bakmakla görevlidir (GVG m. 25/II).

Sonuç ceza olarak da, dört yıla kadar özgürlüğü bağlayıcı ceza (hapis cezası) vermeye ceza yargıcı (Strafrichter) yetkilidir[6].

b. Toplu Asliye Mahkemesi (Schöffengericht)

Toplu Asliye Mahkemesi (Schöffengericht) orta ağırlıktaki (Die mittlere Kriminalität) suçlarda ilgili dava ve işlere karar vermeye yetkilidir[7].

Toplu Asliye Mahkemesi, Asliye Mahkemesi (Amtsgericht) yanındaki yargıcın başkanlığında, iki halktan yargıç üye (schöffe) ile kurulur (GVG m.29/I).

Özellikle kapsamlı davalarda savcılığın isteği üzerine kural olarak bir meslekten yargıç daha mahkemeye katılabilir (GVG m.29/I). Bu takdirde bu mahkemeye genişletilmiş Asliye Mahkemesi (erweitertes Schöffengericht) adı verilir[8].

Ceza yargıcı (Strafrichter) yetkili değilse ve özellikle iki yıldan fazla özgürlüğü bağlayıcı ceza verilmesi gerekiyorsa Toplu Asliye Ceza Mahkemesi yetkilidir[9].

Kısacası, temel olarak iki yıla kadar özgürlüğü bağlayıcı ceza öngörülen/beklenen davalarda ceza yargıcı (Strafrichter) karar vermeye yetkilidir.

---

5 BEULKE, Werner., Strafprozessrecht, 6.neu bearbeitete Auflage, Heidelberg 2002, 6. Auflage, s. 21, § 3, n.39.

6 BGH NStZ 1985, 470; VOLK., s.12, § 5, Rn.10; BEULKE., 6. Auflage, s.21, § 3, Rn.39.

7 VOLK., s. 12, § 5, Rn.11.

8 BEULKE., 6. Auflage, s.21, 22, § 3, Rn. 40; VOLK., s.12, § 5, Rn.11.

9 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ÇINAR, Ali Rıza., Türk ve Alman Ceza Yargılama Hukukunda İstinaf, Ankara 2010, s.48, 49.

Toplu Asliye Ceza Mahkemesi ise iki yıldan dört yıla kadar cezayı gerektiren davalara bakmaya yetkilidir[10].

2. Eyalet Mahkemesi (Landgericht)

Eyalet Mahkemesi'ndeki birimlere/makamlara "ceza daireleri" (Strafkammer) adı verilmektedir.

Eyalet Mahkemesi'nin (Landgericht), ilk derece mahkemesi olarak karar vermeye yetkili olan dairesi, "Büyük Ceza Dairesi'dir" (Die groβe Strafkammer). Büyük Ceza Dairesi, Alman Adli Yargı Mahkemeleri Kuruluş Yasası'na (GVG) göre, üç meslekten yargıç ve iki halktan yargıcın (Schöffe) katılımı ile kurulmaktadır (m.76 I/1).

Eyalet Mahkemesi'nin Büyük Ceza Dairesi madde (görev) yönünden şu davalara bakmaya yetkilidir (GVG m.74/I):

Asliye Ceza Mahkemesi (Amtsgericht) ve Yüksek Eyalet Mahkemesi'nin (Oberlandesgericht) yetki alanına girmeyen tüm ağır suçlarla/cürümlerle (alle Verbrechen) ilgili davalara bakmaya yetkilidir. Özellikle dört yıldan fazla özgürlüğü bağlayıcı ceza (hapis cezası) verilmesi öngörülen davalara da bakmaya yetkilidir. Başka bir söyleyişle, cürümler[11] (Verbrechen) dışındaki tüm suçlarda (straftaten=vergehen) dört yıldan fazla ceza verilmesi beklenen davalara bakmaya yetkilidir. Ayrıca cürüm (verbrechen) dışındaki diğer suçlarda/cünhalarda (vergehen), dört yıldan fazla özgürlüğü bağlayıcı ceza verilmesi beklenmeyen davalarda ise, savcı özellikle olayın öneminden dolayı davayı Eyalet Mahkemesi'ne açmışsa bu davaya bakmaya yetkilidir. Başka bir söyleyişle, Eyalet Mahkemesi'nin (Landgericht), madde (görev) yönünden yetkisine girmeyen ve Asliye Mahkemesi'nin (Amtsgericht) yetkisine girip de, savcının işin önemi nedeniyle Eyalet Mahkemesi'ne (Landgericht) açtığı davalara bakar (GVG 74/II).

Asliye Mahkemesi'nin (Strafrichter und Schöffengericht) kararlarına karşı istinaf yasayoluna başvurulduğunda Eyalet Mahkemesi'nin bir küçük dairesi, "istinaf mahkemesi" olarak bu kararları incelemeye yetkilidir (GVG m.74/III). Bu daire de, bir meslekten yargıç ile iki halktan üye yargıçtan (Schöffe) kurulur (GVG m. 76/I).

---

10 BEULKE., 6. Auflage, s.21, § 3, Rn.39.

11 YENİSEY, Feridun/PLAGEMANN, Gottfried., Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB) (Almanca Metin, Türkçe Çeviri ve Sözlük), İstanbul 2009, s.14: Madde 12. Cürüm (Verbrechen) ve cünhalar (Vergehen)
(1) Alt sınırı bir yıl veya daha fazla hapis cezası tehdidi altına alınmış olan hukuka aykırı fiiller, cürümdür (verbrechen).
(2) Alt sınırı daha az hapis cezası veya para cezası tehdidi altına alınmış olan hukuka aykırı fiiller, cünhadır (Vergehen).

3. Yüksek Eyalet Mahkemesi (Oberlandesgericht)

Yüksek Eyalet Mahkemesi, Mahkemeler Kuruluş Yasası'nda yazılı devletin güvenliğine karşı işlenen suçlara ilk derece mahkemesi olarak bakmaya yetkilidir (GVG m.120/1). Ayrıca Mahkemeler Kuruluş Yasası'nın 74 a maddesinin 1. bendinde sayılan ve belirli ölüm eylemlerinde (GVG m. 120/2) Federal Başsavcı olayın öneminden dolayı davayı Yüksek Eyalet Mahkemesi'nde açmışsa, bu davalara da ilk derece mahkemesi olarak bakmaya yetkilidir[12].

İlk derece mahkemesi olarak, Yüksek Eyalet Mahkemesi yargılama yapacaksa, beş yargıçtan kurulur (GVG m.122 II).

Yüksek Eyalet Mahkemesi, temyiz (Revision) yasayoluna başvurulan kararları inceleyecekse, üç meslekten yargıcın katılımı ile oluşur. Asliye Ceza Mahkemesi'nin (Amtsgericht) istinaf yasayoluna başvurulmadan doğrudan temyiz yasa yoluna başvurulan kararlarını (über Sprüngrevision gegen urteiles Amtsgerichts), Yüksek Eyalet Mahkemesi temyiz mahkemesi olarak inceler. Eyalet Mahkemesi'nin istinaf mahkemesi olarak verdiği kararlara karşı temyiz yasayoluna başvurulması durumunda bunları da temyiz mahkemesi olarak inceler[13].

Az sayıda da olsa, eyalet güvenliğinin ihlali nedeniyle Eyalet Mahkemesi'nin bir ceza dairesinin ilk derece mahkemesi olarak verdiği bu kararın temyiz edilmesi durumunda, buna karar vermeye de Yüksek Eyalet Mahkemesi yetkilidir (GVG m.121/I).

Eyalet Mahkemesi'nin ara kararlarına karşı itiraz yasayoluna başvurulmuşsa (Beschwerde), Yüksek Eyalet Mahkemesi, itiraz makamı olarak bunu inceler (GVG m.121/I, 2, 3)[14].

4. Federal Yargıtay (Bundesgerichtshof)

Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası'nda, anayasal bir kurum olarak yüksek mahkemeler içinde Federal Temyiz Mahkemesi olarak Federal Yargıtay'a (Bundesgerichtshof) yer verilmiştir (GVG m.95/1).

Federal Yargıtay'da on iki hukuk dairesi (Zivilsenate) ve beş ceza dairesi (Strafsenate) bulunmaktadır. Her daire beş meslekten yargıçla toplanır.

---

12 KÜHNE, Hans-Heiner., Strafprozessrecht, 8., völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Heidelberg 2010, s.91, 92, § 5, Rn. 127; VOLK., s.13, § 5, Rn.14; BGH 46, 238 (rechtsextremistische Taten); BGH NStZ 2002, 447.

13 VOLK., s.15, § 5, Rn.18.

14 VOLK., s. 16, § 5, Rn. 18.

Başka bir anlatımla, Federal Yargıtay'da bulunan bir daire, temyiz davası hakkında beş üye (Mitgliedern) ile (başkan dahil) karar vermektedir[15] (GVG m.139/I). Federal Yargıtay, Almanya'nın Karlsruhe adlı şehrinde bulunmaktadır (GVG m. 123). Beş ceza dairesinden dördü Karlsruhe'de, bir ceza dairesi ise Leipzig'de bulunmaktadır.

Yargıtay Ceza Dairelerinin (Strafsenate) görevi, Eyalet Mahkemelerinin ceza daireleri (Strafkammern) ile Ağır Ceza Mahkemelerinin (Schwurgerichte) ve Yüksek Eyalet Mahkemesi'nin ilk derece mahkemesi olarak vermiş olduğu kararlarına karşı, temyiz yasayoluna başvurulduğunda, temyizen bu kararları incelemektir (GVG m.130, 135/1; StPO m.333).

Belirli itirazlar hakkında da üç yargıçla toplanarak karar verir (GVG m.135/II, 139/II).

Federal Alman Yargıtayı'nda bulunan on iki hukuk ve beş ceza dairesi ile bir de yardımcı dairede toplan 128 yargıç (1 Temmuz 2009 tarihindeki duruma göre) görev yapmaktadır[16]. Yardımcı daire 1 Şubat 2009 tarihinde kurulmuştur. Federal Yargıtay'da görev yapan yargıçlar ile diğer çalışanlarla birlikte toplam personel sayısı ise 429'dur.

II. İSTİNAF KAVRAMI

Alman hukukunda istinaf karşılığı olarak kullanılan terim "Berufung" olup, görev vermek, görevlendirmek anlamına gelen "berufen" sözcüğünden gelmektedir[17]. "Berufen" kelimesinin asıl anlamı, "çağırma, haykırma"dır.

III. İSTİNAF YOLUNUN NİTELİĞİ

İstinaf yolu, Asliye Ceza Mahkemesi'nin (Amtsgericht) sonkararlarına/hükümlerine karşı öngörülmüş olan, olağan bir yasayoludur. Asliye Ceza Mahkemesi (Amtsgericht) daima Almanya'da ilk derece mahkemesi olarak görev yapmaktadır. Bu nedenle ilk derece mahkemesi olarak görev yapan Asliye Ceza Mahkemesi'nin kararlarına karşı istinaf yoluna gidilebilmektedir[18]. Bu durum, Alman Ceza Yargılama Yasası'nın 312. maddesinde ceza

---

15 BEULKE., 6. Auflage, s.27, § 3, Rn.53.

16 http://www.bundesgerichtshof.de(broschuereBGH.pdf) s. 12 (s.1-36).

17 YENİSEY, Feridun., Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf ve Tekrar Kabulü Sorunu, İstanbul 1979, s.7; Ayrıca ayrıntılı bilgi için bkz. ÇINAR., s.189, 190.

18 LEMKE, Michael/JULIUS, Karl-Peter/KREHL, Christoph/RAUTENBERG, Erardo Cristoforo/KURTH, Hans-Joachim/TEMMING, Dieter., Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung., 2. neu bearbeitete Auflage, Heidelberg 1998, s.1203, 1204, § 312, Rn.3; KÜHNE., s.621, § 63, Rn. 1039; BEULKE, Werner., Strafpro-

yargıcının (des Strafrichters) ve Toplu Asliye Ceza Mahkemesi'nin (des Schöffengerichts) kararlarına karşı istinaf yoluna gidilebileceği biçiminde düzenlenmiştir.

Başka bir anlatımla, ilk derece mahkemesi olan Asliye Ceza Mahkemesi'nin (Amtsgerichts) dairesi olarak ceza yargıcının (Strafrichter) ve Toplu Asliye Ceza Mahkemesi'nin (Schöffengericht) verdiği sonkararlara / hükümlere karşı istinaf yoluna (Berufung) başvurulabilmektedir.

Eyalet Mahkemesi'nin (Landgericht) ve Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin (Oberlandesgericht) ilk derece mahkemesi olarak verdiği son kararlara / hükümlere karşı yalnız temyiz yoluna (Revision) başvurulabiliyor[19]. Böylece, Asliye Ceza Mahkemesi'nin (Amtsgericht) sonkararlarına /hükümlerine karşı istinaf yolu olan ikinci derece yasayoluna başvurulabildiği halde, Eyalet (Landgericht) ve Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin (Oberlandesgericht) ilk derece mahkemesi olarak verdiği sonkararlara /hükümlere karşı ise yalnızca temyiz yolu olan "hukuki derece" yasayoluna başvurma olanağı bulunmaktadır.

Almanya'da istinaf (Die Berufung), ilk derece mahkemesince verilen sonkararların/hükümlerin maddi ve hukuki yönden gerektiğinde duruşma (Hauptverhandlung) yapılarak denetimini sağlayan yasayoludur[20]. Ayrıca, istinaf yargılamasının, hem yeni bir yargılama (muhakeme) hem de sonkararı denetleme (kontrol) yargılaması olduğu, Alman hukukunda kabul edilmektedir[21].

İstinaf yasayolunda, atılı eylemin sanık tarafından işlenip işlenmediği maddi sorunu incelenir. Sanık tarafından gerçekleştirilmiş olan eyleme hangi cezanın verilmesi gerektiği, eylemin suç oluşturup oluşturmadığı sorunu ve yargılamanın yöntemine uygun yürütülüp yürütülmediği hukuki sorunu incelenmektedir. İstinaf derecesinde temyizde olmayan ikinci defa öğren-

---

zessrecht, 9.neu bearbeitete Auflage, Heidelberg 2006, s.322, § 28, Rn. 548; VOLK., s.302, § 35, Rn. 1; KINDHAUSER, Urs., Strafprozessrecht, Baden-Baden 2006, s.345, § 30, Rn. 1.

19 KINDHAUSER., s. 345, § 30, Rn. 3; KÜHNE., s.621, 622, § 63, Rn. 1039.

20 RUPING, Hinrich., Das Strafverfahren, 3. Auflage, Hannover, 1997, s.194, Rn. 612.

21 KREY, Volker., Deutsches Strafverfahrenrecht, Band 2, Stuttgart 2007, § 35, Rn. 1203; ROXIN, Claus., Strafverfahrensrecht, 20 Auflage, München 1987, s. 429, § 52, Rn. 1; MEYER-GOSSNER, Lutz., Strafprozeβordnung Mit GVG und Nebengesetzen 52. Auflage, München 2009, s. 1208, § 312, Rn. 1; VOLK., s. 302, § 35, Rn. 3; YENİSEY., İstinaf, s.61; CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide., Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 6. Bası, İstanbul 2008, s.720; ZAFER, Hamide., "Türk Ceza Muhakemesi 1999 Öntasarı'sının Kanun Yolları Açısından Değerlendirilmesi", Ceza Hukuku Reformu, İstanbul 2001, s.297, 298.

me yargılaması yapılabilmektedir. Kanıtlarla bizzat temasa geçilerek olay yargılaması yapılabilmekte (StPO m.312-332), yeni kanıtlar sunulabilmektedir (StPO m.323/III)[22]. Mahkemece verilen kararın tamamına ya da bir kısmına karşı istinaf yoluna başvurma olanağı bulunmaktadır. Bu nedenle istinaf incelemesi buna göre yapılır. Sanık, istinaf başvurusunda kararın belirli noktalarına karşı sınırlayarak yasayoluna gittiğini belirtmemişse, istinaf mahkemesince, kararın tamamı hem maddi hem de hukuki yönden incelenir[23].

IV. İSTİNAF YASAYOLUNA BAŞVURULABİLECEK KARARLAR

Yasayoluna gidebilmenin ilk koşulu, yasada bunun öngörülmüş olması gerektiğidir. Alman Ceza Yargılama Yasası'nın 312. maddesi uyarınca, ceza yargıcının (GVG m.25) ve Toplu Asliye Ceza Mahkemesi'nin (GVG m.24) kararlarına karşı istinaf yoluna başvurulabilir[24].

İstinaf yasayolu, Asliye Ceza Mahkemesi'nin (Amtsgericht) yargıçlık ve mahkeme ayrımı yapılmaksızın, bütün yargılama makamı sonkararlarına (hükümlerine) ve arakararlarına karşı tanınmıştır. Maddi ve hukuki inceleme, sonkarar/hüküm olmayan yargılama makamı kararları açısından yapıldığında, itiraz (Beschwerde), sonkarar/hükümler açısından yapıldığında ise istinaf yasayolu (Berufung) adı verilmektedir. Alman ceza hukuku da bu ayrımı kabul etmiştir[25].

Hükümdeki feri kararlara karşı istinaf yerine acele itiraz yoluna başvurma olanağı bulunmaktadır[26].

V. YASAYOLUNA BAŞVURMA HAKKI OLANLAR

Kimlerin istinaf yoluna başvurma hakkı bulunduğuna ilişkin yetki genel hükümlere göre belirlenir.

Alman Ceza Yargılama Yasası'nın 296, 297, 298 ve 390 ve 401. maddelerinde yasayoluna başvurabilecek kişiler belirtilmiştir[27]. Buna göre, yargılama makamı kararlarına karşı, kabul edilmiş yasayollarına hem savcılık

---

22 BEULKE., 9. Auflage, s. 322, § 28, Rn. 548.

23 PETERS, Karl., Strafprozess, 4. Auflage, Heidelberg 1985, s. 622, § 74; Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ÇINAR., s.193-195.

24 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ÇINAR., s.198-201.

25 YENİSEY., İstinaf, s. 118, 119.

26 MEYER-GOSSNER., 52. Auflage, s. 1208, § 312, Rn. 1.

27 FEZER, Gerhard., Strafprozessrecht, 2. völlig neu bearbeitete Auflage, München 1995, s.257, § 19, Rn. 12, 13, 14, 15, 16.

hem de sanık başvurabilir (vgl. StPO m.296). Savcılık sanık lehine de başvurabilir (m.296/II). Savunman (müdafi), sanık/şüpheli için, onun açık iradesine aykırı olmamak koşuluyla, yasayollarına başvurabilir (StPO m.297). Şüphelinin/sanığın yasal temsilcisi ise, şüpheli/sanık için kabul edilmiş yasayollarına başvurabilir (StPO m.298). Şahsi davacının (Privatkläger) yasayollarına başvurma hakkı bulunmaktadır. Alman Ceza Yargılama Yasası'na göre kamu davasında, savcılığın başvurabileceği yasayollarına şahsi davacı da başvurabilir (StPO m. 390). Katılanın da (Nebenkläger) savcıdan bağımsız olarak yasayollarına başvurabileceği, Alman Ceza Yargılama Yasası'nda açıkça düzenlenmiştir (StPO m.401).

Görülüyor ki yasayoluna başvurabilecek olanlar: savcı, şüpheli, sanık, katılan ile şüpheli ve sanığın savunmanı ile katılan vekili, şahsi davacı ve yasal temsilci ile kendilerini ilgilendiren konularda üçüncü kişilerdir[28].

Suçtan zarar görenin hükme karşı yasayoluna gidebilmesi için "katılan sıfatını almış" olması gerekir. Tek başına suçtan zarar görmüş olmak, yasayoluna gidebilmesi için yeterli değildir[29]. Suçtan zarar görenin katılan sıfatını almış sayılabilmesi için de kamu davasına katılma isteğinin mahkemece karara bağlanmış olması gerekir[30].

Alman hukukunda erkek eşin yasayoluna başvurma yetkisi 1935 yılında Ceza Yargılama Yasası'nda yapılan değişiklikle kaldırılmıştır[31]. Bu nedenle şüpheli ya da sanığın eşinin yasayoluna başvuru hakkı yoktur.

Kararla ilgili olan diğer kişiler de (örneğin tanık, bilirkişi) "kendilerini ilgilendiren konularla" sınırlı olmak üzere yasayoluna başvurma yetkisine sahiptir[32].

VI. YASAYOLUNA BAŞVURUDA YANILMA

Yasayoluna başvuruda yanılma iki biçimde olur. Başvuran ya yasayolunun nitelendirilmesinde ya da başvurulacak mahkemenin belirlenmesinde yanılmış olabilir[33]. İster yasayolunun nitelendirilmesinde, isterse başvurula-

---

28 Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇINAR., s.201-204.

29 RANFT, Otfried., Strafprozessrecht, 2.Auflage, 1995, § 66, Rn.1925.

30 ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan., Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2008, s.847.

31 Almanya'da erkek eşin yasayoluna gitmesi olanağına 28.6.1935 yılında yapılan Ceza Yargılaması Yasasında (StPO) yapılan değişiklikle son verilmiştir (DÖLLING, Dieter., Alternativkommentar zur Strafprozeβordnung, Lutherland 1996, § 298 Rn.1 İleten: ÖZTÜRK/ERDEM., 12.Bası, s.848).

32 VOLK., s.296, § 34, Rn.9; MEYER-GOSSNER., 52.Auflage, s.1174, § 296, Rn.10

33 MEYER-GOSSNER., 52.Auflage, s.1179, § 300, Rn.2.

cak mahkemenin belirlenmesinde yanılınmış olsun, yanılma, başvuranın haklarını ortadan kaldırmaz (StPO m.300). Böyle bir durumda başvurunun yapıldığı mahkeme, başvuruyu derhal görevli ve yetkili olan mahkemeye gönderir.

VII. YASAYOLUNA BAŞVURUDAN VAZGEÇME VE ÖNCEDEN YAPILAN BAŞVURUYU GERİ ALMA

Yasayoluna başvurma yetkisine/hakkına sahip olanlar, istemden kısmen ya da tamamen vazgeçebilir ya da önceden yapılmış bir başvuru söz konusu ise kısmen ya da tamamen geri alabilirler[34].

Ceza Yargılama Yasası'nın (StPO) 302. maddesine göre, yasayoluna başvurulduktan sonra bunun geri alınması, yasayoluna başvuruyu inceleyecek mahkeme tarafından karar verilinceye kadar geçerlidir.

Savcı da başvurduğu istemi kendiliğinden geri alabilir. Ancak yasayoluna savcı tarafından sanık lehine gidilmiş ise, başvurunun onun rızası olmaksızın geri alınması olanaklı değildir (StPO m.302).

VIII. DOĞRUDAN DOĞRUYA TEMYİZ (Sprungrevision)

Alman ceza yargılama hukukunda, yasayollarına başvurma hakkı bulunan kişiler, istinaf yolu açık olan Asliye Ceza Mahkemesi'nin (des Amtsgerichts) ceza yargıcı/tek yargıç (Einzelrichter=Strafrichter) ve Toplu Asliye Ceza Mahkemesi (Schöffengericht) olarak verdiği hükümlere karşı istinaf yoluna başvurmadan, temyiz yasayoluna başvurabilmektedirler[35]. İstinaf yolu açık olan bu ilk derece mahkemesi hükümlerine karşı, istinaf yasayoluna başvurmadan, temyiz yoluna gidilmesine, Alman hukukunda doğrudan/atlamalı temyiz (Sprungrevision) yolu adı verilmektedir (StPO.m.335/1).

Doğrudan doğruya temyiz, başka bir anlatımla atlama yoluyla temyiz, yargılamanın basitleştirilmesi için tanınmıştır. Ceza Yargılama Yasası'nın (StPO) 335. maddesinde düzenlenmiştir. Başvuran kişi yalnızca hükmün hukuki yönünü aydınlatmak istiyorsa ikinci defa davanın maddi sorununu incelemeye gerek yoktur[36]. İstinaf evresini atlayarak doğrudan temyize

---

34 KINDHAUSER., § 28, Rn.31; MEYER-GOSSNER., 52.Auflage, s.1181, § 302, Rn.2; BEULKE., 9.Auflage, § 27, Rn.544.

35 VOLK., s.302, § 35, Rn. 5; KÜHNE., s.622, § 63, Rn. 1042; BGHSt 2, 63.

36 BGH 2, 63, 65; 5, 338, 339; MEYER-GOSSNER., 52. Auflage, s.1258, § 335, Rn.1; SCHRODER, Friedrich-Christian., Strafprozeβrecht, 4. neu bearbeitete Auflage, München 2007, s.207, § 32, Rn.313.

(Sprungrevision) başvurma Ceza Yargılama Yasası'nın (StPO) 313. maddesinde belirlenen her karara karşı mümkündür[37].

Alman Ceza Yargılama Yasası'nın 335/III. maddesindeki yargılama hukukuna ait özellik yalnızca bu fıkra için geçerlidir. Eğer temyiz mahkemesi kararı kaldırıp geri Asliye Ceza Mahkemesi'ne (Amtsgericht) geri göndermişse, Asliye Ceza Mahkemesi'nin bunun üzerine yeni verdiği hükme karşı istinaf yoluna gidilebilir.

IX. YASAYOLUNA BAŞVURUNUN ETKİLERİ

Tüm olağan yasayollarına başvurmanın aktarma etkisi (Devolutiveffekt) vardır. Yasayoluna başvurmanın aktarma etkisi, aleyhine yasayoluna başvurulan kararı, daha yüksek dereceli bir başka mahkemenin incelemesi anlamına gelir[38]. Bu anlamda aktarma etkisi, itiraz, istinaf ve temyiz bakımından söz konusu olup, inceleme, kararı veren ilk derece mahkemesi dışında bir başka mahkeme tarafından yapılmaktadır. Kararına karşı yasayoluna başvurulan mahkeme, kararında bir hukuka aykırılık bulunduğu düşüncesinde olsa bile, kararı sonradan kendiliğinden değiştirme ya da düzeltme yoluna gidemez[39]. Ancak daha öncede belirttiğimiz gibi, ilk derece mahkemesi, önemsiz yazım hatalarını bizzat düzeltme olanağına sahiptir. Böyle bir olanağın bulunması, aktarma etkisine bir istisna olarak değerlendirilmemelidir[40].

İstinaf yoluna başvurulması durumunda, incelemeyi başka bir makam, istinaf mahkemesi yapmaktadır. Böylece, istinaf başvurusunda iş başka bir yargılama makamına aktarılmış olmaktadır.

İstinaf yasayoluna başvuru durumunda, yayılma etkisine ilişkin temyiz yasayolunda olduğu gibi bir düzenlemeye yer verilmemiştir[41]. Bu nedenle istinaf yoluna başvuru durumunda, istinaf yoluna başvurmamış sanık ya da sanıklara bir etkisi (yayılma) bulunmamaktadır.

Yasayollarına başvurmanın durdurma etkisi de vardır. İstinaf ve temyiz yoluna başvuru, durdurma etkisine sahiptir. Bunun ifade ettiği anlam, başvurunun, ilk derece mahkemesi kararının hukuksal kesinliğinin ortaya çık-

---

37 SCHROEDER., 4.Auflage, s.207, § 32, Rn.313.

38 MEYER-GOSSNER., 52. Auflage, s.1168, vor § 296, Rn.2; KÜHNE., s.613, § 61, Rn.1015; VOLK., s.294, 295, § 34, Rn.1.

39 KÜHNE., s.616, § 61, Rn.1025; RANFT., § 66, Rn.1902.

40 SCHLÜCHTER, Ellen., Das Strafverfahren, 2. Auflage, Köln 1983, Rn.615, (İleten: ÖZTÜRK/ERDEM., 12.Bası, s.852).

41 KÜHNE., s.626, 627, § 63, Rn.1058.

masını ve bu çerçevede kararın infazını engellemesidir (Suspensiveffekt)[42]. Nitekim süresi içinde verilen istinaf dilekçesi hükmün kesinleşmesini önler.

X. İSTİNAF DAVASI AÇMA KOŞULLARI

İstinaf davasının açılabilmesi için, "istek" ve "süre" olmak üzere öncelikle bu iki koşulun varlığı gereklidir. Alman Ceza Yargılama Yasası'nın 314. maddesinde, bu koşulların istinaf davasında aranacağı açıkça öngörülmektedir.

1. İstek Koşulu

İstinaf yoluna başvurma, bir dava olduğundan, bunun istinaf yargılama makamı olan istinaf mahkemesi önüne getirilmesi gerekir.

Alman ceza yargılamasında, istinaf davası kendiliğinden açılamamaktadır. İstek koşulunun hiçbir istisnası yoktur. İsteğin bulunması zorunludur. Davasız yargılama olmaz ilkesi de bunu gerektirmektedir[43].

Alman ceza yargılamasında, istinaf isteğinin, ilk derece mahkemesinin sonkararlarının/hükümlerinin ayrılabilir noktalarıyla sınırlanabileceği kabul edilmektedir (StPO m. 318, 327). Bu durumda istinaf mahkemesi, sonkararın/hükmün yalnızca istinaf davası açılan noktalarını/kısımlarını inceleyebilir. İstinaf davası istemine konu olmayan noktalarını inceleyemez[44]. İstinaf davası açılmayan yani istinaf istemi dışında kalan sonkararın/hükümlerin diğer noktaları ise kesinleşir[45].

Alman Mahkemeler Kuruluş Yasası'nın (GVG) 184. maddesine göre, yargılama dili Almanca'dır (Die Gerichtssprache ist deutsch). Yargılama dili Almanca olduğu için istinaf isteğinin/isteminin de Almanca yapılması gerekir[46].

---

42 KINDHAUSER., § 28, Rn.8; KREY., § 45, Rn.1201; RANFT., § 66, Rn.1907; BEULKE., § 27, Rn.534; HELLMANN, Uwe., Starafprozessrecht, Heidelberg 1998, § 18, Rn.858; MEYER-GOSSNER., 52.Auflage, s.1168, vor § 296, Rn.2; VOLK., s.295, § 34, Rn.1.

43 KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe., Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Onaltıncı Bası, İstanbul 2008, s. 1442, n. 83. 8.

44 BGH, 29, 359, 364; MEYER-GOSSNER., 52. Auflage, s. 1234, Rn. 5.

45 Heidelberger Kommenter zur Strafprozessordnung, Heidelberg 2001, s. 1158 (İleten: SARIGÜL, Ali Tanju., Ceza Muhakemesinde İstinaf, Ankara 2009, s. 159); YENİSEY., İstinaf, s. 151.

46 RANFT., s. 481, § 68, Rn. 1999; MEYER-GOSSNER., 52. Auflage, s. 1213, § 314, Rn. 5.

İstinaf istemi, yazılı olarak istinaf yoluna başvurulan kararı veren Asliye Ceza Mahkemesi'ne (Amtsgericht) ya da başka bir yerdeki Asliye Ceza Mahkemesi'ne (Amtsgericht), kararına karşı istinaf yoluna gidilen mahkemeye gönderilmek üzere sunulur.

Alman Ceza Yargılama Yasası'nda, istinaf isteminin, hükmü veren mahkemeye dilekçe verilmesi ya da tutanak yazmanına sözlü açıklamada bulunulması suretiyle yapılacağı belirtilmiştir (§ 314).

Tutanak yazmanı, istinaf yoluna başvuranın sözlü açıklamasını ayrı bir tutanağa geçirir. Ancak, doğrudan duruşma tutanağına sözlü açıklama eklenmek suretiyle de istinaf yoluna başvuru Alman ceza hukukunda kabul edilmektedir. Bu durumda duruşma tutanağına eklenen, istinaf istemine ilişkin sözlü açıklamanın ispat gücü, duruşma tutanağının ispat gücüne sahip bulunmamaktadır[47].

Tutanak yazmanına açıklanan sözlü istinaf isteminin geçerli olması için, açıklamada bulunan kişinin tutanak yazmanının (memurunun) huzurunda bulunarak açıklamada bulunması gerekir[48].

Federal Alman Yargıtayı, tutanak yazmanına telefonla yapılan sözlü açıklamanın tutanak yazmanının önünde hazır bulunularak yapılmadığı için, telefonla istinaf yoluna başvuruyu kabul etmemektedir[49].

Teleks (Fernschreiber), telgraf, faks ve elektronik posta aracılığıyla yazılılık koşulu yerine geldiği için istinaf yoluna başvuru kabul edilmektedir[50]. İstinaf başvurusunun yazılı olmasının amacı yazının kimden geldiğinin belli olmasıdır. Bu nedenle el yazısıyla imzalanmış olma koşulu aranmıyor[51].

Ancak faks, teleks, elektronik posta, telgraf ve taahhütlü mektupla istinaf yoluna başvurulduğunda, bu başvurunun yeteri derecede açık olması ve kimin tarafından gönderildiğinin açıkça anlaşılabilmesi gerekir[52].

Alman Ceza Yargılama Yasası'nın 299. maddesine göre, tutuklu ya da hükümlü de, bulunduğu yerdeki Asliye Ceza Mahkemesi (Amtsgericht) kale-

---

47 RUSS, Wolfgang., Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung (Löwe-Rosenberg), München 1993, s. 1339 (ileten: SARIGÜL., s. 39).

48 RGSt 38, 282 (289f); KK-RUSS § 314, Rn. 5.

49 BGHSt 30, 64 (67ff); KINDHAUSER., s. 346, § 30, Rn. 5; Ayrıca ayrıntılı bilgi için bkz. ÇINAR., s.211-213.

50 BGHSt. 8; 174; 31, 7, 8; BGH NJW 1983, 1072; RANFT., s. 481, § 68, Rn. 2000; MEYER-GOSSNER., 52. Auflage, s. 1213, § 314, Rn. 5.

51 RANFT., s. 481, § 68, Rn. 2000.

52 BGHSt 8, 174; RUSS., s. 1339 (İleten: SARIGÜL., s. 41).

mine, tutanağa geçirilmek üzere sözlü açıklamada bulunmak suretiyle istinaf yoluna başvurabilmektedir[53].

2. Süre Koşulu

Alman ceza hukukuna göre istinaf isteğinin yapılması, başka bir söyleyişle istinaf davasının açılması için yasa, süre kabul etmiştir.

İstinaf yoluna başvurma, yasada yazılı bir hafta içinde olmalıdır (StPO m. 314).

Bu süre, sonkarar/hüküm yüze karşı bildirilmesi/açıklanması ile başlar. Sonkarar/hüküm istinaf yoluna başvurma hakkı olanların yokluğunda açıklanmışsa süre tebliğden başlar (StPO m. 314)[54].

İstinaf süresi yasada bir haftadır. Bu süre, hem diğer istinaf yoluna başvurma hakkı olanlar hem de savcı için geçerlidir.

XI. İSTİNAF DAVASININ KOŞULLARININ HÜKMÜ VEREN İLK DERECE MAHKEMESİNCE İNCELENMESİ

İstinaf yoluna başvurulduğunda daha doğrusu istinaf davası açılması üzerine, hükmü veren ilk derece mahkemesi, dosyayı hemen istinaf mahkemesine gönderemez. Hükmü veren mahkemece, istinaf davasının/başvurusunun/isteminin koşullarının yerine getirilip getirilmediğine ilişkin sınırlı olarak bir inceleme yapılır. Böylece, hükmü veren mahkeme istinaf davası ile ilgili yalnız "süre koşulu" yönünden inceleme yapar[55]. Önce, hükmü veren mahkeme "süre koşulunun" yerine getirilmiş olup olmadığını denetler/inceler (StPO m. 318/I). Başka bir ifadeyle, istinaf davasının/isteminin/başvurusunun yasal süresinde yapılıp yapılmadığını kontrol eder. İstinaf davasının, yasal sürenin geçmesinden sonra açıldığı saptanırsa, hükmü veren ilk derece mahkemesince, yasayoluna başvurunun reddine karar verilir (StPO m. 319/I).

İstinaf davası/istemi/başvurusu reddedilen taraf, ilk derece mahkemesinin ret kararının tebliğinden itibaren, bu karara karşı, bir hafta içinde istinaf mahkemesine başvurarak, bu konuda bir karar verilmesini isteyebilir (StPO m. 319/II 1).

Hükmü veren ilk derece mahkemesi, istinaf yoluna başvuru halinde, süre dışındaki diğer nedenlerden dolayı ret kararı veremez[56]. Örneğin ilk derece mahkemesi, istinaf yoluna başvuranın hükümden zarar görme koşu-

---

53 KINDHAUSER., s. 346, § 30, Rn. 5.

54 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ÇINAR., s.213, 214.

55 KINDHAUSER., s. 349, § 30, Rn. 22.

56 BEULKE., 9. Auflage, s. 324, § 28, Rn. 552.

lunun gerçekleşmemiş olması ya da daha önce istinaf davasından vazgeçilmiş olması veya istinaf yoluna başvuranın buna yetkisinin/hakkının bulunmadığı gibi nedenlerden dolayı ret kararı veremez.

İlk derece mahkemesi, eğer istinaf davasının süresinde açılmış olduğu düşüncesinde ise, herhangi bir karar vermeden dosyayı kendi yanındaki savcılığa verir. Ancak, ilk derece mahkemesi kalemince, istinaf davası açan tarafın gerekçe gösterme süresi dolduktan sonra, gerekçe gösterilmiş olup olmadığına bakmaksızın dosya savcılığa sunulur (StPO m. 320/I). Savcılık, istinaf davası kendisi tarafından açılmış ise, istinaf davası açılma isteğini ve nedenlerini içeren yazıları sanığa ya da yazılı vekaletnamesi bulunan sanık savunmanına, ayrıca katılana tebliğ eder[57]. İstinaf yasayolu davasına karşı görüş bildirme, yasada öngörülmemiştir.

Savcılık, dosyayı istinaf mahkemesi yanındaki savcılığa gönderir. Bu savcılık da dosyayı bir hafta içinde mahkeme başkanına sunar (StPO m. 321/I 1).

İstinaf mahkemesi yanındaki savcılık, dosyayı istinaf mahkemesi başkanına gönderirken, istinaf mahkemesi olarak eyalet mahkemesinin hangi dairesi görevli ise, o dairenin başkanına gönderdiğini açıkça gönderme yazısında belirtmek zorundadır[58]. Savcılık, gönderme yazısında, dinlenmesi gerekli bilirkişi ve tanıkları da belirtir. Bu yazı ile birlikte dosyayı, bir hafta içinde, savcılık, başkana sunmalıdır. Özellikle bu düzenleme, tutuklu işlerin yürümesi açısından önemlidir. Bu dosyanın istinaf mahkemesine verilmesi ile istinaf mahkemesinin karar verme yetkisi başlar[59].

XII. İSTİNAF MAHKEMESİ

İstinaf yolunda, yargılama makamı olarak görev yapan istinaf mahkemesi, eyalet mahkemesinin küçük dairesidir (Kleine Strafkammer). İstinaf mahkemesi olarak görev yapan, eyalet mahkemesinin küçük dairesi bir meslekten yargıç (ein Berufrichter) ile iki halktan yargıçtan (zwei schöffen) oluşmaktadır (GVG m.76/I 1).

Toplu Asliye Ceza Mahkemesi'nin kararlarına karşı istinaf yoluna başvuru durumunda, istinaf mahkemesi olarak eyalet mahkemesinin küçük dairesi bir meslekten yargıcın daha katılımıyla iki meslekten yargıç ile iki halktan yargıçtan oluşur[60] (GVG m. 76/III 1, 29/II).

---

57 MEYER-GOSSNER., 52. Auflage, s. 1224, § 320, Rn. 2.

58 MEYER-GOSSNER., 52. Auflage, s. 1224, § 321, Rn. 2.

59 FEZER JR 96.

60 HELLMANN, Uwe., Starafprozessrecht, 2. (zweite) überarbeitete und aktualisierte Auflage, Heidelberg 2006, s. 309, § 19, Rn. 879.

Yalnız gençler Toplu Asliye Mahkemesi'nin (JugSchG) kararlarına karşı yapılan istinaf başvurusu üzerine, üç yargıç ve iki Gençlik Mahkemesi üyesinden (Schöffe) oluşan büyük Gençlik Dairesi (Judendkammer) karar verir[61] (JGG m. 33/I b). İstinaf mahkemesi kararlarına karşı, Alman Ceza Yargılama Yasası'nın 333. maddesine göre temyiz yoluna başvurulabilmektedir.

XIII. İSTİNAF MAHKEMESİNİN İSTİNAF DAVASINI KOŞULLARI YÖNÜNDEN İNCELEMESİ

İstinaf yoluna başvuru ile ilgili olarak, ilk derece mahkemesi, yalnızca süre yönünden inceleme yapmasına karşın, istinaf mahkemesi süre yönünden inceleme yaptığı gibi, istinaf davasının açılması koşullarına uyulup uyulmadığını inceler.

İstinaf davasının süresinde açılıp açılmadığı konusundaki ilk derece mahkemesinin yaptığı inceleme sonucu istinaf mahkemesini bağlamaz[62]. İstinaf başvurusunun süresinde yapılıp yapılmadığını istinaf mahkemesi yeniden inceler.

İstinaf mahkemesi, davanın süresinde (StPO m. 319) ve yasada öngörülen şekilde açılıp açılmadığına (StPO m. 314), ayrıca yasayoluna başvuru hakkının bulunup bulunmadığına (StPO m. 296), yasayoluna başvurudan vazgeçilip geçilmediğine ya da yasayoluna başvurunun geri alınıp alınmadığına (StPO m. 302) ilişkin koşulları inceler[63].

İstinaf mahkemesi, davanın açılmasıyla ilgili hükümlerden birine uyulmadığı kanısında ise, dosya üzerinden yapılan ön inceleme sonunda, istinaf davasını reddeder (StPO m. 322/I, 1). Bu karara karşı, Alman Ceza Yargılama Yasası'nın 322/II maddesi uyarınca acele itiraz yoluna başvurulabilir. İstinaf mahkemesi yapmış olduğu incelemede, yargılama engellerinden birini saptarsa, duruşma yapmadan duruşma dışında Alman Ceza Yargılama Yasası'nın 206a/I maddesine göre, ön inceleme sonunda düşme kararı verebilir[64]. Örneğin yargılama engellerinden olan sanığın ölümü, af gibi durumlar nedeniyle davanın düşürülmesine karar verilebilir. İstinaf mahkemesinin ara kararı ile verdiği bu düşme kararına (Einstellung) karşı, acele itiraz yoluna gidilebilir (StPO m. 206a/II).

---

61 MEYER-GOSSNER., 52. Auflage, s. 1209, § 312, Rn. 2.

62 MEYER-GOSSNER., 52. Auflage, s. 1224, § 322, Rn. 1.

63 MEYER-GOSSNER., 52. Aufage, s. 1224, 1225, § 322, Rn. 1.

64 BGHSt 24, 208 (212); KINDHAUSER., s. 350, § 30, Rn. 23.

XIV. İSTİNAFIN KABUL EDİLMESİ (Annahme der Berufung)

Hafif suçlar kapsamında istinaf yolu için ek bir kabul edilebilirlik koşulu 11.1.1993 tarihinde çıkarılan yasa ile Alman Ceza Yargılama Yasası'nın 313. maddesine eklenen hüküm ile ortaya çıkmıştır[65].

Alman Ceza Yasası'nın 40. maddesine göre 15 gün birimden fazla olmayan adli para cezasına ya da 59. maddesine göre 15 gün birimden fazla olmayan adli para cezasının saklı tutularak adli tevbih cezasına mahkumiyet halinde, bu hükme karşı istinaf ancak istinaf mahkemesinin kabulüne bağlıdır. İstinaf yoluna kimin tarafından başvurulmuş olmasının bir önemi yoktur.

Alman Ceza Yargılama Yasası'nın 313/II. maddesi uyarınca istinaf istemi başvurusu açıkça dayanaksız (temelsiz) değilse, bu takdirde istinaf davası kabul edilir. Kabul konusundaki kararı istinaf mahkemesi bir ara kararla verir. Bu karar kesin olup buna karşı yasayoluna başvurulamaz (StPO m. 322a, 1, 2).

İstinafın kabulü durumunda Alman Ceza Yargılama Yasası'nın 322a. maddesi uyarınca gerekçe gösterme zorunluluğu bulunmamaktadır. Buna karşın istinaf kabul edilmemişse, kararda onun neden kabul edilmediğinin belirtilmesi gerekir[66].

XV. İSTİNAF MAHKEMESİNDE DURUŞMA HAZIRLIĞI VE DURUŞMA DEVRESİ

İstinaf yargılamasında, ikinci defa olay yargılaması yapıldığı için, duruşma hazırlığı ve duruşma, ilk derece yargılamasındaki uygulamaya büyük ölçüde benzemektedir[67]. İstinaf yargılaması ilk derece mahkemesinde yapılan yargılamanın/duruşmanın, eğer sınırlı istinaf yoluna başvurulmamışsa, yeniden yapılmasıdır. İstinaf yargılamasında yeniden kanıtlar da toplanır. İlk derece mahkemesine göre kolaylıklar vardır. İlk derece mahkemesince kanıtlar toplandığı için bazı kolaylıklar getirilmiştir. Örneğin Alman Ceza Yargılama Yasası'nın 323/II. maddesi uyarınca, ilk derece mahkemesince dinlenen tanık ya da bilirkişiler, olayın aydınlatılması için gerekli değilse, yeniden duruşmaya davet edilmez. Tanıkların ve bilirkişilerin anlatımlarının olayın aydınlatılması bakımından önemsizliği ilk derece mahkemesinde ortaya çıkmışsa, bunlar dinlenmez.

---

65 KÜHNE., s.623, § 63, Rn.1044; MEYER-GOSSNER.,52. Auflage, s.1209, § 313, Rn. 2; Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ÇINAR., s.220-224.

66 BEULKE., 9. Auflage, s. 323, § 28, Rn. 549.

67 KÜHNE., s. 624, § 63, Rn. 1049.

1. Duruşma Hazırlığı

İstinaf mahkemesindeki duruşma hazırlığı ilk derece mahkemesindeki hükümlere göre yapılmaktadır. Alman Ceza Yargılama Yasası'nın 323. maddesinin birinci cümlesinde açıkça istinaf mahkemesindeki duruşma hazırlığında da, ilk derece mahkemesinde uygulanan 214. maddedeki hüküm ile 216. maddeden 225. maddeye kadar olan hükümlerin geçerli olduğu belirtilmiştir[68].

Duruşma hazırlığı aşamasında, Alman Ceza Yargılama Yasası'nın 213. maddesine göre, duruşmanın başlayacağı gün ile saatini mahkeme başkanı belirlemektedir.

İstinaf mahkemesi başkanı ya da görevlendireceği üyenin duruşma gününü belirlerken yargılama süjelerine danışma yükümlülüğü, yasada olmadığı halde, olası engellerin göz önünde bulundurulması ve en azından sanık müdafii ile duruşma gün ve saatinde uzlaşılması gerektiği düşüncesi, Alman öğretisinde ağırlıkla savunulmaktadır[69].

Alman Ceza Yargılama Yasası'nın 323/I, 2. maddesine göre sanığa çıkarılacak çağrı kağıdında (davetiyede), hazır bulunmamanın sonuçları açıkça belirtilir (StPO m. 329).

Duruşma başladığında sanığın bulunmamasının sonuçları, sanığın ya da savcılığın istinaf davası açmış olmasına göre farklıdır.

İstinaf mahkemesinde yeniden duruşma yapılacağı için gerekli olan bilirkişi, tanıklar davet edilir.

Yasayoluna başvuranın istemi gözetilir. İstinaf yoluna başvuranın ileri sürdüğü kanıtın gereksiz olduğu kanısına varılırsa istem reddedilir. Bir tanığın çağrılıp çağrılmamasında kuşku duyulursa, istinaf yoluna başvurana, başkan, neden bu tanığın dinlenmesini istediğini sorar[70].

İstinaf davası açan, ilk derece mahkemesince dinlenen tanık ve bilirkişilerin yeniden dinlenmesi için zamanında istemde bulunmazsa bu kişilerin ilk derece mahkemesindeki ifadeleri okunur. Eğer bunların istinaf yargılamasında dinlenmesi zorunlu ise, ilk derece mahkemesindeki ifadelerinin okunmasına gerek yoktur[71].

---

68 HELLMANN., 2. Auflage, s. 310, § 19, Rn. 883; KINDHAUSER., s. 350, § 30, Rn. 24.

69 MEYER-GOSSNER., 52. Auflage, s.866, 867, § 213, Rn. 6, 7; SARIGÜL., s. 101.

70 MEYER-GOSSNER., 52. Auflage, s. 1227, § 323, Rn. 2.

71 MEYER-GOSSNER., 52. Auflage, s. 1228, § 323, Rn. 4.

2. Duruşma

İstinaf mahkemesindeki duruşma da, kural olarak ilk derece mahkemesinde geçerli olan Alman Ceza Yargılama Yasası'nın 243. maddesine göre yapılır[72]. Alman Ceza Yargılama Yasası'nın 244. maddesi uyarınca maddi gerçeğin ortaya çıkarılması, istinaf duruşmasında da sınırlanmaksızın geçerlidir[73]. Yalnız Alman Ceza Yargılama Yasası'nın 324. ve 325. maddelerinde olduğu gibi bazı noktalarda değişiklik bulunmaktadır. Alman Ceza Yargılama Yasası'nın 324/I. maddesine göre, iddianame yeniden okunmaz. Tanık yoklaması yapılıp tanıklar dışarı çıkarıldıktan sonra, iddianamenin okunması yerine raportör, o zamana kadar davanın geçirmiş olduğu süreçler ile ilk derece mahkemesince yapılan işlemler hakkında bilgi verir, iddianamenin içindeki bilgiler de bu raporun içindedir. İlk derece mahkemesi kararının, istinaf için önemli kısımlarını da raportör okur. Sonra, sanığın sorgusu yapılır ve kanıtların sunulmasına geçilir. Alman Ceza Yargılama Yasası'nın 250. maddesindeki doğrudan doğruyalık ilkesi aynı yasanın 325. maddesindeki düzenlemelerden dolayı kısıtlanmıştır[74]. İlk derece mahkemesindeki yazılı belgeler, Alman Ceza Yargılama Yasası'nın 325. maddesine göre okunur.

Bilirkişi ve tanığın yeniden dinlenmesinden vazgeçilebilir. Bunun yerine duruşma tutanağındaki ifadeler okunabilir. Buna karşılık ilk derece mahkemesinde sunulmamış yeni kanıtlar (deliller) ileri sürülebilir (StPO m. 323/III). Alman Ceza Yargılama Yasası'nın 326/1. maddesi uyarınca kanıtların ortaya konması tamamlanınca, yasayoluna başvurana ilk söz verilir. Savcılığın, sanığın ve sanık savunmanının açıklamaları ve ileri sürecekleri istemleri (talepleri) dinlenir, esas hakkındaki görüşleri sorulur. En son söz, Alman Ceza Yargılama Yasası'nın 326/II. maddesi gereğince sanığındır.

İstinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesinin hükmünü istinaf davasındaki sınırlamayı gözeterek inceleme yapar. Eğer istinaf başvurusunda sınırlama yapılmamışsa, ilk derece mahkemesinin hükmünün tamamı incelenir[75]. Sınırlı istinaf isteminde bulunulması durumunda, istinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesinin, istinaf isteminde/davasında konu edilmeyen kısımlarını inceleyemez[76].

Alman Ceza Yargılama Yasası'nda 1 Nisan 1987 tarihinde yapılan değişiklikten sonra, ancak ilk derece mahkemesinin yasaya aykırı olarak davaya bakmaya kendini görevli ve yetkili görmesi durumu, bozma nedeni yapıla-

---

72 KINDHAUSER., s. 350, § 30, Rn. 25.

73 KÜHNE., s. 624, 625, § 63, Rn. 1049.

74 KINDHAUSER., s. 350, § 30, Rn. 25.

75 MEYER-GOSSNER., 52. Auflage, s. 1233, § 327, Rn. 2.

76 BGH 29, 359, 364 (MEYER-GOSSNER., 52. Auflage, s. 1234, § 327, Rn. 5).

rak, dosya istinaf mahkemesince ilk derece mahkemesine geri gönderilebilmektedir[77] (StPO m.328/II). Bunun dışında, istinaf mahkemesinin, ilk derece mahkemesine dosyayı geri göndermesi olanaklı değildir. Ceza Yargılama Yasası'nın 338. maddesinde öngörülen kesin hukuka aykırılık nedenleri olsa dahi. Yalnız, ilk derece mahkemesi yetkisiz olduğu halde hüküm kurmuşsa (StPO m.338/4) bu durumda hüküm bozularak dosya yetkili ilk derece mahkemesine gönderilir[78].

Sanığın istinaf yoluna başvurduğu halde, duruşmaya gelmemesi durumuna ilişkin düzenleme, Alman Ceza Yargılama Yasası'nın 329. maddesinde yer almaktadır.

Buna göre, istinaf davası açan sanık ya da kabul edildiği takdirde bir temsilcisi, ilk duruşmada ya da devam eden duruşmalarda geçerli bir özrü (mazereti) olmaksızın bulunmadığında, esas hakkında duruşma yapılmaksızın dava reddedilir (m. 329/I). Sanık davanın başında duruşmada bulunup, bir süre sonra ayrılıp gelmezse dava reddedilemez. Başka bir anlatımla duruşma başladığında sanığın hazır bulunması yeterlidir. Duruşma devam ederken sanığın salondan ayrılması halinde, istinaf davası, sanığın gelmemesi nedeni ile reddedilemez[79]. Ancak ilk duruşmaya katılıp, duruşmaya ara verilirse, uzun aralardan sonra diğer duruşmalardan birine sanık gelmediğinde, yine bu durum ret nedenidir[80].

İstinaf isteminde bulunan, başka bir anlatımla istinaf davasını açan sanığın duruşmaya sarhoş olarak gelmesi durumunda da, sanık duruşmaya gelmemiş gibi kabul edilir[81]. Çünkü, duruşmaya katılma yeteneğinin bulunmaması nedeniyle fiziksel olarak duruşmada bulunmasına rağmen gerçek iradesinin duruşmaya katılmak olmadığı açıktır. Federal Alman Yargıtayı da duruşmaya sarhoş olarak gelen sanığı, açmış olduğu istinaf davasının duruşmasına gelmemiş kabul ederek, davanın reddedilmesi gerektiği görüşünde olduğunu kararında açıkça belirtmiştir[82]. Alman ceza yargılamasında, sanık tarafından istinaf yoluna başvurulan tüm davaların %9'unun sanığın duruşmaya gelmemesi/katılmaması nedeniyle reddedildiği görülmektedir[83].

---

77 RUSS, Wolfgang., Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung (Löwe-Rosenberg), München 1993, s.1365, (İleten: SARIGÜL., s.151, 152, dipnot 647).

78 LG zweibrücken MDR 91, 894(MEYER-GOSSNER., 52. Auflage s.1236, § 328, Rn. 4)

79 BGH 23, 331, 332; Bay 80, 73=NStZ 81, 112.

80 BGH 27, 236, 239; MEYER-GOSSNER.,52. Auflage, s. 1239, § 329, Rn. 3; FEZER., 2. Auflage, s. 266, 267, § 19, Rn. 70.

81 FEZER., 2. Auflage, s. 266, § 19, Rn. 70; SCHROEDER., 4. Auflage, s. 209, § 32, Rn. 316.

82 BGHSt 23, 331.

83 SCHROEDER., 4. Auflage, s. 209, § 32, Rn. 316; Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ÇINAR., s.230, 231.

XVI. İSTİNAF MAHKEMESİNİN VEREBİLECEĞİ KARARLAR

1. Usule İlişkin Kararlar

İstinaf davası kabul edilemeyecek nitelikte ise, istinaf mahkemesi Alman Ceza Yargılama Yasası'nın 322. maddesine göre ara karar ile ya da usule ilişkin sonkararla istinaf davasını reddeder[84].

Usule ilişkin sonkararla/hükümle istinaf davasını bitirmenin diğer bir şekli ise, sanık tarafından açılmış olan istinaf davası duruşmasında, özürsüz olarak sanığın katılmaması ya da temsilci bulundurmaması durumunda dava, Ceza Yargılama Yasası'nın 329. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesine göre reddedilir[85]. Bu durumda, mahkeme esası görüşmeden istinaf davasını reddeder[86].

Ceza Yargılama Yasası'nın 329. maddesine göre sanığın hazır bulunmaması nedeniyle ret kararı verilmişse, bu karara karşı, temyiz yolu açıktır. Bu nedenle bu ret kararının geniş bir biçimde gerekçelendirilmesi gerekir[87].

Temyiz mahkemesinden, istinafa geri gönderilmiş bir dava söz konusu ise, sanık duruşmada hazır olmasa dahi, Ceza Yargılama Yasası'nın 329. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesine göre, ret kararı verilemez[88]. Böylece, sanığın hazır bulunmaması nedeniyle temyiz kararının yerine getirilmemesi önleniyor. Böyle bir durumda, sanık hazır olmasa da istinaf duruşması yapılabilir[89].

Savcı tarafından istinaf davası açılmışsa, sanık hazır olmasa da duruşma yapılarak davaya devam edilebilir (StPO m. 329/II, 1)[90].

2. Esasa İlişkin Karar (Das Sachurteil)

Eğer istinaf davasını açan haklı ise ya istinaf mahkemesi bu dava hakkında kendisi bir karar verir ya da davayı ilk derece mahkemesine geri gönderir (StPO m. 328).

Eğer ilk derece mahkemesi o davaya bakmakla yetkili olmadığı halde kendisini yetkili kabul ederek karar vermişse, istinaf mahkemesi hükmü

---

84 KÜHNE., s.625, § 63, Rn. 1050.

85 BEULKE., 9. Auflage, s. 325, § 28, Rn. 556 (6a).

86 KINDHAUSER., s. 350, § 30, Rn. 26.

87 RGSt 66, 150; OLG Hamm NJW 1963, 65 (ileten: KÜHNE, s.625, § 63, Rn. 1051).

88 FEZER., 2. Auflage, s. 267, § 19, Rn. 70.

89 KÜHNE., s.625, § 63, Rn. 1052.

90 Bkz. ÇINAR., s.232-234.

bozarak dosyayı yetkili olan ilk derece mahkemesine gönderir (StPO m. 328/II). İstinaf mahkemesinin yetkili olan mahkemeye dosyayı iadesi, ilk derece mahkemesinin (Amtsgericht) kendisini haksız yere yetkili görmesi durumunda söz konusudur.

Ayrıca bölge yönünden yani yer yönünden itiraz, ilk derece mahkemesine zamanında yapılmışsa, bu konuda da istinaf mahkemesi karar verir ve ilk derece mahkemesinin kararını kaldırarak yetkili mahkemeye dosyayı gönderir[91].

İstinaf mahkemesi davayı kabul ettikten sonra örneğin duruşma sırasında istinaf başvurusunun koşullara uygun açılmadığını saptarsa kabul edilemezlik kararı ile istinaf davasını reddedebilir[92].

Düşme nedeni olarak, dava engeli olarak bir eksiklik olduğu duruşma sırasında anlaşılmışsa, daha doğrusu şikayetin geri alınması, zamanaşımı ve genel af gibi yargılama engeli söz konusu ise bu durumda, istinaf mahkemesi düşme kararını sonkararla/hükümle verir[93] (StPO m.260/III).

İstinaf mahkemesi esas hakkında karar verirken ilk derece mahkemesinin yetkisine giren konulara bağlı olarak karar verir[94]. Başka bir anlatımla, istinaf mahkemesinin yetkisi, Asliye Ceza Mahkemesi'nin (Amtsgericht) görevine giren suçlarla sınırlıdır[95]. Bir dava, ceza miktarı yönünden (GVG m. 24) ilk derece mahkemesinin görev alanı dışında ise, daha doğrusu bu dava, madde bakımından Asliye Ceza Mahkemesi'nin görevine giren bir suçla ilgili değil de, Eyalet Mahkemesi Büyük Ceza Dairesi'nin ilk derece mahkemesi olarak karar verebileceği bir suçla ilgili ise, istinaf mahkemesi, davayı zorunlu olarak Eyalet Mahkemesi Büyük Ceza Dairesi'ne gönderir[96].

3. Aleyhe Değiştirme Yasağı (Verbot der reformatio in peuis)

Aleyhe değiştirme yasağı (Verbot der reformatio in peius) hukuk devleti ilkesinin zorunlu bir sonucudur[97].

Yasayoluna yalnızca sanık, onun yasal temsilcisi ya da sanık lehine savcı tarafından gidilmiş ise, yasayolu yargılaması sonunda ilk karar, yaptırımın

---

91 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ÇINAR., s.234-236.

92 BEULKE., 9.Auflage, s. 325, 326, § 28, Rn. 557.

93 BGHSt 16, 115, 117; 22, 213, 215.

94 BGHSt 31, 63 (66); 34, 159 (160); KINDHAUSER., s. 351, § 30, Rn. 27.

95 KK-Russ, § 328, Rn. 4 (ileten: KINDHAUSER., s. 351, § 30, Rn. 27).

96 VOLK., s. 305, § 35, Rn. 19; KÜHNE., s.626, § 63, Rn. 1056.

97 BGH 9, 324, 332 (ileten: MEYER-GOSSNER., 52. Auflage, s. 1250, § 331, Rn. 1).

türü ve ağırlığı bakımından aleyhe değiştirilemez[98]. Aleyhe değiştirme başka bir anlatımla aleyhe bozma yasağı, sanığın, yasayoluna başvurduğunda aleyhe bir durum ortaya çıkacağından korktuğu için başvurudan vazgeçmesini önlemek amacına yöneliktir[99].

Aleyhe değiştirme başka bir anlatımla aleyhe bozma yasağına yönelik bir ihlalin söz konusu olup olmadığı, önceki ve sonraki yaptırımın, hükümlülüğün (mahkumiyetin) sonuçları göz önünde bulundurularak tüm yönleriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenir[100].

İlk derece mahkemesi kararı incelenirken aleyhe değiştirme yasağı (das Verbot der reformatio in peius) gözetilmelidir (StPO m. 331). Bu yasak yalnızca eyleme verilen sonuç cezanın niteliği ve miktarı yönünden ağırlaştırılmamasına yönelik olup, suçun nitelendirilmesi değiştirilebilir[101].

Adli para cezalarında ne gün sayısı ne de bir tam gün karşılığı birim para cezasının miktarı aleyhe değiştirilemez. Ayrıca hükmedilen sonuç adli para cezasının toplam miktarı da aleyhe değiştirilemez[102].

İlk derece mahkemesince verilen sonkararda/hükümde özgürlüğü bağlayıcı ceza olan hapis cezası ile birlikte adli para cezasına da hükmedilmişse, istinaf mahkemesince adli para cezası yasaya aykırı bulunarak kaldırılsa dahi, özgürlüğü bağlayıcı ceza olan hapis cezasının süresi aleyhe değiştirilemez[103].

Federal Alman Yargıtayı'na göre; aleyhe değiştirme yasağının hem her suç için hükmedilen temel ceza yönünden hem de sonuç olarak hükmedilen toplam ceza süresi ve miktarı bakımından gözetilmesi gerekir[104].

Miktarı ne kadar yüksek olursa olsun hapis cezası yerine adli para cezasına hükmedilmesi, aleyhe bozma yasağının ihlalini oluşturmaz. Bununla

---

98 ROXIN., § 51, Rn.29.

99 VOLK., s.300, § 34, Rn.24; KÜHNE., s.617, § 61, Rn.1028; MEYER-GOSSNER., 52. Auflage, s.1250, § 331, Rn.1.

100 MEYER-GOSSNER., 52.Auflage, s.1252, § 331, Rn.12; RANFT., § 68, Rn.2063; ÖZTÜRK/ERDEM., 12.Bası, s.864.

101 BGHSt 14, 5 (7); BGH NJW 1986, 332 (333) (ileten: KINDHAUSER., s. 351, § 30, Rn. 28); Aynı görüş için bkz. MEYER-GOSSNER., 52. Auflage, s. 1251, § 331, Rn. 5, 8.

102 Bay 79, 127=NJW 80, 849 (MEYER-GOSSNER., 52. Auflage, s. 1253, § 331, Rn. 16).

103 BGH MDR 75, 541 (MEYER-GOSSNER., 52. Auflage, s. 1253, § 331, Rn. 17).

104 BGH, 1, 252; 14, 5, 7; 28, 119, 122.

birlikte adli para cezasına esas gün sayısı, hapis cezasının süresini aşamaz[105].

İlk kararda suçun saptanması (tespiti) yapıldığı halde, yaptırıma hükmedilmesi unutulmuş ise ya da birden fazla suç söz konusu olup da içtima kuralları uygulanmamış ise, aleyhe bozma yasağı geçerli değildir[106].

Aleyhe değiştirme/aleyhe bozma yasağı, eğer tek başına sanık ya da onun yararına savcı ya da yasal temsilci tarafından yasayoluna başvurulmuş ise geçerlidir[107]. Bu nedenle eğer sanıkla birlikte savcı da sanığın aleyhine yasayoluna gitmiş ise, bu yasak geçerli değildir.

Savcı sanık aleyhine istinaf yasayoluna başvurmuş, ancak istinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesi kararını sanık lehine bozmuş ise, bu durumda da aleyhe bozma yasağı geçerlidir[108]. Aleyhe bozma yasağına aykırılık, temyiz aşamasında bozma nedeni oluşturur ve temyiz mahkemesince resen gözetilir[109].

4. İstinaf Mahkemesi Kararlarının İstinaf Davası Açmamış Sanıklara Etkisi

İlk derece mahkemesinin kararının kaldırılması, yalnızca istinaf isteminde bulunan sanığı etkiler. Diğer sanıklar için istinaf davasının etkisi yoktur[110].

İstinaf davası açmamış kişiler için hüküm kesinleşir. Hükmün, istinaf davası açan kişiler dışındakilere bir etkisi yoktur. Temyiz yasayolunda, hüküm sanık lehine bozulmuşsa ve bu hususların temyiz isteminde bulunmamış olan diğer sanıklara da uygulanma olanağı varsa, Ceza Yargılama Yasası'nın (StPO) 357. maddesi uyarınca, bu sanıklar da temyiz isteminde bulunmuşçasına hükmün bozulmasından yararlanmaktadırlar. Öğretide haklı olarak bu hükmün istinaf yolunda da geçerli olacak biçimde düzenleme yapılması gerektiği savunulmaktadır[111].

---

105 JOECKS., § 331, Rn.14, (İleten: ÖZTÜRK/ERDEM., 12. Bası, s.865).

106 MEYER-GOSSNER., 52.Auflage, s.1251, § 331, Rn.7.

107 VOLK., s.300, § 34, Rn.25; KÜHNE., s.617, § 61, Rn.1028.

108 BLOY., JuS 1986, s.590 (İleten: ÖZTÜRK/ERDEM., 12. Bası, s.866).

109 BGH 14, 5, 7; 29, 269, 270; MEYER-GOSSNER., 52.Auflage, s.1255, § 331, Rn.24.

110 BEULKE., 9. Auflage, s. 326, § 28, Rn. 557; KÜHNE., s.626, 627, § 63, Rn. 1058.

111 KÜHNE., s.626, 627, § 63, Rn. 1058.

XVII. İSTİNAF MAHKEMESİ KARARLARINA KARŞI YASAYOLLARI

Alman ceza yargılama hukukunda, istinaf mahkemesinin kabul açısından verdiği davanın reddi kararına karşı acele itiraz yolu vardır (StPO 322 II). İstinaf başvurusunun/davasının/isteminin kabulüne karşı yasayoluna başvurulamamaktadır (StPO 322a).

İstinaf başvurusunun/davasının/isteminin kabul edilmeyerek reddine ilişkin karara karşı yapılan itiraz, Yüksek Eyalet Mahkemesi (Oberlandesgericht) tarafından incelenir ve şu kararlar verilebilir[112]:

a) Acele itiraza başvurma süresi geçirildiği için, acele itirazın, kabul edilemez olduğundan reddi kararı verilebilir (StPO 311). Bu durumda, davanın reddi kararı kesinleşir.

b) Davanın reddi kararının bozulmasına karar verilebilir. Bu durumda istinaf duruşması yapılır. Fakat istinaf mahkemesinin başlangıçta verdiği "davanın kabul edilmez olduğu için reddi" kararının itiraz üzerine ortadan kaldırılması, istinaf mahkemesinin duruşma sırasında yeni nedenler bulunması durumunda, davanın reddi kararı verilmesini engellemez.

İstinaf mahkemesi, duruşmadan önce ortaya çıkan düşme nedenlerini göz önünde tutarak, ara kararla düşme kararı vermişse, bu karara karşı da yasada acele itiraz yolu öngörülmüştür (StPO 206 a II).

İstinaf mahkemesi, davayı kabul ettikten sonra, davanın kabul edilemez olması sebebiyle reddine karar verirse, gene acele itiraz yolu açık tutulmuştur (StPO 322 II).

Alman hukukunda, istinaf mahkemelerinin bütün hükümlerine/ sonkararlarına karşı ilke olarak Ceza Yargılama Yasası'nın 333. maddesi uyarınca temyiz yolu kabul edilmiştir[113].

Alman ceza yargılamasında, istinaf mahkemelerinin verdikleri hükümlere/sonkararlara karşı açılan temyiz davaları Yüksek Eyalet Mahkemesi'nde (Oberlandesgericht) görülür (GVG 121/I 1).

---

112 KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe., Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Onbeşinci Bası, İstanbul 2006, s.1345, n.82.III.

113 KINDHAUSER., s.351, § 30, Rn.29.

SONUÇ

Son olarak bu bölümde, Almanya'da istinafın hukuk politikası bakımından değerlendirilmesi konusunu açıklamaya çalışacağız.

Kühne, istinaf yasayoluna ilişkin, Alman Ceza Yargılama Yasası'ndaki düzenlemelerle ilgili, ayrıntılı bir değerlendirmede bulunmuştur[114].

Yazara göre, daha ilk bakışta, istinafın sistematik ve hukuk politikası açısından yerinde olmayan bir düzenleme olduğu anlaşılır. Asliye Ceza Mahkemesi'nin (des Amtsgerichts) yetkisine giren nispeten hafif olan suçlarda, ikinci bir derece olarak maddi bakımdan yasayolu tanındığı halde, daha ağır suçlara bakan Eyalet Mahkemesi ve Yüksek Eyalet Mahkemesi'nin baktığı suçlarla ilgili davalarda, yalnızca temyiz yolunun açık olması, anlaşılması zor bir durumdur[115]. Tam tersi ağır suçlarda istinaf olması gerekirdi[116].

Bu nedenle, hukuk politikası tartışmalarında, yasayolu olarak istinaf her zaman sorun olmuştur. ***Kühne'***ye göre, istinaf şu andaki hali ile dört noktada eleştirilmektedir[117].

Birincisi, duruşmayı geciktirir. Çünkü hiçbir gerekçe göstermeden herkes hiçbir neden olmadan da ilk derece mahkemesi olan Asliye Ceza Mahkemesi (Amtsgericht) kararlarına karşı, istinaf yoluna başvurabilir. Bu, yasa tarafından öngörülmüş boşuna bir çabadır[118]. Özellikle bunun zaman kaybı olması nedeniyle zararlarının görülmesi gerekir.

İkincisi, zaman geçtikçe maddi gerçeğin ortaya çıkarılması şansının azalmasıdır.

Tröndle, istinafı eti az ve daha kötü harçla, daha güzel yemek yapması beklenen aşçıya benzetiyor[119].

Üçüncü olarak da, istinaf ilk derece mahkemesini de bozmaktadır. Şöyle ki; ilk derece mahkemesinin verdiği sonkararın/hükmün istinaf mahkemesince yeniden bir maddi inceleme yapabilme olanağının bulunduğunun bilincinde olma duygusu, ilk derece mahkemesi yargıcını daha çok yüzeysel bir

---

114 KÜHNE., s.627, 628, § 63, Rn. 1059, 1060, 1060-1.

115 KÜHNE., s.627, § 63, Rn. 1059; RANFT., s. 479, § 68, Rn. 1991; SCHROEDER., 4.Auflage, s.207, § 32, Rn.313.

116 KÜHNE., s.627, § 63, Rn. 1059.

117 KÜHNE., s.627, 628, § 63, Rn. 1060.

118 GEERDS in: Festschrift für PETERS, 1974, s. 267 (278) (ileten: KÜHNE., s.627, 628, § 63, Rn. 1060).

119 TRÖNDLE., aaO s. 82 und GA 1967, 171 (ileten: KÜHNE., s.627, 628, § 63, Rn. 1060).

duruşma idaresine ve daha zayıf bir sorumluluk duygusuna yöneltmektedir. Bu şekilde istinaf, ilk derece yargıcının duruşmasını deneme istasyonu haline getirerek, doğallığını kaybettirir[120].

Son olarak dördüncüsü ise, temyiz mahkemesinin içtihadına göre, kanıtların (delillerin) değerlendirilmesinde, yeteri kadar temyiz mahkemesince müdahale olanağı bulunmaktadır. Böylece, ikinci bir maddi derece incelemesi gereksiz duruma gelmektedir. Daha doğrusu, maddi yönden inceleme yapıp bu kararı veren yargıçların kararları, tespit hatalarından dolayı bu içtihada göre kaldırılabilir.

Görülüyor ki, ***Kühne*** bütün bu açıklamalarla, istinafın öğreti ve uygulamadaki sorunlarını doğru biçimde yansıtmıştır.

Kaynakça

BEULKE, Werner: Strafprozessrecht, 6.neu bearbeitete Auflage, Heidelberg 2002

BEULKE, Werner: Strafprozessrecht, 9.neu bearbeitete Auflage, Heidelberg 2006

CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 6. Bası, İstanbul 2008

ÇINAR, Ali Rıza: Türk ve Alman Ceza Yargılama Hukukunda İstinaf, Ankara 2010

DÖLLING, Dieter: Alternativkommentar zur Strafprozeβordnung, Lutherland 1996

FEZER, Gerhard: Strafprozessrecht, 2. völlig neu bearbeitete Auflage, München 1995

HELLMANN, Uwe: Starafprozessrecht, Heidelberg 1998

HELLMANN, Uwe: Starafprozessrecht, 2. (zweite) überarbeitete und aktualisierte Auflage, Heidelberg 2006

KINDHAUSER, Urs: Strafprozessrecht, Baden-Baden 2006

KREY, Volker: Deutsches Strafverfahrenrecht, Band 2, Stuttgart 2007

KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Onbeşinci Bası, İstanbul 2006

KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Onaltıncı Bası, İstanbul 2008

---

[120] RANFT., s. 479, 480, Rn. 1991; TRÖNDLE., 1975, s. 86; KÜHNE., s.627, 628, § 63, Rn. 1060

KÜHNE, Hans-Heiner: Strafprozessrecht, 8., völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Heidelberg 2010

LEMKE, Michael/JULIUS, Karl-Peter/KREHL, Christoph / RAUTENBERG, Erardo Cristoforo/KURTH, Hans-Joachim/TEMMING, Dieter: Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung., 2. neu bearbeitete Auflage, Heidelberg 1998

MEYER-GOSSNER, Lutz: Strafprozebordnung Mit GVG und Nebengesetzen 52. Auflage, München 2009

ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2008

PETERS, Karl: Strafprozess, 4. Auflage, Heidelberg 1985

RANFT, Otfried: Strafprozessrecht, 2.Auflage, 1995

ROXİN, Claus: Strafverfahrensrecht, 20 Auflage, München 1987

RUPING, Hinrich: Das Strafverfahren, 3 Auflage, Hannover 1997

RUSS, Wolfgang: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung (Löwe-Rosenberg), München 1993

SARIGÜL, Ali Tanju: Ceza Muhakemesinde İstinaf, Ankara 2009

SCHLÜCHTER, Ellen: Das Strafverfahren, 2. Auflage, Köln 1983

SCHRODER, Friedrich-Christian: Strafprozeβrecht, 4. neu bearbeitete Auflage, München 2007

VOLK, Klaus: Grundkurs StPO, 5.Auflage, München 2006

YENİSEY, Feridun/PLAGEMANN, Gottfried: Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB) (Almanca Metin, Türkçe Çeviri ve Sözlük), İstanbul 2009

YENİSEY, Feridun: Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf ve Tekrar Kabulü Sorunu, İstanbul 1979

ZAFER, Hamide: "Türk Ceza Muhakemesi 1999 Öntasarı'sının Kanun Yolları Açısından Değerlendirilmesi", Ceza Hukuku Reformu, İstanbul 2001

Asliye Ceza Mahkemelerinin Yeni Durumu "Silahların Eşitliği" Tartışmalarından "Silahlara Veda"ya

*Tuğrul KATOĞLU**

Giriş

Bu çalışmada, savcılık makamı ve savcının konumuna ilişkin önemli görülen bazı noktalar üzerinde durulmaya çalışılacaktır. Yeni kanuni düzenlemeler ile öngörülen değişiklikler, aşina olunan bazı konuların tekrar ele alınmasını zorunlu kılmaktadır. Özellikle 14 Nisan 2011 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile getirilen düzenleme ve değişiklikler, süreli de olsa ceza muhakemesinin temel bazı ilkeleri ile çelişmekte, ceza muhakemesinde işbirliği sisteminin kabul edildiği Türk hukuk düzeninin sistemsizliğe sürüklendiği görülmektedir. Ceza muhakemesi hukukundaki temel bazı ilkelerin dahi dikkate alınmadığı bu düzenlemeler dolayısıyla öğretinin önceleri çokça tartıştığı bazı konuların tekrar ele alınması zorunluluğu doğmuştur. Zira temel ilkelerin dahi dikkate alınmadığı bir hukuk düzeninde, çoktan bilincine varılmış olması beklenen bazı temel kavram ve kurumların tekrar tekrar ele alınması kaçınılmazdır.

Öte yandan, bu son değişiklikler, 2005 yılında yürürlüğe giren Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki bazı hükümlerle birlikte değerlendirildiğinde sorun içinden çıkılmaz bir hal almaktadır. Bilindiği gibi, mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'ndan farklı olarak Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, hakimin delil araştırma yetkisine yer verilmemiştir. Bundan hareketle hakimin delil araştırma yetkisi bulunmadığını kabul eden yazarlar bulunmaktadır. Bu görüşe itibar edilecek olursa, asliye ceza mahkemelerinden süreli olarak savcının uzaklaştırılmasına ilişkin yeni düzenlemenin tahmin edilenin ötesinde vahim sorunlara yol açması kaçınılmazdır. Duruşmaya katılmayan savcı, sanık lehine delilleri gösteremeyeceği ya da bu

---

* Doç. Dr., Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

evrede delil araştırma gereği duymayacağı gibi, hakim de delil toplayamayacağından ceza muhakemesinin maddi gerçeği bulmak amacından sapacağı her türlü kuşkudan uzaktır. Bu konuya çalışmanın ilgili bölümünde değinilecektir.

Yeni düzenlemeler içerik yönünden olduğu kadar, kanun hazırlama tekniği de eleştiriye açıktır. Söz konusu düzenleme ve değişiklikler, son yıllarda sıkça tercih edilen bir biçimde "*torba yasa*" çıkarılmak suretiyle yapılmıştır. 6217 sayılı Kanun'da, Kanun'un adıyla bağdaşmayan konuların da düzenlendiği görülmektedir.

Savcının asliye ceza mahkemesinden süreli olarak uzaklaştırılması, kanun yolu yargılamalarında tebliğname düzenlenmesinden geçici olarak vazgeçilmesine ilişkin hükümler, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun yürürlük ve uygulanmasına ilişkin 5320 sayılı Kanun'a geçici hükümler koyulmak suretiyle kabul edilmiştir.

Bilindiği gibi, belli bir kanuna ilişkin uygulama kanunları, belli bir normatif düzenlemeden bir başka normatif düzenlemeye geçiş rejiminin esaslarını belirler. Temel bir kanundan bir diğerine geçiş sancıları, olabilecek hak kayıpları, adalet duygusunu zedeleyecek uygulamalar ve çeşitli teknik sorunlar bu şekilde önlenmeye çalışılır. 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiş bir kanunun uygulanmasına dair kanunun, bu kanun yürürlüğe girmesinden altı yıl sonra değiştirilerek yeni ve süreli düzenlemeler öngörülmesi eleştiriye ve tartışmaya açıktır.

Son düzenlemelerle ortaya çıkan ve herhangi bir muhakeme sistemi ile tam anlamıyla bağdaştırılması mümkün olmayan yeni durumun daha iyi sergilenebilmesi bakımından, öncelikle savcının taraf olup olmadığı ve hakimin delil toplama yetkisi bulunup bulunmadığı konularındaki tartışmalar gerekli olduğu ölçüde hatırlatılmaya çalışılacaktır.

1. Savcının Taraf Olup Olmadığı Sorunu Üstüne Yeniden

Savcının taraf olup olmadığı uzun tartışmaların konusu olmuştur[1]. Bugün de farklı görüşler varlığını korumaktadır. Savcının taraf olduğu kabul edildiği takdirde, savcıyı süreli olarak asliye ceza mahkemelerinden çıkaran düzenlemenin, tüm muhakeme dallarının ortak özelliklerinden bir olan tarafların mevcudiyetini bertaraf ettiğini söylemek mümkündür. Ceza davası kamusaldır. İddia kamusaldır. Ama iddiacı, duruşmaya katılmayacaktır.

Bilindiği gibi, bir görüşe göre savcı taraf değildir. Savcının taraf olmadığı savunanların gerekçelerinden biri savcının kendi menfaatini değil toplu-

---

1 Farklı görüşlerin ayrıntılı tahlili için bkz. Selahattin Keyman, **Ceza Muhakemesinde (Asıl Ceza Muhakemesinde) Savcılık, Ankara**, 1970, s. 147 vd..

mun menfaatini korumasıdır. Buna göre sanığın menfaati ile savcının menfaati zıt değildir[2]. Savcı şüpheli ve sanığın haklarının da koruyucusu olduğuna göre taraf olmamalıdır[3].

Savcının taraf olmadığını savunanlar tarafından ileri sürülen bir başka gerekçe, savcının, devletin bir organı olmasıdır. Bu nedenle davada taraf olmamalıdır. Hakim nasıl sanık karşısında taraf olmuyor ise savcı da taraf olmamalıdır.

Savcının taraf olduğunu savunanlar bunu farklı biçimlerde ifade etmişlerdir.

Savcı sanık lehinde taleplerde bulunabilmesine, sanık lehine hususları da gözetmek zorunda olmasına rağmen taraftır. Zira taraf özelliği muhakeme hukuku ilişkisinden kaynaklanmalıdır[4].

Savcı aynı müdafi gibi taraftır ve suçtan zarar gören toplumun hakkını savunmaktadır[5]. Savcı, zarar gören toplumun tarafı sıfatıyla faaliyetini yürütmektedir[6].

Savcı makam itibariyle taraftır[7]. "*Savcı muhakeme ilişkisinin süjesidir, fakat bu süjelik kendisine savcılık makamını işgal etmesi dolayısı ile verilmiştir. Savcılık makamı ise, suçtan zarar gören taraflardan biri Devletin iddia görevini yapmak üzere kurduğu bir makamdır*"[8]. Savcı da devlet adına iddia makamını işgal etmektedir[9].

Savcı, "*herhangi bir davacı gibi şahsen taraf değildir*". Belli hallerde iddianame düzenlememe yetkisi verilen, sanığın lehine hususları da gözet-

---

2 Bkz. Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu; Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. b., İstanbul, Beta, 2006, s. 375.

3 Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma, Yasemin F. Saygılar, Esra Alan; **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 3. b., Ankara, Seçkin, 2010, s. 211. Benzer görüş, Yener Ünver, Hakan Hakeri; **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 4. b., Ankara, Adalet, 2011, s. 191.

4 Bkz. Kunter, Yenisey, Nuhoğlu; s. 375.

5 Tosun, s. 566.

6 Keyman, s. 179.

7 Keyman, s. 178; Kunter, Yenisey, Nuhoğlu; s. 375; Nevzat Toroslu, Metin Feyzioğlu; **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 7. b., Ankara, Savaş, s. 118; Nur Centel, Hamide Zafer; **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 7. b., İstanbul, Beta, s. 110.

8 Kunter, Yenisey, Nuhoğlu; s. 375.

9 Hakan Karakehya, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma**, Ankara, Savaş, 2008, s. 58.

mekle yükümlü bulunan savcının şahsı yönünden davacı olmadığı kabul edilmelidir. Muhakeme zorunlu olarak iddia makamını gerekli kılar[10].

Gerçekten de savcı makam itibariyle taraftır. Konu ceza muhakemesinin amacına ve muhakeme hukuku ilişkisine göre ele alınmalıdır.

Bilindiği gibi, ne sanığın peşin olarak suçlu sayılması ne de peşin olarak masum kabul edilmesi gerekir. Önemli olan maddi gerçeğin bulunmasıdır. Suçlunun cezalandırılmasında da, masumun cezalandırılamamasında da toplumun yararı vardır. Dolayısıyla savcı, kamusal iddia makamını işgal ederken, maddi gerçeği araştıracak ve bu suretle toplumun menfaatlerinden yana taraf olacaktır.

Öte yandan yargılama yapılabilmesi için iddiaya ve davaya gerek vardır. Dava, iddianın incelenmesini mümkün kılan araçtır. "*Davasız yargılama olmaz*" ilkesi gereği yargılama organının harekete geçebilmesi, yargılama yapılabilmesi için, uyuşmazlığın bu organın önüne dava ile getirilmesi gerekir. Bu görevi yerine getiren makam savcılık, süje ise savcıdır[11]. Dava açanın taraf olmadığı söylenemez.

Kanun'da, savcının taraf olarak öngörüldüğü düzenlemeler de vardır. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun istinaf isteminin tebliği ve cevaba ilişkin 277, temyiz dilekçesinin tebliği ve cevaba ilişkin 297, Yargıtay'da duruşmalı incelemede usule ilişkin 300. maddelerinde savcının taraf olarak kabul edildiği görülmektedir[12].

CMK 277. Maddesinin ilk fıkrasında "*276 ncı maddeye göre hükmü veren mahkemece reddedilmeyen istinaf dilekçesi veya beyana ilişkin tutanağın bir örneği karşı tarafa tebliğ olunur. Karşı taraf, tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde yazılı olarak cevabını verebilir*" dendikten sonra ikinci fıkranın ilk cümlesinde "*karşı taraf sanık ise, bir tutanağa bağlanmak üzere zabıt kâtibine yapılacak bir beyanla da cevabını verebilir*" hükmüne yer verilmiştir. Maddede savcı, sanığın karşısında, taraf olarak kabul edilmiştir.

CMK'nun 297. maddesi bakımından da durum aynıdır. Temyiz dilekçesinin tebliği ve cevaba ilişkin maddenin ilk fıkrasında "*296. maddeye göre hükmü veren bölge adliye mahkemesince reddedilmeyen temyiz istemine ilişkin dilekçesinin bir örneği karşı tarafa tebliğ olunur. Karşı taraf, tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde yazılı olarak cevabını verebilir*" denmekte ve savcı da taraf olarak kabul edilmektedir. Savcının da sanığın da dilekçeleri karşılıklı olarak tebliğ edilecektir.

---

10 Cumhur Şahin, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, C. I, Ankara, Seçkin, 2007, s. 112.

11 Toroslu, Feyzioğlu; s. 28-29.

12 Toroslu, Feyzioğlu; s. 118.

Nihayet CMK'nun Yargıtay'da duruşmalı incelemede usule ilişkin 300. maddesinin ikinci fıkrasında, "*Duruşmada Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı veya yerine görevlendirdiği Yargıtay Cumhuriyet savcısı, sanık, müdafii, katılan ve vekili iddia ve savunmalarını açıklar. Temyizi istemiş olan tarafa önce söz verilir*" hükmüne yer verilmiştir. Cumhuriyet savcısı da temyiz kanun yoluna başvurabildiğine göre taraf olduğunun kabulü zorunludur.

Gerek CMUK m. 159 gerek CMK m. 160/f. 2, de öngörülen sanığın lehine delilleri toplama, bu yöndeki hususları göz önünde bulundurma yükümlülüğü, savcının kamusal iddia makamını işgal ettiği ve maddi gerçeği arayarak kamu yararını gözetmesi gerektiği dikkate alınarak değerlendirilmelidir.

Öte yandan CMUK ve CMK'nda öngörülmüş olan ve hakimin tarafsızlığını güvence altına almaya yönelik red kurumu savcı bakımından kabul edilmemiştir.

Tarafsızlık, uyuşmazlıkla ilgili önyargı yokluğunu gerektirir. İddiada bulunan, dava açan bir süjenin önyargılı olmadığını söylemek mümkün değildir.

Kamu hukuku alanındaki muhakeme dallarında taraf yararı değil kamu yararı gözetilir. Bu nedenle re'sen tahkik kabul edilmiştir. İdari yargıda da durum böyledir.

Bu nedenle ceza muhakemesinde, medeni muhakemedeki kanuni delil sistemi ve delil sınırlamaları kabul edilmemiştir.

Bu nedenle, medeni muhakemede olduğu gibi bir ispat yükü dağılımı söz konusu değildir. Sanık lehine hususların gözetilmesinde de kamu yararı vardır. Zira kamunun ve toplumun yararı maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasındadır. Sanık lehine olan hususların savcı tarafından dikkate alınması adil yargılanmanın bir gereğidir. Savcı bu nedenle de sanık lehine delilleri toplamakla yükümlü kılınmıştır[13].

Sonuç olarak savcı ceza muhakemesinde taraftır. Yeni düzenlemelerle taraf olan savcının sulh ceza mahkemelerinden sonra asliye ceza mahkemelerinden de uzaklaştırılması söz konusu olmaktadır.

2. Hakimin Delil Araştırma Yetkisi

Ceza muhakemesinin amacı maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Medeni muhakemedeki kanuni delil sistemi ve ispat yükü sınırlamalarına ceza muhakemesinde yer verilmemesine, vicdani delil ve vicdani kanaat sis-

---

[13] Karakehya, s. 55.

teminin kabul edilmesine karşın, yürürlükteki ceza muhakemesi kanunundan hakimin delil araştırma yetkisine yer verilmemiştir. Yeni CMK sistemine göre delillerin sadece soruşturma evresinde toplanacağı, bu sistemde mahkeme makamının delil toplayamayacağı, delil toplanmadan düzenlenen iddianamenin bu makam tarafından iade edileceği, kovuşturma evresinde delil toplanması gerekirse bunun savcılık marifetiyle yapılacağı belirtilmektedir. Bu görüşü savunan yazarlar, kovuşturma evresinde de delil toplanmasının mümkün olduğunu belirtmektedirler[14]. Nitekim CMK'nun 207. maddesinde delil ve olayın geç bildirilmesinin, delil araştırılması isteminin reddini gerektirmediği hükme bağlanmıştır.

Bu düzenleme ile hakimin savcıya benzemekten kurtarıldığını düşünenler bulunmakla birlikte, önemli olan ceza muhakemesinin amacıdır. Bu amaç da maddi gerçeğin bulunmasıdır. Hakimin delil araştırma yetkisi bu amaç dolayısıyla muhakemenin vazgeçilmez unsurudur. Mülga CMUK'ndaki düzenleme, ceza muhakemesi hukukunun amacına uygun bir düzenleme idi. Delil serbestisinin ve vicdani delil sisteminin kabul edildiği, hakimin vicdani kanaatine göre hüküm verdiği bir yapıda, delil araştırma yetkisinin kanunda öngörülmemesi yerinde olmamıştır.

Bununla birlikte, hakimin vicdani kanaatine göre hüküm verdiği, delilleri serbestçe değerlendirdiği, bilirkişi raporuyla bağlı olmadığı bir sistemde, delil araştırma yetkisinin bulunduğu, bu yetkinin vicdani kanaat sistemine içkin bulunduğu kabul edilmelidir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Hakimin delil araştırma yetkisine açıkça yer verilmemiş olmakla birlikte, vicdani kanaat sisteminin, delil değerlendirme serbestisinin bu yetkiyi de içerdiği düşünülmelidir. Aksi düşüncenin kabulü, savcının katılmadığı duruşma devresinde sanık lehine delillerin araştırılması görevinin sadece sanığa ve müdafiine bırakılması sonucunu doğurur. Bu konuya aşağıda değinilecektir. Nitekim, hakimin delil toplama yetkisi bulunmadığını savunan bazı yazarlar da, soruşturma evresinden sonra delil toplatma gereği duyulması halinde mahkemenin savcılık marifetiyle bunları elde edeceğini söylemektedirler[15]. Bu durumda, mahkeme makamının delil toplanmasına gerek görebileceği ve bu yönde istemde bulunabileceği kabul edilmiş olmaktadır. Yani mahkeme makamının delil toplatması önünde ilkesel bir engel yoktur. Delilin toplanması kararını mahkeme makamı verebilecektir. Karar sahibi mahkeme makamı olacak, savcılık bu kararın uygulanması bakımından vasıta teşkil edecektir.

Öte yandan, uygulamada sanık aleyhine delil gösterilmeksizin düzenlenmiş iddianamelerle karşılaşılmaktadır. Bu iddianamelerin iade edilmediği

---

14 Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma, Saygılar, Alan; s. 303.

15 Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma, Saygılar, Alan; s. 303.

örnekler de gözlenmektedir. Hatta sadece sanık lehine hususların gösterildiği ve iade edilmemiş iddianameler dahi vardır. Bu nedenlerle de mahkeme makamının delil araştırması, delil toplanması konusunda karar vermesi gerektiği kabul edilmelidir.

3. Kamusal İddia Makamından Yoksun Yeni Asliye Ceza Mahkemeleri

Yukarıda da değinildiği gibi, 6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik yapılmasına Dair Kanun ile süreli de olsa asliye ceza mahkemelerinde savcının muhakemeye katılmaması öngörülmüştür.

Yine yukarıda belirtildiği gibi, söz konusu düzenleme, Kanun'un 26. maddesi ile CMK'nun yürürlük ve uygulamasına ilişkin 5320 sayılı Kanun'a geçici maddeler eklemek suretiyle yapılmıştır.

5320 sayılı Kanun'a 6217 sayılı kanun ile eklenen Geçici 3. maddede "*1/1/2014 tarihine kadar, asliye ceza mahkemelerinde yapılan duruşmalarda Cumhuriyet savcısı bulunmaz ve katılma hususunda Cumhuriyet savcısının görüşü alınmaz. Ancak, verilen hükümler ile tutuklamaya veya salıverilmeye ilişkin kararlara karşı Cumhuriyet savcısının kanun yoluna başvurabilmesi amacıyla dosya Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir*" hükmüne yer verilmiştir.

Öte yandan aynı kanunla eklenen Geçici 4. maddede de tebliğname düzenlenmesi süreli olarak kaldırılmaktadır. Buna göre, "*Bölge adliye mahkemelerinin 26/9/2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş ve Yetkileri Hakkında Kanunun geçici 2 nci maddesi uyarınca Resmi Gazete'de ilan edilecek göreve başlama tarihinden altı ay sonra başlamak üzere üç yıl süreyle yapılacak kanun yolu incelemelerinde, bölge adliye mahkemelerinde ve Yargıtayda tebliğname düzenlenmesine ilişkin hükümler uygulanmaz.*"

Aşağıda, düzenlemeye ilişkin sorunlar yöntem ve kapsam bakımından ayrı ayrı ele alınacaktır.

a. Düzenlemeye İlişkin Yöntem Sorunları

Düzenleme ve değişikliklerin öngörüldüğü 6217 sayılı kanunda, yargının işleyişinin hızlandırılması ile ilgisi olmayan hükümlerin bulunduğu derhal göze çarpmaktadır. Özelleştirme programına alınan kuruluşlardan, özelleştirme kapsamından çıkartılmış olsalar dahi sermayelerindeki kamu payının %50'nin altına düştüğü kuruluşların Sayıştay denetimi dışında tutulmasını

öngören Geçici 1. maddenin, her halde Kanun'un amacıyla bir ilgisi yoktur. Yine geçerli mazerete dayalı olarak askerlik şubelerine gelemeyen yükümlülerin bakaya sayılmayacağına ilişkin düzenleme (6217 s.k., m. 1), son yoklamada bulunmaları gereken yere gelmeyen yükümlülere ve yoklama kaçağı iken erteletme kararı alanlara ilişkin düzenlemelerin (6217 s.k., m. 3) yargı hizmetlerinin hızlandırılması ile bir ilgisi yoktur. Kanun'un adına kanmadan, bir "torba yasa" olduğu kabul edilmelidir. Özel bir amaca yönelik olarak çıkarılan Kanun'a, bu amaçla ilgisi olmayan hükümler de konmuştur.

Bir başka tuhaflık tebliğname düzenlenmesinden geçici olarak vazgeçilmesini öngören hükmün ancak, istinaf sisteminin ve bölge adliye mahkemelerinin faaliyete başlamasından itibaren altı ay sonra uygulanmaya başlayacak olmasıdır. Süreli düzenlemeler, genellikle olağan olmayan durumların üstesinden gelmek için yapılır. Örneğin "*yargı hizmetlerinin hızlandırılması*"na ilişkin bu kanun, yargılamaların uzadığı yönündeki şikayetlerle de kendini gösteren güncel bir sıkıntının üstesinden gelmek amacıyla çıkarılmıştır. Bununla birlikte, güncel sıkıntıyı aşmaya yönelik düzenleme, muhayyel bir tarih başlangıç noktası kabul edilerek, bu tarihten itibaren altı ay sonra uygulanacaktır.

6217 sayılı Kanun bir torba kanundur ver çok kısa bir süre önce kabul edilen ya da yürürlüğe giren kanunlarda değişiklik yapmıştır. Bunun da yasama ciddiyetiyle bağdaştırılması mümkün değildir. Bu bir sınama yanılma yasama yöntemidir. "*Kervan yolda düzülür*" deyiminin kanun yapma pratiğinde somutlaşmış halidir.

Yöntem sorunlarından daha vahimleri hiç kuşkusuz içeriğe ilişkin olanlardır.

b. Düzenlemelerin Esasına İlişkin Sorunlar

Torba kanun ile 14 Nisan 2011 tarihinde getirilen düzenleme, çelişme, hükmün kollektif oluşu, hakimin tarafsızlığı gibi ceza muhakemesinin başlıca ilke ve özellikleri ile çatışmaktadır.

aa. Çelişme ve Hükmün Kollektif Oluşu Bakımından 6217 Sayılı Kanun

Bilindiği gibi, asliye ceza mahkemesi, asıl ceza mahkemesidir. Ağır ceza ve sulh ceza mahkemelerinde görülen davalar dışındakilere asliye ceza mahkemeleri bakmaktadır. Bu durumda Kanun'da öngörülen süre boyunca asıl ceza mahkemesinde savcı görev yapmayacaktır. Yeni kanundaki düzenlemenin, hakimin delil araştırma yetkisini kaldırdığının kabulü halinde, hakimin delil araştırması da mümkün olmayacaktır. Sanık lehine hususları da göze-

tecek savcı duruşmaya katılamayacaktır. Sonuç olarak maddi gerçeğin bulunması güçleşecektir.

"*..Ferdi hükmün ortaya çıkabilmesi için tek bir süjeye ait düşüncenin kendi içinde ikiye ayrılması yetmektedir. Buna mukabil, kollektif hükmün (yani varılan hakikatin) herkes için geçerli olabilmesi ise, muhtelif süjelere ait düşüncelerin birleşmesi halinde mümkün olabilmektedir*."[16] Tüm süjelerin görüşlerini ortaya koymaları, gerçeği muhakeme etmeleri gerekir. Herkes için bir tek maddi gerçek olacağı için, bunun herkes tarafından muhakeme edilmesi zorunludur. Bir muhakeme hukuku süjesinin kendi görüşünü diğer süjelerin görüşleri ile karşılaştırmak olanağından yoksun bırakılması halinde bir muhakeme yapıldığından bahsedilemeyecektir. Böyle bir faaliyet muhakeme sayılamayacaktır[17].

Hükmün kollektif olarak verilebilmesi için gerekli olan yöntem ya da sistemin adı "çelişme"dir. Çelişme içinde savcının çok önemli bir rolü vardır. Çelişme, muhakeme süjelerinin kendi görüşlerini, değerlendirilmek üzere diğer süjeleri önüne koymasıdır. Tez ve antitez olmadan çelişme de olmaz. Ceza muhakemesinde çelişme iddia, savunma ve yargılama makamı arasında gerçekleşir. Kollektif hüküm, en az üç hüküm barındıran bileşik bir hükümdür. Bunun için, hükmün hazırlanmasına en az üç süjenin katılması gerekir[18]. Karşılıklı yorum yapma olanağının bulunmadığı bir sistem çelişme olarak adlandırılamaz[19]. Çelişme, tüm duruşma devresinde devam etmelidir. Nitekim, savcının, kamu davası açmasının yanı sıra bu davayı yürütmekle de yükümlü kılınmasının nedenlerinden biri de budur. 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 20. maddesinin ilk fıkrasında savcıya, duruşmalara katılma görevi verilmiştir. Hükmün kollektif olması, süjelerin tatmin olmasını sağlar, hükmün bağlayıcılığını pekiştirir. Hükmün herkesçe kabul edilebilir olmasına olanak verir[20].

Bilindiği gibi, savcının hükmün verilmesine katılması çeşitli yaptırımlarla da teminat altına alınmıştır. Bu çerçevede, mülga CMUK ile CMK'nun, savcının duruşmaya gelmemesinin temyiz incelemesi sırasında mutlak bozma nedeni olarak kabul edileceğini öngören sırasıyla 308 ve 289. maddelerini dile getirmek gerekir. Bu hükümler, savcının duruşmada bulunmasının sistem bakımından önemini göstermektedir.

---

16 Keyman, s. 24, 25.

17 Keyman, s. 25.

18 Keyman, s. 26, 27.

19 Karakehya, s. 222.

20 Karakehya, s. 74-76.

Yeni düzenleme ile ortaya çıkan durum, ceza muhakemesi sisteminin özüne aykırıdır. Çelişme ortadan kalkmakta, hakimlik makamı dejenere edilmektedir. Delil toplama yetkisinin kaldırıldığı yönündeki görüş kabul edilirse, savcı görüntüsünden uzaklaştırılmaya çalışıldığı ileri sürülen hakim bu düzenleme ile kaçınılmaz olarak hem iddia hem de yargılama görevini yerine getirecektir.

bb. Hakimin Tarafsızlığı Bakımından 6217 Sayılı Kanun

Kamusal iddianın temsil edilmediği duruşma devresinde hakimin, savcının da rolünü üstlenmesi olasılığı, tarafsızlığını ciddi biçimde kuşkuya düşürecektir. Bu durum muhakemede bir süjenin hem iddiacı hem de hakim olamayacağı yönündeki hukukun genel ilkesi (*nemo judex in sua causa*) ile bağdaştırılamaz.

Bu ilke aslında zaten iddianamenin iadesi kurumu dolayısıyla zarar görmüştür. Zira iddianame görevli mahkeme makamına inceletilmekle bir önyargı yaratılmakta, savcı sadece iddianame düzenlemekte, mahkemenin kabulüyle dava açılmış sayılmakta ve adeta dava mahkemeye açtırılmaktadır. Bu durumun davacısız hakim olmaz (*nemo judex sine actore*) ilkesi ile de bağdaştırılması mümkün değildir.

Bu durumda hakimin tarafsızlığını kovuşturma süresince koruması beklenemeyecektir.

cc. Ceza Muhakemesi Sistemleri Bakımından 6217 Sayılı Kanun

Türkiye'de benimsenen ceza muhakemesi sisteminin işbirliği sistemi olduğu kabul edilmektedir. Bilindiği gibi işbirliği sistemi, tahkik sisteminin, soruşturmanın gizliliği gibi bazı özellikleri ile itham sisteminin sözlülük ve açıklık gibi bazı özelliklerinin bir araya getirilmesiyle oluşturulmuştur.

Söz konusu düzenleme, işbirliği sisteminin özüne aykırıdır. İddia makamını işgal eden süjenin davayı yürütmemesinin itham sistemi ile bağdaştırılması mümkün değildir. Zira itham sisteminde muhakeme, itham eden ile itham edilen arasındaki bir diyalogdur[21]. Savcının duruşmaya çıkmaması halinde bu diyalogun gerçekleşmesi mümkün değildir.

Yeni düzenleme tahkik sistemi ile de bağdaşmamaktadır. Tahkik sisteminde hakimin delil toplama yetkisi vardır. Hakimin delil araştırma yetkisinin bulunmadığını savunan görüş kabul edildiği taktirde yeni düzenleme dolayısıyla işbirliği sistemi tahkik sistemine de dönüşmemektedir.

---

21 Toroslu, Feyzioğlu; s. 41.

dd. Asliye Ceza Mahkemesinden Uzaklaştırılan Savcıya Kanunen Sahip Olmadığı Bir Yetkinin Tanınması

6217 sayılı Kanun'un Geçici 3. maddesi bir vahim sorun daha barındırmaktadır. Bilindiği gibi, başvuru üzerine tutuklunun salıverilmesine ilişkin kararlara savcılığın itirazı yolu kapalıdır. Geçici birinci madde ile savcının salıverme kararlarına karşı itiraz yoluna başvurabilmesini teminen dosyanın savcılığa gönderilmesi öngörülmüştür. Uygulamada, kanuna aykırı biçimde salıverme kararlarına savcılıkça itiraz edildiği ve bu itirazların da kabul edilebildiği görülmektedir. Madde, bu haliyle, kanuna açıkça aykırı bu uygulamaları adeta meşrulaştırmaktadır.

Sonuç

Savcı makam itibariyle taraftır. Savcı devlet adına iddia makamını işgal etmektedir. Muhakeme zorunlu olarak iddia makamını gerekli kılar. Konu ceza muhakemesinin amacına ve muhakeme hukuku ilişkisine göre ele alınmalıdır. Ceza muhakemesinin amacı maddi gerçeğin bulunması olduğuna göre savcının sanık lehine olan hususları da dikkate alması doğaldır ve taraf sıfatına da engel değildir. İddia eden tarafın duruşmada bulunması gerekir.

Ceza muhakemesinin amacına ulaşılabilmesi için tüm süjelerin görüşlerini ortaya koymaları, maddi gerçeğin herkes tarafından muhakeme edilmesi zorunludur. Gerçekten de bir muhakeme hukuku süjesinin kendi görüşünü diğer süjelerin görüşleri ile karşılaştırmak olanağından yoksun bırakılması halinde bir muhakeme yapıldığından bahsedilemeyecek, bu faaliyete muhakeme adı verilemeyecektir.

Savcının duruşmaya katılmaması halinde hükmün kollektif olarak verilebilmesi için gerekli olan çelişmenin varlığından bahsedilemeyecektir. Tez ve antitez olmadan çelişme de olmaz. Ceza muhakemesinde çelişme iddia, savunma ve yargılama makamı arasında gerçekleşir.

Çelişmenin ortadan kaldırılması ile hakimlik makamına yüklenen görevler artmakta, hakime savcılık yaptırılmaktadır. Bir taraftan "*hakimi savcı gibi davranmaktan kurtarmak*" amacıyla hakimin delil araştırma yetkisi açıkça öngörülmemekte, öte yandan sanık lehine hususları da gözetecek ve bu yöndeki delilleri de toplayacak olan savcı duruşmadan uzaklaştırılmaktadır. Delil toplama yetkisinin kaldırıldığı yönündeki görüş kabul edilirse, savcı görüntüsünden uzaklaştırılmaya çalışıldığı ileri sürülen hakim bu düzenleme ile kaçınılmaz olarak hem iddia hem de yargılama görevini yerine getirecektir. Bu da hakimin tarafsızlığını zedeleyecektir.

Yeni düzenleme, duruşmayı sözlü bir diyalog ve çelişme olarak kabul eden itham sistemine benzememektedir. Eğer hakimin delil toplama yetkisi-

nin bulunmadığı yolundaki görüşe itibar edilirse yeni düzenlemenin tahkik sistemiyle de ilişkisi bulunmadığı görülecektir. İddia makamında bir süjenin bulunmadığı bir sistem işbirliği sistemi de değildir. Türkiye'de artık ceza muhakemesinin bir sistemi yoktur.

Uygulamada savcıların çalışmadığı yolunda yakınmalara tanık olunmaktadır. Hatta mahkemesinde savcı istemeyen hakimlerin bulunduğu bile görülmüştür. Böyle bir sorun var ise, çaresi doğru denetim ve mesleğe alınacak kişilerin doğru seçilmesidir. Bu tür yakınmalar dikkate alınarak süreli yeni düzenlemenin sürekli bir düzenlemeye dönüşmesi olasılığı da yok değildir.

İşyükü de böyle bir düzenleme için gerekçe olamaz. Hastanelerde de işyükü ağırdır. Nasıl hasta sayısı fazla olduğu için tıp mesleğinin ilke ve gereklerine aykırı yöntemlere başvurulamaz ise, dava yükü gerekçe gösterilerek, ceza muhakemesi muhakeme olmaktan çıkarılamaz.

Derhal bir kanun değişikliği yapılarak bu yanlıştan dönülmelidir. Bu kanun değişikliği yapılırken, Türk Ceza Kanunu'nun 6. maddesinin(d) bendinde "*yargı görevi yapan*" kişiler için öngörülen tanım da değiştirilmelidir. Bilindiği gibi tanımda savcı ve avukatlar da yargı görevi yapanlar arasında sayılmaktadır. Yargılama makamları yargıçlık makamı ve mahkeme makamından oluşur. Bunları işgal eden süje ise hakimdir. Savcı ve avukatlar adli bir görevi yerine getiriler. Ancak yargılamayı yapan süje hakimdir.

Nihayet, 6217 sayılı kanunun Geçici 3. maddesi de bir an önce yürürlükten kaldırılmalı, CMK'na göre mümkün olmadığı halde tutuklama ya tutukluluğun devamına ilişkin kararlara itiraz sonucu verilen salıverme kararlarına karşı savcıların başvurmasını meşrulaştırmaya elverişli bu düzenleme hukuk düzeninden çıkarılmalıdır.

Terör Eylemlerinden Dolayı Devletin Uluslararası Sorumluluğu

*Emre ÖKTEM**

1. Uluslararası hukukta sorumluluk

Her hukuk düzeni gibi uluslararası hukuk düzeni, de "yapma" ya da "yapmama" yükümleri getiren davranış normlarını içeren birincil kurallar ve bu kuralların ihlali halinde uygulama imkânı bulan (örneğin zararı giderim yükümü) ikincil kurallardan oluşur. Uluslararası hukukta sorumluluk, ikincil kural niteliğindedir ve uluslararası hukukun, geniş anlamda, yaptırımları arasında sayılmaktadır. Bu hukuk dalındaki sorumluluk, cezai nitelikte olmayıp medeni hukuktaki sorumluluk kavramıyla benzerlik göstermektedir.[1] Uluslararası Hukuk Komisyonu'nda, sorumluk konusunda özel raportör Roberto Ago'nun, pozitif uluslararası uluslararası sorumluluk hukukuna suç kavramını dahil etme girişimleri ciddi güçlüklerle karşılaşmıştır. Bu iç hukuk kurumunu, uluslararası toplum gibi merkezi otoritenin bulunmadığı bir sisteme uyarlamak mümkün görünmemektedir[2]. Günümüzde "bir devlet suç işleyebilir mi?" sorusunun cevabı, "hem evet, hem hayır" olacaktır. Devlet, kendi başına hiçbir şey yapamaz, çoğunlukla *de jure* organları olan bireyler aracılığıyla hareket eder. Ancak, bu bireylerin resmi yetkiyle hareket ederken işledikleri uluslararası suçlar devlete atfedilebilir. Fakat bireyin işlediği suçtan dolayı yüklendiği cezai sorumluluk devlete atfedildiğinde nitelik değiştirerek bir tür medeni sorumluluğa dönüşmektedir.[3]

---

* Doç. Dr., Galatarasay Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

1 Alland, Denis, "Responsabilité et sanctions"in Droit international public, sous la direction de Denis Alland, Presses universitaires de France, Paris, 2000, s. 399-400.

2 Tcheuwa, Jean-Claude, "Communauté internationale, guerre et responsabilité: Réfléxion autour de la responsabilité internationale des Etats" in Revue héllénique de droit international, 2005, s. 99.

3 Milanovic, Marko, "State Responsibility for Genocide" in European Journal of International Law, vol 17 no. 3, s. 562.

Bununla beraber, uluslararası hukuktaki sorumluluk kavramı ile medeni hukuktaki sorumluluk arasında önemli farklar vardır. Uluslararası hukukta, kökeni andlaşma veya teamül olsun, her türlü uluslararası yükümün ihlali aynı hukuki rejime tabidir[4]. Rainbow Warrior tahkimine göre: "Uluslararası hukukun sorumluluk konusunda uygulanabilir ilkeleri, bir andlaşmadan kaynaklanan yükümün ihlali halinde de aynen uygulanabilir niteliktedir, zira uluslararası hukukta, sözleşmeden kaynaklanan sorumluluk ile haksız fiilden kaynaklanan sorumluluk arasında ayrım yapılmaz"[5]

Uluslararası sorumluluğun unsurları; i) uluslararası hukuka aykırı ya da, uluslararası hukuka uygun olmakla beraber sonuçlarına uluslararası sorumluluk atfedilen **fiil,** ii) bu fiilin verdiği **zarar,** iii) söz konusu fiilin bir uluslararası hukuk kişisine **atfedilebilirliği** ve iv) **sorumluluğu ortadan kaldırıcı hallerin yokluğu**ndan oluşmaktadır.[6] Bu unsurlara ve genel olarak uluslararası sorumluluğun teorik çatısına, terörizmle ilişkili olarak muhtelif noktalarda temas edilecektir.

2. Devletin uluslararası sorumluluğu ve terörizm ilişkisi

2.1. Genel olarak

Bir devletin, terör eylemleriyle muhtelif biçimlerde ve derecelerde ilişkisi bulunabilir. Devletin kendi ülkesi dâhilinde ve kendi vatandaşlarına karşı gerçekleştirdiği eylemlerle ülkesi dışında gerçekleştirdiği eylemler arasında bir ayrıma gitmekte yarar vardır, zira uluslararası hukukun bu kategorilere

---

4 Weil, Prosper, "Le droit international en quête de son identité-Cours général de droit international public" in Recueil des cours de l'Académie de droit international, 1992/ VI, tome 237, s. 332-335. bkz. Rainbow Warrior Tahkimi, 30 Nisan 1990, in Revue générale de droit international public, 1990, s. 851, § 75.: "Uluslararası hukukun sorumluluk konusunda uygulanabilir ilkeleri, bir andlaşmadan kaynaklanan yükümün ihlali halinde de aynen uygulanabilir niteliktedir, zira uluslararası hukukta, sözleşmeden kaynaklanan sorumluluk ile haksız fiilden kaynaklanan sorumluluk arasında ayrım yapılmaz".

5 Rainbow Warrior, 30 Nisan 1990, bkz. Revue générale de droit international public, 1990, s. 851, § 75.

6 Bkz. Pazarcı, Hüseyin, Uluslararası Hukuk, Turhan Yayınevi, 2003, s. 402. Uluslararası hukukta sorumluluk teorisi hakkında bkz. Thierry, Hubert, "Cours général de droit international public" in Recueil des cours de l'Académie de droit international, tome 222, 1990/III, s. 108 is; Brownlie, Ian, "International Law at the Fiftieth Anniversary of United Nations-General Course of Public International Law" in Recueil des cours de l'Académie de droit international, tome 255, 1995, s. 90 is; Rosenne, Shabtai, "The Perplexities of Modern International Law-General Course on Public International Law" in Recueil des Cours de l'Académie de droit international, tome 291, 2001, s. 382 is; Cassese, Antonio, International law, Oxford University Press, 2003, s. 182 is.

bağladığı sonuçlar farklıdır. Birincisi, esasen uluslararası insan hakları hukukunun ilgi alanına girmekte olup sorumluluk meselesinden farklı -ama onunla ilişkili- bir problematiğe götürmektedir. Devletin, ülkesi dâhilinde gerçekleşen terör eylemlerinin üçüncü devlet vatandaşlarını etkilemesi halinde ise, uluslararası sorumluluk kavramının klasik kurumlarından biri olan diplomatik koruma mekanizması devreye girebilecektir.

Bir devletin bir başka devlet ülkesi üzerinde, doğrudan ya da dolaylı olarak destek verdiği silahlı gruplarca gerçekleştirdiği şiddet eylemleri mağdur devletin hukukuna göre suç teşkil ettikleri gibi[7], uluslararası hukuk anlamında yoğunluk derecelerine göre, içişlerine müdahale yasağının ve Birleşmiş Milletler Şartı'nın kilit taşı sayılan kuvvet kullanma yasağının ihlalini oluşturabilirler[8]. Bunlar, uluslararası sorumluluğu doğuran klasik olgular arasında yer almaktadırlar. Her türlü haksız fiil gibi kuvvet kullanma eylemleri de pozitif bir yükümü beraberinde getirir; bu, muharip devletlerin yol açtıkları zararı tamir etme yükümüdür. Bu yüküm, ahdi hukuk gibi içtihadi hukukta da ifadesini bulmaktadır.[9]

Devletin, kendi sınırları dışında gerçekleşen insan hakları ihlalleri, devletin uluslararası sorumluluğunu doğurmanın yanısıra, uluslararası insan hakları hukuku bakımından da problem doğururlar. Bu bağlamda, insan haklarını zorunlu olarak ihlal eden terörizm eylemleri de uluslararası hukukun bir başka yönden ihlalini oluştururlar[10]. Uluslararası Adalet Divanı, bireyleri temel haklarından mahrum bırakan bir devletin, Birleşmiş Milletler Şartı uyarınca üstlendiği temel yükümleri ihlal ettiği hususunu tanımış[11] ve "İnsanları haksız biçimde özgürlüklerinden mahrum bırakmanın ve onları sıkıntılı şartlar altında fiziksel zorlamalara mâruz bırakmanın, Birleşmiş Milletler Şartı'nın ilkeleri gibi İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde ifadesini bulan temel ilkelerle de bâriz biçimde bağdaşmaz (olduğunu)"[12] beyan etmiştir. Bu itibarla, Divan'ın Barcelona Traction kararında tespit ettiği

---

7 Guillaume, Gilbert, "Terrorisme et droit international" in Recueil des cours de l'Académie de droit international, tome 215, 1989/III., s. 299.

8 Dinstein, Terrorism as an International Crime, s. 58. Bu tür eylemlerin yoğunluk derecelerine göre tahlili ve nitelendirilmesi Milletlerarası Adalet Divanı'nın "Nikaragua'ya Karşı Askeri ve Benzeri Faaliyetler" kararında yapılmıştır. (27/6/1986, § 191 is)

9 Tcheuwa, Jean-Claude, "Communauté internationale, guerre et responsabilité: Réfléxion autour de la responsabilité internationale des Etats", in Revue héllénique de droit international, 2005, s. 101.

10 Bkz. Paust, Jordan, "The Link Between Human Rights and Terrorism and Its Implications for the Law of State Responsibility" in Hastings International and Comparative Law Review, vol 11, 1987, s. 41.

11 Namibia Danışma Görüşü, Recueil, 1971, s. 57.

12 Tahrandaki Rehinler, Recueil, 1980, s. 42.

"*erga omnes*" yükümler[13] kapsamına giren temel insan haklarını ihlal eden terör eylemlerinin önlenmesi ve bastırılmasında bütün insanlığın menfaati olup bu konuda devletlerin, Şart'ın 2 §7. maddesi anlamında ulusal yetki alanı bağışıklığına sığınma hakkı bulunmamaktadır[14]. Terör eylemlerine karşı hiçbir devletin korunaklı bulunmadığı ve teröristlerin ülkesine sızmadığından hiçbir devletin kesinlikle emin olamadığı günümüzde bu evrensel menfaat, özel bir önem kazanmaktadır.

Uluslararası terörizmden dolayı devletin sorumluluğu meselesi uluslararası andlaşmalarda pek nadiren ele alınmıştır. Uluslararası Hukuk Derneği'nin Uluslararası Terörizm Komitesi 1984'te, devletlerin terör eylemlerini önleme yükümünün temel bir uluslararası sorumluluk ilkesi olduğunu belirtmiştir.[15] Zaten, genel olarak sorumluluk hukuku, başlangıçtan itibaren teamül kurallarından oluşmuştur ve bağlayıcı bir kodifikasyona müsait değildir [16]. Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun kodifikasyon çabalarının Devlet sorumluluğu kavramının gelişimine yaptığı en önemli katkılardan biri şüphesiz, uluslararası hukukun esasa ilişkin birincil kuralları ile sorumluluğa ilişkin ikincil kurallar arasında ayrıma giderek ikincil kurallara üzerinde yoğunlaşması olmuştur. II. Dünya Savaşı öncesinde devlet sorumluluğu kuralları daha ziyade diplomatik koruma, yabancılara yapılan muamele ve uluslararası asgari standart kavramları ile ilişkilendirilmekteydi. Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun oluşturduğu 2001 Tasarısı ise, büyük çeşitlilik sergileyen muhtelif durumlara uygulanabilir bağımsız kurallar manzumesidir ve mantıki yapısı bakımından Kıta Avrupa'sı hukuk sistemlerinin medeni kanunlarını çağrıştırmaktadır[17]. 2001 Tasarısı'nın maddelerinin çoğu, uluslararası teamül hukukunun ifadesi olarak kabul edilmektedir.[18]

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun "Birleşmiş Milletler Şartı Uyarınca Devletler Arasında Dostane İlişkiler ve İşbirliğine Dair Uluslararası Hukuk İlkelerine İlişkin Bildirgesi"ni içeren 2625(XXV) sayılı ve 24/10/1970 tarihli kararına göre:

---

13 Barcelona Traction, 1970, Recueil, 1970, s. 33.

14 Paust, The Link Between Human Rights and Terrorism…, s. 43.

15 Chadwick, Elisabeth, Self-Determination, Terrorism and the International Humanitarian Law of Armed Conflict, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, s. 93-94

16 Bkz. Cassese, International law, s. 182.

17 Milanovic, Marko, "State Responsibility for Genocide" in European Journal of International Law, vol 17 no. 3, s. 559-560.

18 Bkz. Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi, Dragan Nikolic, IT-94-2-PT, 9 Ekim 2002, § 60. Karar, 2001 Tasarısı'nın sadece devlet sorumluluğunu ilgilendirdiğini ve bağlayıcı bir metin olmadığını hatırlatarak "ihtiyatla" yaklaşmakta, ama Tasarı'da yer alan ilkeleri kullanmaktan da geri durmamaktadır.

"Her Devlet, bir başka devletin ülkesine akınlar düzenlemek amacıyla düzensiz silahlı güçler ya da çeteler örgütlemekten veya bunların örgütlenmesini teşvik etmekten kaçınmakla yükümlüdür.

Her Devlet, başka bir devletin ülkesinde iç savaş eylemleri ya da terörizm eylemleri örgütlemekten veya teşvik etmekten, bunlara yardım etmek veya katılmaktan, ya da, işbu paragrafta sayılan eylemler kuvvet kullanımını veya tehdidini beraberinde getirdiğinde, kendi ülkesinde bu eylemleri gerçekleştirecek örgütlü faaliyetleri hoş görmekten kaçınmakla yükümlüdür."

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun "Saldırının Tanımı"na ilişkin 3314(XXIX) sayılı ve 14/12/1974 tarihli kararında şu hükümler yer almaktadır:

m. 1. "Saldırı, bir başka devletin egemenliğine, toprak bütünlüğüne ya da siyasi bağımsızlığına karşı, ya da Birleşmiş Milletler'in amaçları ile bağdaşmayacak herhangi bir biçimde silahlı kuvvet kullanımıdır..."

m. 3. "Aşağıdaki eylemlerden herhangi biri, savaş ilanı olsun veya olmasın, ... bir saldırı fiilinin koşullarını yerine getirir".

(f) Devletin, ülkesinin bir başka Devlet tarafından bir üçüncü devlete karşı bir saldırı eyleminin yapılması için kullanılmasına izin vermesi

(g) Devletin, kendi adına, yukarıda sayılan eylemlerin derecesine varacak vahamette silahlı eylemleri bir başka Devlet aleyhine gerçekleştiren çete, silahlı grup, düzensiz kuvvetler ya da paralı askerleri göndermesi böyle bir eyleme esaslı bir biçimde katılması.

Genel Kurul'un, 39/159 sayılı ve 17 Aralık 1984 tarihli kararı, "Devlet terörizmi siyasetinin ve başka egemen devletlerdeki sosyo-politik sistemi yıkmaya yönelik devlet eylemlerinin kabul edilemezliği" başlığını taşımaktadır. Karar, yakın zamanlarda devlet terörizmine giderek daha sık biçimde başvurulmasından ve devletlerin egemenliği ile siyasi bağımsızlığına yönelik eylemlerden dolayı Genel Kurul'un kaygılarını dile getirmekte ve bu tür eylemleri haklı kılmaya çalışan bütün doktrin ve ideolojileri reddetmektedir. Terör eylemlerinin devletler arasında barışçıl ilişkileri ve karşılıklı güveni ciddi biçimde tehlikeye atarak savaş tehdidini arttırdığını vurgulayan karar, uluslararası ilişkilerde terör siyaseti ve uygulamalarını mahkûm etmektedir. Genel Kurul, terörizmin ortadan kaldırılması konusundaki iradesini, 42/22 sayılı ve 18 Kasım 1987 tarihli kararında teyid ederek;

"...başka Devletlerin ülkesinde paramiliter, terörist ya da yıkıcı eylemleri örgütlemek, teşvik etmek ve desteklemekten kaçınmak ya da bunlara katılmak veya bu tür eylemlere katılmak amacıyla kendi ülke-

sinde örgütlenen faaliyetlere göz yummak konusunda uluslararası hukukun emrettiği yüküme Devletler(in) uyacak(larını) (§ 6);"

belirtmektedir. Güvenlik Konseyi de, 1269(1999) sayılı ve 19 Ekim 1999 tarihli kararında, *devletlerin de karıştığı eylemler dâhil olmak üzere*, (altını çizen E. Ö.) uluslararası terör eylemlerinin ortadan kaldırılmasının, uluslararası barış ve güvenliğin korumasına esaslı biçimde katkıda bulunacağını teyid etmiştir.

Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (Konferansı) bağlamında, 1 Ağustos 1975 tarihli Helsinki Nihai Senedi'nin VI. İlkesi, (İçişlerine Karışmama) şu hükümlere yer vermektedir:

> "(âkit devletler), bir diğer âkit devlete karşı her türlü silahlı müdahale biçiminden ya da bu tür bir müdahalenin tehdidine başvurmaktan kaçınırlar.
>
> Yine (âkit devletler) her koşul altında, bir başka âkit devletin egemenliğinden kaynaklanan haklarının kullanımını kendi menfaatlerine tâbi kılmaya ve bu şekilde herhangi bir yarar elde etmeye yönelik her türlü askeri, siyasi, ekonomik veya başka türlü baskı eyleminden kaçınırlar.
>
> Dolayısıyla (âkit devletler), diğer eylemlerin yanısıra, terörist faaliyetlere veya bir diğer âkit devletin siyasi rejimini şiddet yoluyla devirmeye yönelik yıkıcı ve benzeri faaliyetlere doğrudan veya dolaylı olarak yardım etmekten kaçınırlar."

Devlet kökenli uluslararası terörizmi kesin biçimde yasaklayan hükümler içeren bu metinlerin ortak özelliği, teknik olarak hukuken bağlayıcı olmamalarıdır, ancak kuvvet kullanma yasağına ilişkin uluslararası teamül hukuku kurallarının *opinio juris* unsuruna tanıklık etmektedirler[19]. Nitekim uluslararası Adalet Divanı, Nikaragua kararında, kuvvet kullanma bakımından "devletlerin 2625(XXV) sayılı karar metnini benimsemiş olmaları(nın) uluslararası teamül hukukunda *opinio juris*'in oluştuğuna işaret et(tiğini)" gözlemlemiştir[20]. Neticede, uluslararası hukuk, andlaşma hükmü olsun veya

---

19 Bkz Carella, Terrorismo di Stato..., 214.

20 Nikaragua'da ve Nikaragua'ya karşı Askeri ve Benzeri Faaliyetler, 27/6/1986, § 187 is. Belirtmek gerekir ki; birbirini tekrarlayan, sarih ifadeler içeren, en temsil edici devletlerin olumlu oy kullandıkları, izleyen devlet pratiğinde saygı gören kararlar, teamül yaratmasalar bile, bir teamül kuralının varlığını ispata katkıda bulunabilirler (bkz. Carreau, Dominique, Droit international, 3e éd, Pédone, Paris, 1991, s. 243.) Kurul kararları bizatihi bağlayıcı değildir; ancak bu kararların içerebilecekleri genel uluslararası hukuk kuralları, kararların yardımı olsun veya olmasın, üye devletler bakımından bağlayıcıdır. Bu kararların bütünü, genel teamül hukukunun tezahürleri olarak ele alınacak olursa, şüphesiz biçimde zengin

olmasın bu tür eylemlerin gerçekleştirilmesini, desteklenmesini ya da hoşgörülmesini yasaklamaktadır. Bunların devlet terörizmi ya da başka biçimlerde adlandırılması da hukuken önem taşımamaktadır.[21] Davranış normları getiren bu birincil kuralların ihlali, ikincil nitelikteki sorumluluğun devreye girmesine sebep olacaktır.

Devletlerin terör faaliyetleri sebebiyle sorumlu tutuldukları uluslararası uygulama ve yargıda eskiden beri gözlemlenmektedir. 1934'te Yugoslav Kralı Aleksandr ve Fransa Dışişleri Bakanı Barthou Marsilya'da Hırvat milliyetçilerce gerçekleştirilen bir suikaste kurban gitmişlerdir. Bu olaya tepki olarak Milletler Cemiyeti Konseyi'nin oybirliği ile aldığı karara göre:

> "II. Konsey,
>
> Her devletin, ülkesi üzerinde siyasi amaçlı hiçbir terörist faaliyeti teşvik etmemek ve hoşgörmemek yükümü altında bulunduğunu ve
>
> Her devletin bu tür eylemleri önlemek ve bastırmak üzere hiçbir şeyi ihmal etmemesi ve kendisinden bu yönde talepte bulunan hükümetlere yardımda bulunması gerektiğini hatırlatır.
>
> (...)
>
> III.Konsey, (...)
>
> Görüşme ve belgelerin ışığında, Marsilya suikastinin hazırlanmasına ilişkin olarak bazı Macar yetkililerinin en azından ihmal yoluyla sorumluluklar üstlendiklerini gözlemleyerek,
>
> Macar Hükümeti'nin uluslararası sorumluluklarının bilincinde olduğunu ve suçlulukları tespit edilen yetkililer hakkında uygun yaptırımları ivedilikle uygulamak ya da harekete geçirmek yükümü altında olduğunu dikkate alarak,

---

bir ispat kaynağı sunmaktadır. (Higgins, Rosalyn, The Development of International Law Through the Political Organs of the United Nations, 1963, s. 5, zikreden: Falk, Richard, E., "On the Quasi-Legislative Competence of the General Assembly" in Amerian Journal of International Law, vol 60, 1966, s. 785.) Sonuçta, bir hukuk kuralının varlığına inancı beyan eden kararlar, hem teamülün manevi unsurunu (*opinio juris sive necessitatis*) ortaya koymakta, hem de bir teamül normunun varlığını ispat işlevi görebilmektedirler. (Sloan, Blaine, "General Assembly Resolutions Revisited (Forty Years Later)" in British Year Book of International Law, 1987, s. 84. is.)

21 Stein, Torsten, "International Measures againt Terrorism and Sanctions by and Against Third States" in Archiv des Völkerrechts, Tübingen, 1992, s. 41.; Higgins, Rosalyn, "The General International Law of Terrorism" in Terrorism and International Law, edited by Rosalyn Higgins and Maurice Flory, Routledge, London and New York, 1999, s. 26. Skubiszewski, uluslararası hukukta devletlerin cezai sorumluluğu bulunmadığına dikkat çekerek "devlet terörizmi" adlandırmasını reddetmektedir. Bkz. Skubiszewski, Kryzstof, "Definition of Terrorism" in Israel Yearbook on Human Rights, vol 19, 1989, s. 47-48.

Macar Hükümeti'nin bu yükümü yerine getirme iradesini taşıdığı kanaatiyle

Bu hükümeti, bu konuda aldığı tedbirleri Konsey'e bildirmeye davet eder.[22]

Uluslararası örgütlerin, uluslararası hukuk öznesi olduklarının tanınması bakımından bir dönüm noktası oluşturan Uluslararası Adalet Divanı'nın "Birleşmiş Milletler Hizmetinde Uğranan Zararlar" danışma görüşüne sebep olan olay, İsveçli Kont Bernadotte'un Kudüs'te Yahudi teröristlerce katledilmesidir[23]. Olayda Birleşmiş Milletlerin talebi, sorumluluk hukuku bakımından üç unsur içermekteydi: i)cinayetin önlenmesi için bütün makul tedbirleri almaktan ve gerekli özeni göstermekten kaçınmak; ii) devlet denetimi altındaki bölgelerde düzensiz birliklerin eylemlerinden dolayı hükümetin sorumlu tutulması ve iii) suçluları yargı önüne çıkarmak konusunda uluslararası hukukun ve Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin 19 Ekim 1949 tarihli kararının gerektirdiği bütün tedbirleri almaktan kaçınmak.[24]

Uluslararası sorumluluğu doğuran olgu, yasaklanmış bir eylemin gerçekleştirilmesinden kaynaklanabileceği gibi, uluslararası hukukun emrettiği bir eylemin ihmal edilmesinden de kaynaklanabilir[25]. Terörizm bakımından devlet, i) yabancı bir devlet ülkesinde terörizmi teşvik edici her türlü eylemden kaçınmak yönünde olumsuz bir yüküm ve ii) kendi ülkesinde yabancı bir devlete yönelik terör eylemlerinin hazırlanmasını engellemek ve caydırmak için uygun tedbirleri almak yönünde olumlu bir yüküm altındadır. İkinci noktada devletin yükümü terörist girişimleri kovuşturmaktan ibaret olmayıp pasaport verilmesinin sınırlandırılması, denetimlerin sıkılaştırılması ve gerekirse sınırların kapatılması gibi diğer polisiye ve idari tedbirleri de içerebilir[26]. Tahrandaki Rehineler davasında, Uluslararası Adalet Divanına göre ABD Büyükelçiliğinin binalarının İranlı öğrencilerce işgaline seyirci kalan İran, bu eylemleri engellemek için gerekli özen yükümünü gösterme-

---

22 Bkz. Kovacs, Peter, "Le terrorisme et la responsabilité de l'Etat: la Société des Nations et l'attentat de Marseille de 1934 " in Acta Universitatis Szegediensis-Acta juridica et politica, Tomus LXI, Fasc. 17., Szeged, 2002, s. 274.

23 Bkz. Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, Avis Consultatif, 11 /4/ 1949, Recueil, 1949, s. 174 is.

24 Penna, L. R. "State Responsibility and Terrorism" in Humanitarian Law. A Felicitation Volume in Honour of Prof Jovina Patrnogic, edited by R. C: Hingorani, Oxford & IBH Publishers, New Delhi, 1987, s. 91.

25 Alland, Responsabilité et sanctions, s. 403.

26 David, Eric, "Le terrorisme en droit international (Définition, incrimination, répression)" in Réflexions sur la définition et la répression du terrorisme, Actes du Colloque, Université libre de Bruxelles, 19 et 20 mars 1973, Editions de l'Université de Bruxelles, 1974, s. 144-145.

yerek 1961 Viyana Diplomatik İlişkiler Sözleşmesi'nden kaynaklanan yükümlerini açıkça ihlal etmiştir.[27]

2.2. Devletin özen yükümü

Devlet, kendi ülkesinden kaynaklanan ya da bu ülke ile bağlantılı özel terör eylemlerinin yol açtığı uluslararası hukuk yükümlerini yerine getirme konusunda isteksiz ya da âciz olabilir[28]. Devletin kendi ülkesinde yabancı bir devlete yönelik terör eylemlerinin hazırlanmasını engellemek yükümü, uluslararası hukukun çok daha genel nitelikteki bir kuralının mantıki sonucudur: Devletin, ülkesinin başka devletlerin haklarına aykırı eylemler için kullanılmasına bilinçli olarak izin vermeme yükümü.[29] Bu yükümün getirdiği sorumluluk, egemenlik kavramının bir uzantısı olarak, devletin ülkesi üzerindeki mutlak ve münhasır yetkisinden kaynaklanmaktadır.[30] Ülkesel egemenliğin getirdiği genel sorumluluğun özel bir uzantısı da, devletin ülkesi üzerindeki yabancıların ve onların mallarının korunması yönündeki özerk teamül kuralıdır. Bu kural, devletin yabancıları haksız biçimde tutuklamaktan kaçınması gibi olumsuz yükümlerin yanısıra, onları bireylerin zararlı davranışlardan koruması ve bu davranışın gerçekleşmesi halinde failleri cezalandırması gibi olumlu yükümleri de kapsamaktadır.[31]

Egemen bir devletin ülkesinin kullanımını kontrol etmeye ve saldırgan eylemlere zemin oluşturmasını engellemeye muktedir olduğu varsayılır. Bu eylemleri engellemekten kaçınması, yetkisini kullanmayı reddettiği şeklinde algılanarak devlet sorumlu tutulur. Bu devlet, eylemleri engellemeye çalışmasına rağmen bunun kudretini aştığını ispat etmedikçe, ülkesinden kaynaklanan zarara ortak sayılır. Devletin, önleme yükümüne karşı tamamen

---

27 Bkz. Tahrandaki Rehinler, 24 Mayıs 1980, Recueil, 1980, s. 32.

28 Wigneswaran, Nirmalaguhan, "Responsive Responsibility: Counter-terrorism Obligations and Responsibilities of States under International Law" in Terrorism and International Law, edited by Michael J. Glennon & Serge Sur, Hague Academy of International Law, 2008, s. 269.

29 Bkz. Palmas Adası, (Tahkim) 4 Nisan 1928, in Recueil des sentences arbitrales, II, s. 839 is; Korfu Boğazı, (Uluslararası Adalet Divanı), Recueil, 1949, s. 22. Bu yükümün bir başka mantıki sonucu da, devletin ülkesini başka devletlerin ülkesini kirletecek şekilde kullanmama ve kullandırtmama yükümü olacaktır. Bkz. Trail Smelter (Tahkim), 11 Mart 1941, in Recueil des sentences arbitrales, vol. III, s. 1938; Lanoux Gölü Tahkimi, 16 Kasım 1957, in Recueil des sentences arbitrales, vol. XII, s. 303.

30 Penna, State Responisibility and Terrorism, s. 83.

31 Pisillo-Mazzeschi, Riccardo, "The Due Diligence Rule and the Nature of the International Responsibility of States" in German Yearbook of International Law, 35, 1992, s. 22, 23, 26.

kayıtsız görünmesi hali ise, saldırgan eylemlere rıza gösterdiği yönünde yorumlanacaktır. Meseleye, savaş zamanında geçerli olan tarafsızlık hukuku açısından yaklaşılacak olursa: Tarafsız devlet, ülkesinin hukuka aykırı olarak savaş amaçlı kullanımını engellemekten kaçınırsa, zarar gören hasım devlet tarafsız devletin ülkesinde, amaçla orantılı askeri operasyonlar yürüterek hukuka aykırı savaş faaliyetlerine son verme hakkını elde eder.[32]

1872 Alabama tahkimi, tarafsız devletin özen yükümü bakımından ilgi çekicidir. ABD iç savaşı sırasında Güneyli Konfederasyon güçlerinin İngiltere'den satın aldıkları bir zırhlının Kuzey'e verdiği zararlardan dolayı ABD, İngiltere'nin sorumluluğunu öne sürmüştür. Tahkim kararına göre, İngiltere, özen eksikliği sebebiyle, deniz savaşı sırasında tarafsızlık yükümlerinin ihlalini önlemek ya da cezalandırmak için, yetkisi altında bulunan kişiler üzerinde uygun tedbirleri almayı başaramamıştır. Davada, İngiltere'nin, ülkesinde Konfederasyon makamları hesabına savaş gemilerinin inşasını önlemek için yeterli anayasal imkânlara sahip olmadığı yönündeki savunması kabul görmemiştir[33]. Karar, aslında tarafsızlık hukukunun sınırlarının ötesine giderek, savaş hali olsun veya olmasın, devletin ülkesinin, özel kişilerce başka bir devlet ülkesine yönelik silahlı operasyonlar düzenlemek için üs olarak kullanılmasını hoşgörmeme yönündeki genel yükümünü teyid etmektedir. Bu yüküm, hem önleme, hem de cezalandırma alt-yükümlerini de içermektedir. Devlet, bu yükümlerin doğal sonucu olarak, söz konusu eylemleri önlemek ve cezalandırmak üzere uluslararası standartlara uygun bir hukuki-idari cihaza sahip olma yönünde mutlak bir yüküme ve bu cihazı özenle kullanma yönünde göreceli bir yüküme de sahiptir.[34]

Terör eylemine devletin engel olamaması halinde bu eylem, bizatihi devlete atfedilemese de bir tür katalizör rolü oynayarak devletin önleme ve kovuşturma yükümlerini yerine getirmekte başarısız kaldığı gerçeğini açığa çıkarır.[35]

Bazı hukuk sistemleri, kolluk hizmetlerinin terör eylemlerini engellemekte yetersiz kaldığından bahisle kamu makamlarının özen yükümünü ihlallerinden dolayı sorumluluk davası açılmasını öngörmektedirler. Keza, terör eylemlerinin cereyan ettiği havaalanlarının işletmecileri gibi özel ya da

---

32 Frank, Thomas M. & Niedermayer, Deborah, "Accomodating terrorism: An offence against the the law of nations" in Israel Yearbook on Human Rights, vol 19, 1989, s. 106-108.

33 Bkz. Tchikaya, Blaise, Mémento de la jurisprudence du droit international public, deuxième édition revue et augmentée, Hachette, 2001, s. 16.

34 Pisillo-Mazzeschi, The Due Diligence Rule and the Nature of the International Responsibility of States, s. 35.

35 Condorelli, Luigi, "The Imputability to States of Acts of International Terrorism" in Israel Yearbook on Human Rights, vol 19, 1989, s. 240.

özerk bölgeler gibi kamusal kişiler aleyhine benzer sebeplerle dava açma imkânı öngören hukuk sistemleri mevcuttur.[36]

Devleti, ülkesinden kaynaklanan bütün eylemlerden sorumlu tutan mutlak bir sorumluluk standardı, gerçekçilikten uzak olup bu standardı uluslararası hukukun klasik özen yükümü çerçevesinde düşünmek gerekmektedir.[37] Ülkesinin kullanımını denetlemek bakımından devletin "imkânları ölçüsünde" üstlendiği kabul edilen özen yükümü, kendi ülkesinden yabancı ülkelere yönelen eylemler kadar, kendi ülkesinde yabancı vatandaşları hedef alan eylemleri de kapsamaktadır.[38] Bu eylemlerin önlenmesinde devletin *diligentia quam in suis* (kendi işlerinde gösterdiği özen) yükümü olduğu klasik uluslararası hukukta kabul edilmektedir. Başka bir deyişle devlet, yabancı vatandaşlara, kendi vatandaşlarına sağladığı korumaya eşit bir koruma sağlamak durumundadır.[39] Günümüzde bu kural, insanlığın ortak değerleri arasına yerleşen asgari muamele standartları ve özellikle insan hakları hukukunun getirdiği yaşam hakkını koruma yükümünün ışığında okunmak durumundadır.

Chapman vakasında, 1927 yılında Meksika'daki ABD konsolosluğunda gerçekleşen bir eylemden dolayı Meksika'nın sorumluluğu tartışma konusu edilmiştir. ABD'de Sacco ve Vanzetti'nin idam edilmesi halinde Meksika'da bulunan bütün ABD görevlilerinin ölüm tehlikesine maruz kalacakları yönünde istihbarat alan konsolos Chapman, durumu Meksika makamlarına bildirmiştir. Polis otoritelerinin talimatlarına rağmen hiçbir tedbir alınmamış ve konsolosluğa giren maskeli bir kişi Chapman'ı yaralamıştır. İhtilafın çözümü için oluşturulan karma komisyon, Meksika makamlarının koruma görevlerini yerine getirmediklerine hükmetmiş ve Chapman'a tazminat verilmesini kararlaştırmıştır.[40] I. Dünya Savaşı ertesinde Arnavutluk-Yunanistan sınırını tespitle görevli bir İtalyan misyonunun Yanya civarında öldürülmesiyle ilgili olarak Milletler Cemiyeti'nin bir araya getirdiği hukuk-

---

36 Guillaume, Terrorisme et droit international, s. 384.

37 Wigneswaran, Responsive Responsibility…, s.300.

38 Dubuisson, François, "Vers un renforcement des obligations de diligence en matière de lutte contre le terrorisme?" in Le droit international face au terrorisme, sous la direction de Karine Bennelier, Théodore Christakis, Olivier Corten, Barbara Delcourt, CEDIN Paris I, Cahiers internationaux no. 17, Pédone, Paris, 2002, s. 142.

39 Guillaume, Terrorisme et droit international, s. 392. Yabancılara gösterilecek özen yükümü bakımından, uluslararası standart veya *diligentia quam in suis* standardı tartışması hakkında bkz. Pisillo-Mazzeschi, The Due Diligence Rule and the Nature of the International Responsibility of States, s. 41 is.

40 William Chapman (ABD Meksika'ya karşı) Recueil des sentences arbitrales, IV, 1930, 632-640.

çular komisyonuna göre: "ülkesinde bulunan yabancıların şahsına yönelik olarak işlenen bir siyasi suçtan dolayı devletin sorumluluğu ancak, bu suçun önlenmesi ve suçlunun kovuşturulması, tutuklanması ve yargılanmasına yönelik olarak bütün uygun tedbirleri almayı ihmal etmişse gerçekleşir."[41]

1934'teki Kral Aleksandr- Bakan Barthou suikastini müteakiben 16 Kasım 1937'de kabul edilen[42] "Terörizmin Önlenmesi ve Bastırılmasına ilişkin Cenevre Sözleşmesi" nin 7§7. maddesi, "her devletin, başka bir devlete yönelik terörist faaliyetleri tasarlayan ya da cesaretlendiren herhangi bir eylemden kaçınmak ve bu tür faaliyetlerin oluşturduğu eylemleri engellemek yönündeki uluslararası hukuk ilkesini" teyid etmektedir.[43]

Terörizm bağlamında devletlerin özen yükümü, 11 Eylül 2001 saldırılarını izleyen dönemde BM Güvenlik Konseyi'nin aldığı normatif nitelikte hükümler içeren 1371(2001) sayılı kararda, Genel Kurul'un 2625(XXV) sayılı bildirisine gönderme ile vurgulanmıştır. Bu dönemde, ABD'nin Afganistan'a yönelik meşru müdafaa eylemlerine meşru bir zemin olarak 3314 sayılı "Saldırının tanımı" kararı anlamında bir saldırı fiilini değil, Afgan hükümetinin terörist gruplara destek ve korunak sağlamaktan kaçınma yükümünü yerine getirmemesini göstermesi dikkat çekicidir. ABD'nin, terörizm alanında özen yükümünün vahim ihlallerini, bütün sonuçlarını beraberinde getirecek şekilde, silahlı saldırı ile özdeşleştirme eğilimi gözlemlenmektedir.[44]

Devletin terör eylemlerini engelleme ve bastırma yönündeki özen yükümü, günümüz bağlamında özel bir titizlik gerektirmekte ve devletin, kendisinden mâkul ölçüler çerçevesinde beklenen ve mümkün olan bütün tedbirleri alması beklenmektedir. Terörist faaliyetlerin pek çoğunun kökeninde, belli bir devletin ülkesi vardır. Eğer devletler, ülkelerinde gerektiği gibi kolluk faaliyetlerini örgütleyebilselerdi, terörist faaliyetlerin doğurduğu tehdit büyük ölçüde sınırlanmış olurdu. Ancak, bu faaliyetleri engelleme ve bastırma bakımından özen gerekliliği, devletlerin sahip oldukları yükümleri yerine getirme yetenekleriyle ilişkilidir. İşlevlerini sağlıklı bir biçimde yerine geti-

---

41 Milletler Cemiyeti Resmi Gazetesi, 5. yıl, no. 4, (Nisan 1924) Aktaran: Guillaume, Terrorisme et droit international, s. 394.

42 Bkz. Dugard, John, "Terrorism and International Law. Consensus at Last?" in Emile Yakpo & Tahar Boumedra (eds) Liber Amicorum Mohammed Bedjaoui, Kluwer Law International, 1999, s. 159; Sottile, Antoine, "Le terrorisme international" in Recueil des Cours de l'Académie de droit international, 1938/III, tome 65, s. 118-119.

43 Bkz. Sucharitkul, Sompong, "Terrorism as an International Crime: Questions of Responsibility and Complicity" in Israel Yearbook of Human Rights, vol 19, 1989, s. 256.

44 Dubuisson, Vers un renforcement des obligations de diligence en matière de lutte contre le terrorisme?, s. 148-149.

ren bir devlette fazla sorun doğurmayan bu husus, zayıf devletler, ya da günümüzde "müflis devlet" (*failed States*) denilen devletler bakımından ciddi kaygılar doğurmaktadır. Zira, terör örgütleri, operasyon merkezi olarak bu devletleri kullanmaya yönelirler. Müflis devletlerin, ülkelerine konuşlanan terör örgütleriyle mücadeleden âciz olmaları, hiçbir hukuki yükümleri bulunmadığı anlamına gelmemektedir. Karşılaştıkları tehditlere göğüs geremeyen bu devletler, en azından dışarından yardım çağrısında bulunma ve teröristlerle mücadele etmek isteyen uluslararası toplumla işbirliği yapma yükümü altındadırlar. Buna ilaveten, öngörülebilir terör tehditlerine karşı tedbir alma ve mücadele etme yetenekleri bulunmayan devletlerin bu yeteneklere sahip olmak için mâkul beklentiler çerçevesinde çaba gösterme yükümünden de söz etmek mümkündür. Unutulmamalıdır ki, iradeciliğe dayalı uluslararası hukukun en mukaddes ilkelerinden olan egemenlik bir yandan devlete ülkesi üzerinde münhasır yetki verirken, diğer yandan da bu ülkeden kaynaklanan tehditler sebebiyle sorumluluk yüklemektedir[45].

Devletin, sınırötesi zarar doğuracak bir faaliyetin kendi ülkesinden kaynaklandığını biliyor olması, sorumlu tutulması için gerekli ve yeterlidir. Ancak bu bilginin ispatı her zaman kolay olmayabilir. Örneğin, özel kişilerin, âni, beklenmedik ve öngörülemeyen eylemleri söz konusuysa, sorumluluğa hükmedilebilir mi? Wippeton vakasına bakan Komisyon'a göre: "Şikâyet konusu eylem, tekerrürü ve açık, aleni niteliği, resmi makamlarca bilindiği yönünde bir karine yaratan ve benzer eylemlerden oluşan bir bütünlük sergiliyorsa, başka bir sorumluluk kuralı uygulanır ve buna tekabül eden sorumluluğu da beraberinde getirir".[46]

Söz konusu eylemleri bilme ya da bilecek durumda olma, devletin sorumluluğunu beraberinde getirmektedir. Bu husus, devletin ülkesinden kaynaklanan ve başka ülkelere yönelen eylemleri engelleme yükümü bakımından geçerli olduğu gibi, devletin kendi ülkesinde gerçekleşen eylemlere karşı kişileri koruma yükümü bakımından da geçerlidir. Riskin öngörülebilirliği bakımından Kılıç Türkiye'ye karşı, davasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, mağdurun hayatına yönelik yakın ve âşikâr riskleri asgariye indirebilecek bir dizi tedbiri almadığı için yetkili makamların sorumlu olduklarına hükmetmiştir[47]. Keza, Amerikalararası İnsan Hakları Mahkemesi, Velasquez Rodriguez davasında, şu hususları tespit etmiştir: Devletler, Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan haklara sadece saygı göster-

---

45 Wigneswaran, Responsive Responsibility…, s. 270, 301- 303.

46 Wipperton vakası, (ABD Venezuela'ya karşı) 5 Aralık 1885, in Moore, J. B., 3, History and Digest of International Arbitrations to Which the United States Has Been A Party, s. 3039, 3041 (1898); nakleden: Wigneswaran, Responsive Responsibility…, s. 297.

47 Kılıç Türkiye'ye karşı, 22492/93, 28/3/2000, § 76-77.

mekle değil, aynı zamanda bunları etkin biçimde güvence altına almakla yükümlüdürler. Bu itibarla, yaşam hakkına müdahale eden devlet görevlilerinin, resmi yetkilerinin korumasından yararlandıkları sürece *ultra vires* hareket etmelerinin ya da saiklerinin veya hiyerarşik mevkilerinin de bir önemi yoktur. Devletin, "güvence" yükümü, kendi organ ve görevlilerine izafe edilemeyecek eylemleri bile engellemek ve bastırmak yönünde pozitif bir "özen" borcunu beraberinde getirir.[48]

2.3. Sınırötesi sorumluluk

Uluslararası Adalet Divanı, Korfu Boğazı davasında belirttiği gibi devlet, "kendi ülkesinin başka devletlerin haklarına aykırı biçimde kullanılmasına izin vermeme yükümü"[49] altında bulunmaktadır. Ancak, gerek uygulama ve doktrin, gerekse uluslararası yargı, devletin sorumluluk alanını sadece hukuken kendi egemenliği altındaki ülkeyle sınırlı tutmayıp, devletin bilfiil denetimi altında olduğuna hükmettiği bölgelerde[50] gerçekleşen ve sonuçları üçüncü devletlere uzanan eylem ve işlemlerden dolayı uluslararası sorumluluğunu tespit etmektedir.

Namibia Danışma Görüşü'ne göre: " Başka devletleri ilgilendiren eylemlerden dolayı bir devletin sorumluluğunun temelini oluşturan, bir ülke parçası üzerindeki egemenlik, ya da aidiyetin meşruiyeti değil, etkili otoritedir."[51] Başka bir deyişle, belli bir bölgede gerçekleşen eylemlerin doğuracağı uluslararası sorumluluğun tespitinde belirleyici olan, fail devlet ile bölge arasındaki hukuki bağın geçerliliği ve meşrutiyeti değil, bu eylemler ile etkin devlet otoritesi arasındaki olgusal ilişkidir.

Sınırötesi sorumluluk, hemen yukarıda değinilen özen yükümü ile beraber düşünülmek durumundadır. Başka bir deyişle devletin sorumluluğu, bilfiil egemenliğinde tuttuğu sınırötesi bölgelerle sınırlı olmayıp, olağan ege-

---

48 Velasquez-Rodriguez Honduras'a karşı, 29 /7/ 1988, bkz. Cohen-Jonathan, Gérard, "La Cour interaméricaine des droits de l'homme-L'arrêt Velasquez" in Revue générale de droit international public, 1990, s. 455 is.

49 Korfu Boğazı, Recueil, 1949, s. 22.

50 Sınırötesi sorumluluk, genellikle bir kara sınırının aşımı sonucu gerçekleşen eylemleri çağrıştırır. Oysa bir devlet, başka devletlerin karasularında veya açık denizde gerçekleştirilen, kendisine atfedilebilir nitelikte eylemleri de kontrol altında tutmak ve bu eylemlerden doğabilecek sorumluluğa katlanmak zorundadır. Bkz. Condorelli, The Imputability to States of Acts of International Terrorism, s. 241.

51 Namibia Danışma Görüşü, Recueil, 1971, s. 54, § 118,. Ayrıca bkz. Palmas Adası, (Tahkim) 4 Nisan 1928, in Recueil des sentences arbitrales, II, s. 839-840. İspanyol Fas'ındaki İngiliz Malları Davası, 1 Mayıs 1925, in Recueil des sentences arbitrales, volume II, s. 641.

menlik alanı olan kendi ülkesinin de sınırötesi eylemler için kullanılmasına engel olmak yükümü altındadır. 1942 tarihli Amerika-Meksika talepler komisyonunun önüne gelen vakalar (*Texas Cattle Claims*) bu konuda ilginç ipuçları vermektedir. 1860–1875 yılları arasında Meksikalı kanun kaçakları ve askerlerin küçükbaş hayvan çalma amacıyla gerçekleştirdikleri baskınların sistematik, sürekli olduğunu ve bunların Meksika ülkesinde örgütlendiğinin herkesçe malum olduğu komisyon tarafından tespit edilmiştir. Bazı Meksikalı memurlar bu eylemlere "bulaşmışlar" ve Meksika hükümeti, durumdan haberdar olmasına rağmen bu baskınları durdurmak için gerekli tedbirleri almaktan kaçınmıştır. Daha sonraki dönemde, Meksika ülkesinde yaşayan Kızılderililerin yaptıkları baskınlar açısından da aynı sonuca varan komisyona göre: "Meksika Hükümeti, dostane ilişkiler sürdürdüğü komşu bir devlete yönelik bu suçlara son vermek için makul tedbirler almadığı gibi Amerikalı yetkililerin bu zorluğu çözmek için başlattıkları girişimlerin önüne mümkün olan her türlü engeli koymuştur."[52]

Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 2001 Tasarı'nın 4. maddesi, devletin her türlü organının davranışını uluslararası hukuk açısından devlete atfetmekte, ancak organın bu davranışını nerede gerçekleştirmesi gerektiği hususunda herhangi bir bilgi vermemektedir.[53] Başka bir deyişle, devlet organlarının eylemlerinin doğurabileceği sorumluluk bakımından *ratione loci* bir sınırlama söz konusu değildir.

Sınırötesi sorumluluk mantığı, sınırlı ölçüde de olsa uluslararası sorumluluk hukuku ile benzerlikler gösterebilen insan haklarının uluslararası düzeyde korunması bakımından da geçerlidir.[54]

İnsan hakları sözleşmeleri, tanıdıkları hakların taraf devletlerce "yetki alanları dâhilinde" korunması yükümünü getirmektedir. Bununla beraber,

---

52 American-Mexican Claims Commission, 8M. Whiteman, Digest of International Law, 1967, s. 749-654. aktaran: Guillaume, Terrorisme et droit international, s. 397.

53 de Hoogh, André, " Articles 4 and 8 of the 2001 ILC Articles on State Responsibility, the Tadic Case and Attribution of Acts of Bosnian Serb Authorities to the Federal Republic of Yugoslavia" in British Year Book of International Law, 2001, s. 286.

54 Uluslararası sorumluluk ile insan haklarının uluslararası düzeyde korunması sıkça karıştırılmaktadır. Bu iki kurum arasında birçok fark bulunmaktadır. İnsan haklarının korunması, maddi bir zararın giderilmesinden ziyade insan kişiliğinin ve değerlerinin korunması amacı güder. İnsan hakları hukuku, hem ilgili devletin yurttaşlarını hem de yabancıları korurken uluslararası sorumluluk mekanizması sadece yabancılar için işlemektedir. İnsan hakları mekanizmaları kişilerce harekete geçirilebilirken sorumluluk mekanizmaları ancak devletler ve diğer uluslararası hukuk kişilerince harekete geçirilebilir. Bkz. Pazarcı, Hüseyin, Uluslararası Hukuk, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s. 401.

söz konusu hükümlerin sınırlı ifadeleri, doktrinin de desteğiyle uluslararası denetim organları içtihadınca geniş yoruma tabi tutularak aşılmıştır.[55] Konusu mülkiyet hakkının ihlali olan Loizidou Türkiye'ye karşı davasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin izlediği mantık budur.[56]

Bankovic Belçika ve diğerlerine karşı davasında ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 1999 Kosova harekâtı sırasındaki NATO kuvvetlerinin eylemlerini sorgulamak durumunda kalmıştır. Bombardıman sırasında yakınlarını kaybeden ve bazıları şahsen zarara uğrayan Yugoslav vatandaşları, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ihlali iddiasıyla, harekâta katılan Sözleşme'ye taraf devletler aleyhine başvuruda bulunmuşlardır. Mahkeme, eylemin gerçekleştiği yerin ilgili devletlerin ülkesel yetki alanına girmediğini tespit ederek davayı bu yönden reddetmiştir. Mahkeme'ye göre, "Sözleşme'nin onaylanmasından beri gerçekleşen uygulamada taraf devletlerin izlediği yol göstermektedir ki bu devletler, mevcut vakaya benzer bağlamlarda sınırötesi sorumluluklarının ortaya çıkabileceğinden kaygı duymamışlardır. Sözleşme'nin onaylanmasından bu yana bazı taraf devletler, kendilerini sınır-ötesi eylemler gerçekleştirmeye sevk edecek bazı askeri misyonlara (özellikle Körfez'de, Bosna-Hersek'te ve Yugoslav Federal Cumhuriyeti'nde) katılmış olsalar da bu devletlerin hiçbiri Sözleşme'nin 15. maddesi (*ayrık ya da olağanüstü haller, state of emergency, état d'urgence*) anlamında bir ayrık hal tebliğinde bulunarak sınır-ötesi eylemlerin Sözleşme'nin 1. maddesi anlamında yargı yetkisi kullanımını beraberinde getirdiğini bildirmemiştir. Mevcut ayrık haller, bazı iç çatışmalarla ilgili olarak (sırasıyla Türkiye'nin güneydoğusu ve Kuzey İrlanda) Türkiye ve Birleşik Krallık tarafından tebliğ edilmiştir ve Mahkeme, 15. maddenin taraf devletlerin ülkelerinin hem içinde hem de dışındaki savaş ve olağanüstü hallerin bütününü kuşattığı yönündeki başvuru sahiplerinin tezini kabul ettirecek hiçbir unsur görememektedir. 15. maddenin kendisi, esasen, Sözleşme'nin 1. maddesinde yer alan yargı yetkisi sınırlamasının ışığında okunmalıdır.[57]" Müdafi devletler de, bir askeri operasyonun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne getirilmesine şiddetle karşı çıkmışlardır. Bu devletlere göre, başvuru sahiplerinin iddia ettikleri gibi devletin yargı yetkisinin genişletici biçimde telakki edilmesi ve sınır-ötesine teşmil edilmesi, uluslararası düzlemde vahim sonuçlar getirir. Harekâta katılan NATO üyelerinin zincirleme sorumluluğu iddialarıyla birleşen bu teori, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin sistem ve amacını

---

55 Condorelli, Luigi, The Imputability to States of Acts of International Terrorism, s. 235.

56 **Bkz. Loizidou Türkiye'ye karşı, (İlk itirazlar) 40/1993/435/514, 23 Mart 1995.; Loizidou Türkiye'ye karşı, (Esas) 40/1993/435/514, 18 Aralık 1996.**

57 Bankovic ve diğerleri Belçika ve 16 Sözleşmeci devlete karşı, 52207/99, 12/12/2001, § 62 .

zora sokmaktadır. Bu teoriler kabul edilecek olursa, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, taraf devletlerin gezegenimizin herhangi bir yerinde yapılan askeri harekâtlara katılımını denetleme yetkisi kazanır. Bu harekâtlar sırasında, Sözleşme'yi uygulamak imkânsız hale gelebilir ve çatışmaya katılmayan bir devlet bile sorumluluk altına girebilir. Böyle bir durumun yol açacağı Sözleşme'yi ihlal tehlikesi, devletlerin bu tür harekâtlara katılımını ciddi biçimde baltalayabilir ve devletler 15. madde anlamında ayrık haller ilanı yoluna giderek kendilerini korumak isteyebilirler. Dahası, devletlerin bu tür davranışlarını düzenlemek için insancıl hukuk, eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi ve kısa süreden beri Uluslararası Ceza Mahkemesi mevcuttur[58]. Mahkeme'nin Loizidou ve Bankovic kararlarında farklı sonuçlara varmasını anlamak zordur. Bununla beraber, Sözleşme'nin sınırötesi uygulanmasında "etkin denetim" kıstasının esas alındığı görülmektedir.

AİHM, Issa ve diğerleri Türkiye'ye karşı[59] davasını, başvuru sahiplerinin AİHS'nin 1. maddesi anlamında Türkiye'nin yargı yetkisine girmedikleri gerekçesiyle reddetmiştir. Olayda, Irak vatandaşı olan başvuru sahipleri, Türk Ordusu'nun 1995 yılının Nisan ayında Kuzey Irak'ta yürüttüğü operasyon sırasında yakın akrabalarının, kanun dışı olarak tutuklanıp kötü muamele gördüklerini ve öldürüldüklerini iddia etmektedirler. Yargı yetkisinin sınır ötesi kullanımı tartışması, yine davanın sonucu bakımından belirleyici olmuştur. Bu konuda, Bankovic kararında tespit ettiği ilkelere başvuran AİHM'ne göre bir devlet, ulusal ülkesinin dışındaki bir bölgede –hukuka uygun ya da aykırı- bir askeri operasyon sonucu fiilen etkin bir denetim uyguluyorsa, sorumluluğu gündeme gelebilir. Dahası, uluslararası hukukun konuya ilişkin ilkelerine bir devlet, başka bir devletin ülkesinde bulunmakla beraber –hukuka uygun ya da aykırı olarak- faaliyet gösteren kendi görevlileri aracılığıyla kullandığı yetki ve denetime tabi kişilerin davranışları sebebiyle Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin ihlallerinden sorumlu tutulabilir. Böyle bir bölgede Sözleşme'nin öngördüğü hak ve özgürlükleri sağlama yükümü; doğrudan, silahlı kuvvetler aracılığıyla ya da devlete itaat eden yerel bir yönetim aracılığıyla uygulanan etkin denetimden kaynaklanmaktadır. Sorumluluğun temelinde şu ilke yer almaktadır: Sözleşme'nin 1. maddesi, bir devlete, kendi ülkesinde gerçekleştiremeyeceği ihlalleri başka bir devletin ülkesinde gerçekleştirme izni verecek şekilde anlaşılamaz.[60] Türk Silahlı Kuvvetleri'nin 19 Mart-16 Nisan 1995 döneminde Kuzey Irak'ta askeri operasyonlar yürüttüğü hususunda taraflar mutabıktırlar. Bununla beraber, bu operasyonlara önemli sayıda askerin katılmasına rağmen Türkiye,

---

58 Aynı karar, § 43.

59 Issa ve diğerleri Türkiye'ye karşı, 31821/96, 30 Mart 2005.

60 Issa ve diğerleri Türkiye'ye karşı, § 69-71.

Kuzey Irak bölgesinin bütününde genel ve etkili bir denetim sağlamış gibi görünmemektedir. Dolayısıyla, cinayetlerin gerçekleştiği bölgede Türk Ordusu'nun operasyonlar gerçekleştirip gerçekleştirmediğini tespit etmek hayati önem taşımaktadır. AİHM, başvuru sahiplerinin, şikâyete konu olan eylemleri gerçekleştiren komutan ya da alayın kimliği hakkında ayrıntılı bilgi vermedikleri gibi, askerlerin üniformalarını da kesin biçimde tasvir etmediklerine dikkat çekmektedir. Söz konusu bölgede Türk askerlerinin varlığını ya da mağdur çobanların tutuklanmasını bildiren bağımsız bir görgü şahidi de yoktur. Dahası AİHM, sahip bulunduğu delillerin ışığında, ölümlerin Türk askerlerinin ateş etmeleri sonucu gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit edememiştir. Bu bakımdan AİHM, başvuru sahiplerinin yakın akrabalarının öldürüldükleri bölgenin olaylar sırasında PKK militanları ile KDP peşmergeleri arasında şiddetli çatışmalara sahne olduğunu göz ardı edemez. Dahası, sınırın ötesinde ve berisinde operasyonlar gerçekleştiğini ve bu dönemde Kuzey Irak'ta Türk Ordusu'nun varlığını haber bültenleri ve resmi tutanaklar teyid etmekle beraber bu olgular, Türk askerlerinin olayların gerçekleştiği Spna bölgesindeki Azadi köyüne kadar indiklerine hükmedebilmek için en ufak bir kesinlik sağlamamaktadırlar. Sahip olduğu bulguların ışığında AİHM, Türk ordusunun söz konusu bölgede ve daha kesin olarak başvuru sahiplerinin iddiasına göre mağdurların bulunduğu Azadi köyüne hâkim tepelerde operasyonlar yürüttüğünün makul bir şüphenin ötesinde ispatlanamadığına kanaat getirmiştir. Dolayısıyla AİHM, başvuru sahiplerinin yakın akrabalarının, Sözleşme'nin 1. maddesi anlamında müdafi devletin "yargı yetkisi" altında bulunduklarına ikna olamamıştır.

2.4. Bir devlete atfedilebilirlik

Bir eylemin bir devlete atfedilebilmesi (ya da izafe edilebilmesi, yüklenebilmesi) için, eylemi gerçekleştirenleri ve bunların devletle olan bağlantılarını "makul bir kesinlik" içinde teşhis etmek gerekmektedir.[61] Uluslararası düzlemde devlete atfedilebilir davranışlar, sadece devletin organlarının ya da bu organların yönetim, tahrik ya da denetimi altında hareket edenlerin, yani devletin "ajanları"nın davranışlarıdır. Atfetme işlemi, olgusal nedensellik ilişkisinin basitçe tanınmasından ibaret olmayıp, uluslararası hukukun tespit ettiği ölçütler belirleyici olmaktadır. Sorumluluk bakımından atfedilebilirlik meselesi, andlaşma akdetmek ya da genel olarak devleti bağlayıcı hukuki işlem yapmak yetkisiyle, görevleri îcâbı donatılmış kişilerin tespiti meselesinden tamamen farklıdır. Bir uluslararası hukuk kişisi olarak devlet,

---

61 Bkz. Yeager İran İslam Cumhuriyeti'ne karşı, 17 İran-ABD Talepler Mahkemesi, 92, s. 101-102. nakleden: Crawford, James, The International Law Commission's Articles on State Responisibility. Introduction, Text and Commentaries, Cambridge University Press, 2002, s. 93.

bütün organlarının ve örgütlenmesini oluşturan bütün resmi görevlilerin davranışlarından dolayı sorumludur.[62]

Terör eylemlerinden dolayı devletin sorumlu tutulabilmesi için de bunların devlete atfedilebilmesi gerekmektedir. Uluslararası sorumluluğun bu açıdan tespitinde de belirleyici olan uluslararası hukuk normlarıdır. Başka bir deyişle, tartışmalı eylemin ilgili devletin iç hukukunda hukuka uygun olarak nitelendirilmesi onu uluslararası hukuka da uygun kılmayacaktır.[63] Keza, eylemleri uluslararası hukukça devlete atfedilen birimlerin iç hukuka göre devlet organı statüsüne sahip bulunmamaları da önem taşımamaktadır.[64] Sorumluluk bakımından çoğu zaman mağdur ya da tehdide maruz devletin terör eylemini nitelendirme biçimi önemli olabilir. Nitelendirmenin faillere bırakılması ise aldatıcı sonuçlara götürecektir.[65]

Yukarıda değinildiği üzere, terör eylemlerinden kaçınma yükümü getiren uluslararası hukuk normu ahdi veya teamüli nitelikte olabilir. Ancak, her halükarda, terörizmi yasaklayan birincil normun yokluğu, terör eylemlerinin devlete atfedilebilmesinin önünü daha başlangıçta kesecektir.[66]

Ortaçağ'da devlet,[67] üyelerinin bireysel ve kolektif olarak, aralarından herhangi birinin eylemlerinden sorumlu tutuldukları bir ortak birim olarak telakki edilmekteydi. Roma hukuku ve doğal hukuktan esinlenen Grotius, devleti bireylerden ayırd etmiş ve devletin, uyruklarının eylemlerinden ancak bir tür "suç ortaklığı" nedeniyle sorumlu tutulabileceğini belirtmiştir. Devletin, uyruğuyla olan suç ortaklığı; tavsiye ya da emir verme, teşvik etme ya da *patientia et receptus* (göz yumma ve kabullenme) şeklinde olabilir. [68] Devlet cihazının karmaşıklaştığı günümüzde öncelikli sorun, devlet görevlilerinin eylemlerinin bu devlete yüklenebilirliği olarak belirmektedir.

---

62 Crawford, The International Law Commission's Articles on State Responisibility, s. 91-93.

63 Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Uluslararası Hukuka Aykırı Fiilden Dolayı Devletlerin Sorumluluğuna İlişkin Maddeler Tasarısı, (Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite) 2001, m. 3.

64 Condorelli, The Imputability to States of Acts of International Terrorism, s. 238.

65 Chadwick, Self-Determination, Terrorism and the International Humanitarian Law of Armed Conflict, s. 155.

66 Carella, Terrorismo di Stato e terrorismo di individui, s. 211.

67 Uluslararası hukuk anlamında "devlet"in ne zaman tarih sahnesine çıktığı tartışmasına burada girilmeyecektir. Şu kadarını söylemekle yetinilebilir ki; uluslararası ya da devletlerarası hukukun kurum ve kavramlarının oluşumu, ulusun ya da devletin tarihsel bir gerçek olarak belirmesinden çok daha önce başlamıştır.

68 Grotius, De jure belli ac pacis, II, XXVIII, 21; II, XXI,1-4; II, XVII, XX-XXVIII; aktaran: Penna, L. R. "State Responisibility and Terrorism", s. 86.

Hangi devlet organlarının eylemleri devlete yüklenilebilir? Bir açıdan yaklaşıldığında; devlet bir tüzel kişilik olduğuna göre ancak ve sadece organları aracılığıyla eylem ve işlemde bulunabilir. Dolayısıyla, her devlet organının işlemi devlete yüklenmek durumundadır.[69] Bu ilkeyi ifade eden Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Uluslararası Hukuka Aykırı Fiilden Dolayı Devletlerin Sorumluluğuna İlişkin Maddeler Tasarısı'nın 4. maddesi, Uluslararası Adalet Divanı tarafından "uluslararası hukukun, teamüli bir niteliğe bürünen iyice yerleşmiş bir kuralı" olarak nitelendirilmiştir[70]. Tasarı'nın 4. maddesine göre, "§1. Bir organ yasama, yürütme ya da yargı işlevleri yürütüyor olsun, devlet örgütlenmesi içindeki konumu ne olursa olsun, merkezi hükümet organı ya da bir ülkesel birim (*collectivité)* organı olarak niteliği ne olursa olsun, devletin her türlü organının davranışı uluslararası hukuk açısından devlet eylemi sayılır. § 2. Organ kavramı, devletin iç hukuku uyarınca bu statüye sahip her türlü kişi ya da birimi (*entité*) içerir." Uluslararası Adalet Divanı'na göre bir devlet bünyesinde eylem ve işlem yapan yetkili organ ve makamların niteliği ne olursa olsun bu eylem ve işlemler devletin sorumluluğuna yol açar[71] ve yürütme gücünden bağımsız bir organın davranışı bile devlet eylemi sayılmalıdır.[72] Uluslararası Ticaret Örgütü'nün İstinaf Birimi'ne göre, Devlet, "yargı dâhil olmak üzere (geniş anlamda) hükümetin bütün bölümlerinin işlemleri bakımından sorumluluk taşır".[73] Neticede, uluslararası hukuk devlet içi *de jure* yetki paylaşımından ziyade, hükümet yetkilerinin *de facto* kullanımına bakmaktadır.[74]

Bir devlet görevlisinin ast konumu, devletin bu kişinin eylemlerinden dolayı sorumsuz sayılması için bahane oluşturmayacaktır. Keza, devlet görevlisinin bu eylemleri *ultra vires* (yetki aşımı halinde)[75] ya da *contra legem* (kanuna karşı gelerek) gerçekleştirmiş olması da sorumsuzluk sebebi

---

69 Carella, Gabriela, "Terrorismo di Stato e terrorismo di individui: Il caso Lockerbie" in Studi in Ricordo di Antonio Filippo Panzera, Cacucci Editore, Bari, 1995, s. 204-205.

70 İnsan Hakları Komisyonu Bir Özel Raportörü'nün Yargı Bağışıklığına İlişkin İhtilaf, 29 Nisan 1999, par. 62.

71 LaGrand, 27 Haziran 2001, § 10, 128.

72 İnsan Hakları Komisyonu Özel Raportörünün Yargı Bağışıklığı Hakkında İhtilaf, (Danışma görüşü) 29 Nisan 1999, § 63.

73 WTO Appelate Body, United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, Report, 12 October 1998, WT/DS58/AB/R, § 173.

74 Meron, Theodor, "International Responsibility of States for Unauthorized Acts of Their Officials" in British Year Book of International Law, 33, 1957, s. 114.

75 Bkz. 2001 Tasarısı, m. 7: "Bir devlet organının, ya da hükümet otoritesinin unsurlarını kullanmakla yetkilendirilmiş bir kişi ya da birimin davranışı, eğer bu organ, kişi ya da birim bu yetkiyle hareket ediyorsa, yetkisini aşsa veya aldığı talimatlara karşı gelse bile, uluslararası hukuk uyarınca devlet eylemi sayılır."

sayılamayacaktır. Buna mukabil, devlet görevlilerinin tamamen özel nitelikteki eylemleri devlete yüklenemeyecektir. Burada belirleyici olan ölçüt, işlevdir: görevlilerin işlevleri dışında bireysel olarak gerçekleştirdikleri eylemler devletlerinin sorumluluğunu doğurmazlar.[76]

Devletlerin, resmi görevlerinin *ultra vires* işlemlerinden dolayı sorumlu tutulmadıkları pek az uluslararası hukuk vakası bilinmektedir. Böyle işlemlerden dolayı devletin sorumsuzluğuna hükmeden yargı kararları, aslında üstün astının yetki dışı işlemlerinden dolayı sorumlu tutulamayacağına dair Anglo-Sakson hukuku ilkesini hatalı bir kıyasla uluslararası hukuka uygulamaktadırlar. Oysa, bu mantık, bir devletin iç hukukuna dayanarak uluslararası sorumluluğunu bertaraf edemeyeceği hususunu beraberine getiren uluslararası hukukun üstünlüğü ilkesine aykırıdır. Hukuka aykırı eylem ya da işlem, devlet görevlisinin yetkisi dışında gerçekleştirilmiş olsa bile, bu eylem ya da işlemin gerçekleştirilmesi, devletin görevliye tanıdığı imkânlar sayesinde mümkün olmuş ise, devlet yine uluslararası düzlemde sorumlu olacaktır.[77]

Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi, Tadic kararında, örgütlü silahlı grupların *ultra vires* işlemleri üzerinde durmuştur. Mahkeme'nin İstinaf Dairesi, bir devletin organlarının eylemlerinin, bu organlar yetkilerinin dışında veya talimatlara karşı gelerek hareket etseler bile, devlete atfedilebileceği hususunu teyid ettikten sonra, devlet adına özgül bir işlem gerçekleştiren birey ile örgütlü grupların durumunu ayırd etmiştir: " Örgütlü bir grup durumunda ise, grup normal olarak bir dizi faaliyete girişir. Eğer grup bir devletin genel (*overall*) denetimi altında ise, faaliyetlerinin her biri özgül olarak devlet tarafından dayatılmış, talep edilmiş veya yönetilmiş olsun veya olmasın, bu faaliyetlerinden dolayı devletin sorumluluğuna ister istemez yol açar".[78]

Tamamen özel nitelikteki eylemler devletin sorumluluğuna yol açmaz. Ancak, bazı koşullar altında devlet bu gibi eylemeleri önlemek ya da sorumlu kişileri cezalandırmak yükümünü yerine getirmediği için sorumlu olabilir; ki bu farklı bir sorumluluk kaynağına götürmektedir. Özellikle terörizm bağlamında önem kazanan husus şudur ki; burada devlet sadece kendi ihmallerinden dolayı değil, aynı zamanda özel kişilerin eylemlerinin sonuçlarından dolayı sorumludur.[79] Muhtelif atfedilebilirlik kurallarının burada üst

---

76 Alland, Responsabilité et sanctions, s. 409; Carella, Terrorismo di Stato e terrorismo di individui, s. 207-208.

77 Meron, International Responsibility of States for Unauthorized Acts of Their Officials, s. 90-93, 113.

78 Tadic, IT-94-1-A, (İstinaf Dairesi), 15 Temmuz 1999, § 122.

79 Wigneswaran, Responsive Responsibility…, s.281-283.

üste binen bir etkisi vardır: Devlet, özel kişilerin eylemlerini engellemek için gerekli tedbirleri almadığından dolayı sorumlu olur. Örneğin, kabul eden devletin, bir büyükelçiliği ele geçiren kişilerin eylemlerinden dolayı sorumluluğu söz konusu olmaz, ama büyükelçiliği korumak ve üzerinde yeniden kamu düzenini kurmak için gereken girişimlerde bulunmadığı için olur. Bu bakımdan, atfedilebilirliğin temeli ile ihlale uğradığı öne sürülen belirli yüküm birbirine yakından bağlı olmakla beraber, bu iki unsur analitik açıdan ayırd edilebilir niteliktedir.[80]

Bazı kimseler uluslararası hukuka aykırı eylemleri gerçekleştirirken devletin hareketsiz kalması da, ihmal yoluyla sorumluluğun doğumuna sebebiyet verecektir. Diğer yandan, ihmal nedeniyle başlayan dolaylı bir sorumluluk, söz konusu eylem ve eylemcilere devletin sahip çıkması sonucu doğrudan sorumluluğa dönüşebilir. Tahrandaki Rehineler davasında, Uluslararası Adalet Divanına göre ABD Büyükelçiliğinin binalarının İranlı öğrencilerce işgali iki yönden İran'ın sorumluluğuna yol açmıştır. İran, başlangıçta bu eylemleri engellemek için gerekli özen yükümünü göstermemiş, ardından eylemleri tasvip etmiş ve sorumluları cezalandırmaktan kaçınmıştır. Başlangıçtaki işgal, İran devletine atfedilemez, zira bunun için militanların, belli bir operasyonu gerçekleştirmek üzere İran devletinin yetkili bir organı tarafından görevlendirilip devlet adına hareket ettiklerinin tespiti gerekirdi. Eylem öncesi Ayetullah Humeyni'nin yaptığı Amerikan aleyhtarı konuşmalar bile cesaretlendirme dereceside kalmış ve öğrenciler, eylemi kendi başlarına planlayıp icra etmekle öğünmüşlerdir. Olayın sonradan Humeyni tarafından resmen tebrik ve tasvip edilmesi, başlangıçtaki bağımsız ve gayriresmi niteliğini değiştirmez. İşgalin sürdürülmesi safhasında ise, Amerikalı diplomatları ellerinde tutan militanların resmi devlet organları tarafından verilen emirler uyarınca, devlet menfaati için ve devlet politikası çerçevesinde hareket ettikleri görülmektedir. Bu politika ise, durumun hukuki niteliğini temelden değiştirme sonucunu doğurmuştur. Divan'a göre: "Ayetullah Humeyni'nin böylece ilan ettiği, Amerika Birleşik Devletleri Hükümeti üzerinde baskı oluşturmak amacıyla Büyükelçiliğin işgalinin ve sâkinlerinin rehine tutulmasının sürdürülmesi siyaseti, diğer İran makamlarınca yerine getirilmiş ve muhtelif bağlamlarda yapılan beyanlarla tekrarlanarak üstlenilmiştir. Bu siyasetin sonucu, Büyükelçiliğin işgalinin ve diplomatik ve konsüler personelinin rehin tutulmasının doğurduğu durumun hukuki niteliğinin kökten değişimi olmuştur. Bu olgulara Ayetullah Humeyni'nin ve İran Devleti'nin diğer organlarının verdiği onay ve bunları sürdürme kararı, Büyükelçiliğin süregiden işgalini ve rehinelerin tutulmasını bu devletin eylemlerine dönüştürmüştür. İşgali gerçekleştiren ve rehinelere gardiyanlık

---

80 Crawford, The International Law Commission's Articles on State Responsibility, s. 92.

yapan militanlar, İran devletinin ajanlarına dönüşmüşlerdir ve bu devletin eylemleri, uluslararası sorumluluğuna yol açmaktadır."[81]

Tahran'daki Rehineler vakasında, aslında İran tartışmalı eylemleri açıkça tasvip ederek, bunların kendisine atfedilebilirliği sorununu, kendiliğinden ve kendi aleyhine çözmüş olmaktadır. 2001 Tasarısı'nın 11. maddesine göre: "Önceki maddeler uyarınca bir devlete atfedilemeyen bir davranış, yine de, devletin söz konusu davranışı kendi davranışı olarak tanıdığı ve benimsediği ölçüde, uluslararası hukuk uyarınca o devletin davranışı sayılır." Gerçi olayda, İran *leadership*'inin açıkça tasvip beyanları olmasaydı da eylemler muhtemelen İran Devleti'ne atfedilebilecek, ama ispat külfeti zorluklar çıkaracaktı. Devletlerin, kendisine atfefilemeyecek bir davranışı, muhtelif sebeplerle üstlenmesi durumu ihtimal dışı değildir.[82] Osmanlı Deniz Fenerleri vakasında verilen tahkim kararının, Girit'in Osmanlı İmparatorluğu'na bağlı özerk bir bölge olduğu dönemde yaptığı bir imtiyaz sözleşmesinin ihlalinden Yunanistan'ı sorumlu tutarken söz konusu ihlalin Yunanistan'ca üstlenilmesi gerekçesine dayanmıştır: "Olayda, ahdi bir hükmün özerk bir ada devletinin yasama gücü tarafından ihlali söz konusudur; ki bu adanın ahalisi onlarca yıl boyunca, anavatan saydığı Yunanistan'a, tutkuyla, hatta silah gücüyle bağlanmaya çalışmış ve söz konusu ihlal, Yunanistan tarafından imtiyaz sözleşmesine aykırılık biçiminde tanınmış, (…) yolsuz değilmişcesine üstlenilerek Yunanistan'ın ada üzerinde egemenlik kazanmasından sonra bile sürdürülmüştür. Bu şartlar altında, Mahkeme ancak şu neticeye varabilir: Girit'in, özerk bir ada olarak yakın geçmişinde izlediği hukuk dışı davranışı kendininmiş gibi benimseyen Yunanistan, halef devlet sıfatıyla, imtiyaz sözleşmesinin ihlalinin mâli sonuçlarını üstlenmek yükümü altındadır" [83]. 1960 tarihinde Eichman'ın yakalanması ve yargılanması ile ilgili olarak, yine devletin özel kişilerce gerçekleştirilen bir eylemi üstlenme yoluyla sorumluluğu kabul etmesi meselesi tartışılmıştır. Eichman, Buenos Aires'de bir grup İsrailli tarafından yakalanmış ve hava yoluyla İsrail'e getirilerek yargılanmıştır. Operasyon ertesinde Arjantin, İsrail'i Eichmann'ın yakalanmasında suç ortaklığıyla itham etmiştir. İthamı ne kabul ne de inkâr eden İsrail Dışişleri Bakanı Meir, Eichmann'ı yakalayanları "gönüllü bir grup" olarak nitelendirmiştir. 23 Temmuz 1960 tarihli ve 138 sayılı Güvenlik Konseyi kararı, İsrail Hükümeti'nin operasyondan en azından haberdar olduğu ve rızası bulunduğu yönünde bulgular içermektedir. Eichmann'ı yakalayan kişilerin, en azından 2001 Tasarısı'nın 8. maddesi anlamında İsrail'in "talimatlarıyla, ya da yönetimi veya denetimi altında" hareket ettikleri söylenebilir.

---

81 Bkz. Tahrandaki Rehinler, 24 Mayıs 1980, § 58, 59, 74.

82 Brownlie, International Law at the Fiftieth Anniversary of United Nations, s. 186.

83 Affaire relative à la concession de phares de l'Empire ottoman (Grèce, France) 24/27 July 1956, Recueil des sentences arbitrales, vol. XII, s. 198.

Ancak bu kişilerin davranışlarının 8. maddenin tanımladığı kapsama girdikleri hususunda tereddüt varsa, meselenin devletin üstlenmesi yoluyla çözülmüş olduğuna da hükmedilebilir.[84]

Tahrandaki Rehinler vakasında açıkça görülmektedir ki, bireysel terör eyleminin gerisinde devletin desteği ve kontrolü olmasaydı, bu eylem gerçekleşemezdi veya sona ererdi. Burada terör eylemi, özerk girişim niteliğini kaybederek ilgili devletin bir tür *longa manus*'una (uzun el) dönüşmekte ve devletin gerçek tertibini gizleyen bir perde işlevi görmektedir. Bu olgunun tespiti, eylemin devlete yüklenebilirliği konusunda her türlü tereddüdü gidermektedir. Dikkat çekicidir ki, eylemlerin devletçe *ex post* tasvip edilmiş olması, devletin *ex ante* verdiği emir olgusunun önemini ortadan kaldırmamaktadır.[85] *Longa manus* (uzun el) olgusunun tespiti halinde devlet, son tahlilde kendisine ait olan eylemlerin sorumluluğundan kurtulmak için, Pontius Pilatus gibi ellerini yıkayamamaktadır.[86]

De facto devlet organları kategorisi altında hareket eden bireyler, resmen devlet memuru statüsünü haiz olmamakla beraber devlet adına hareket etmektedirler. 2001 Tasarısı'nın 8. maddesine göre: "Bir kişinin ya da grubun davranışı, eğer bu kişi ya da grup, davranışı gerçekleştirdiği sırada fiilen bir devletin talimatlarıyla, ya da yönetimi veya denetimi altında hareket ediyorsa, uluslararası hukuk uyarınca bu devletin eylemi sayılır." Bu tür vakalar, çoğunlukla, devlet organlarının, özel kişi ya da grupları devşirerek ya da kışkırtarak kendi eylemlerine destek sağlamaları şeklinde ortaya çıkmaktadır. Söz konusu destek kuvvetleri, devletin resmi yapılanmasının dışında kalarak "gönüllü" gibi sıfatlarla komşu ülkelere özel misyonlara gönderilirler.[87] 2001 Tasarısı'nın 5. maddesine göre, "4. madde anlamında bir devlet organı olmayan ve fakat bu devletin hukuku tarafından kamu gücü imtiyazları icra etmekle yetkilendirilmiş bir kişi ya da birimin davranışı, bu kişinin ya da birimin bu nitelikle hareket ettiği ölçüde, uluslararası hukuka göre devletin eylemi sayılır". 5. maddeye göre, "Bir kişi ya da kişiler grubunun davranışı, bu kişi ya da kişiler grubunun bu davranışı benimseyerek gerçekte devletin talimatı ya da yönergesi uyarınca ya da denetimi altında hareket etmişse, uluslararası hukuka göre devletin eylemi sayılır".

---

84 Crawford, The International Law Commission's Articles on State Responisibility, s. 122.

85 Carella, Terrorismo di Stato e terrorismo di individui, s. 209-210.

86 Dinstein, Terrorism as an International Crime, s. 59. Yazar, İncil'e göre, İsa'nın çarmıha gerilmesini istemeden onayladıktan sonra sorumlu olmadığını belirtmek için ellerini yıkayan Romalı valiye gönderme yapıyor.

87 Crawford, The International Law Commission's Articles on State Responisibility, s. 110.

İran-ABD Talepler Mahkemesi'ne intikal eden Yeager davasında, Devrim Muhafızları'nın ABD vatandaşlarına yaptıkları kötü muamele söz konusu edilmiştir. İran Hükümeti tarafından resmen tanınmayan Devrim Muhafızları, Ayetullah Humeyni'nin desteğini almışlar ve devrim hükümetine karşı daima sadakat göstermişlerdir. İran Hükümeti'nin, Devrim Muhafızları'nı denetleyemeyeceği yönündeki iddialarını reddeden Mahkeme, şu tespitlerde bulunmuştur: "Uluslararası hukuk uyarınca İran, bir yandan Devrim 'Muhafızları' ya da 'Komiteleri'nin hükümet yetkilerini kullanmasını hoşgörürken diğer yandan onların gerçekleştirdiği haksız fiillerden kaynaklanan sorumluluğu inkâr edemez."[88]

Yakın tarihli (2006) bir kriz vesilesiyle gündeme gelen, Hizbullah ile Lübnan devleti arasındaki ilişki, devlet organlarının sorumluluğu ve *de facto* organ kavramı bakımından oldukça karmaşık bir görünüm sergilemektedir. Burada, devletin bir örgüt üzerindeki denetimine simetrik olarak, örgütün de devlet üzerindeki denetim ve etkisi söz konusudur. Zira Hizbullah, Lübnan devletinin yasama ve yürütme organlarında temsil kuvvetine sahiptir ve bu devlet, ülkesinde 3000 aktif militandan oluşan silahlı bir Hizbullah gücü barındırmakta; bunların operasyonları için gerekli askeri, lojistik ve siyasi örgütlenmesine göz yummakta, bu unsurları ortadan kaldırmak ve faaliyetlerine son vermek için hiçbir eyleme girişmemektedir. Netice itibariyle, Hizbullah'ın silahlı kuvvetlerinin Lübnan devletinin fiili organı haline geldiği hususunda pek şüphe yoktur.[89]

İnsancıl hukuk ihlallerinin doğurduğu sorumluluk açısından 1949 Cenevre Sözleşmeleri'ne Ek 1977/I. Protokol'ün 91. maddesi dikkat çekicidir: "Sözleşmelerin ya da işbu Protokolün hükümlerini ihlal eden çatışmanın taraflarından biri, durum gerektiriyorsa, tazminat ödemekle sorumlu olacaktır. (Bu taraf devlet) silahlı kuvvetlerinin parçasını oluşturan kişilerin gerçekleştirdiği bütün eylemlerden sorumlu olacaktır." Teamül hukukunu yansıttığı kabul edilen bu hüküm uyarınca sadece silahlı kuvvetlerin *ultra vires* eylemleri değil, aynı zamanda bunların mensuplarının gayriresmi eylemleri de devlete yüklenebilir niteliktedir. Böylece devletler, silahlı kuvvetlerinin disiplin ve denetimi bakımından, sivil yönetime göre daha yüksek bir ihtiyat ve tedbir standardını sağlama yükümü altında bulunmaktadırlar. Üstelik devletler, insancıl hukukun uygulanması bakımından, Alman kamu huku-

---

88 Yeager İran İslam Cumhuriyeti'ne karşı, 17 İran-ABD Talepler Mahkemesi, 92, s. 194-195, § 45; Nakleden: de Hoogh, Articles 4 and 8 of the 2001 ILC Articles on State Responsibility, the Tadic Case…, s. 270.

89 Bkz. Kurtdarcan, Bleda, "Meskûn mahalde muharebe ve insancıl hukuk: İsrail-Hizbullah çatışması kapsamında kısa bir değerlendirme" in Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005/2, s. 102-103.

kundan ödünç alınan bir deyimle "*Drittwirkung*" yükümü[90] altında bulunmaktadırlar. 1949 Sözleşmeleri'nin müşterek 1. maddesi ve 1977/I. Protokol'ün 1. maddesi devletlere insancıl hukuk normlarına " saygı göstermek ve bunların saygı görmesini sağlamak" yönünde sorumluluk yüklemektedirler. Bu itibarla, belli bir bölgeyi işgal eden askeri kuvvet, buradaki halkı suç eylemlerine karşı korumak durumundadır. Bu bölgede görülen terör eylemleri, devlet kökenli olmasalar bile devletin sorumluluğu için "katalizör vazifesi" görebilir. Keza, devlet savaş suçlarını kovuşturarak cezalandırmak durumundadır. Bu insancıl hukuk yükümünü yerine getirmekten kaçınan bir devlet, hatta çatışmaya taraf olmayan bir üçüncü devlet, uluslararası sorumluluk altına girebilir.[91]

1977/I. Protokol'ün 91. maddesinde yer alan düzenlemenin, 1949/III. Cenevre Sözleşmesi'nin 4 §A1. maddesi anlamında "silahlı kuvvetlere dahil milisler ve gönüllü birlik mensupları" nı da kapsayıp kapsamadığı hususu sarih değildir. Uluslararası içtihada bakıldığında, Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin İstinaf Dairesi'nin Tadic davasında meseleye geniş açıdan yaklaştığı görülmektedir. Daire, Bosna'daki Sırp ordusu, (VRS) Federal Yugoslav Cumhuriyeti'nin (FYC) *de facto* organı olarak değerlendirip bu askeri birimlerin eylemlerini FYC'ne atfetmiştir.[92] Mahkeme'ye göre "(İnsancıl hukuk) şekilci postülalar üzerine kurulu değildir. Sadece şekli devlet organı statüsüne sahip olanların, yani bir devletin silahlı kuvvetlerine mensup olanların, insancıl hukuk ihlalerine girişmekten kaçınma ve -eğer yetki kullanan bir konumda iseler- bu tür suçların işlenmesi ve engellenmesi yükümü altında oldukları telakkisine de dayanmamaktadır. Daha ziyade, etkililik kavramı üzerine kurulu ve standartlarından sapmaları mümkün olan âzami ölçüde caydırma hedefinden ilham alan, gerçekçi bir hukuk kuralları bütünüdür. Bunun bir sonucu da, insancıl hukukun sdece şekli otorite konumunda bulunanları değil, *de facto* yetki kullananların yanısıra, uluslararası insancıl hukukun ciddi ihlallerinin failleri üzerinde denetim icra edenleri de sorumlu tutmasıdır[93]." Şekilcilikten kaçınarak insancıl hukukun etkilik ilkesini ve muhtemel ihlaller üzerinde caydırıcılık etkisini esas alan mahkemenin, VRS mensuplarının tamamen özel nitelikteki eylemlerini bile 91. madde korumasına dahil edeceği yönünde fikir yürütülebilir[94].

---

90 Benzer bir yükümlülük doğal olarak uluslararası insan hakları hukuku bakımından da geçerlidir. Bkz. Dubuisson, Vers un renforcement des obligations de diligence en matière de lutte contre le terrorisme?, s. 145.

91 Condorelli, The Imputability to States of Acts of International Terrorism, s. 236, 242-243.

92 Tadic, IT-94-1-A, (İstinaf Dairesi), 15 Temmuz 1999, § 92-97.

93 Tadic, IT-94-1-A, (İstinaf Dairesi), 15 Temmuz 1999 § 96.

94 de Hoogh, Articles 4 and 8 of the 2001 ILC Articles on State Responsibility, the Tadic Case…, s. 284.

İki Meksikalı subayın, bir Fransız vatandaşından para sızdırmayı başaramayınca onu kışlaya götürüp öldürmesine ilişkin Caire vakasında şu sonuca varılmıştır: "… iki subayın yetkileri dışında hareket ettikleri kabul edilse ve âmirleri bir emri iptal edip geri almış olsalar bile (…), devletin sorumluluğuna yol açmışlardır, zira subay statülerinin koruması altında ve hareket etmişler ve bu statü uyarınca emirlerine verilen imkânları kullanmışlardır.[95]"

Paris İstinaf Mahkemesi, 20 Ekim 2000 tarihli kararında, bir Fransız uçağının düşürülmesi ile sonuçlanan bir terör eylemi ile ilgili olarak Libya lideri Muammer Kaddafi hakkında ceza takibatı yapılmasının caiz olduğuna hükmetmiştir. Libya anayasasına göre Kaddafi'nin devlet ya da hükümet başkanı statüsü bulunmadığı yönündeki itirazlara karşılık olarak Fransız Dışişleri bakanlığı, bütün uluslararası toplumun Kaddafi'yi Libya devlet başkanı saydığını belirterek uluslararası zirve toplantılarında da Libya'yı Kaddafi'nin temsil ettiğine dikkat çekmiştir.[96]

Nikaragua davasında Uluslararası Adalet Divanı, insancıl hukuk ihlallerinin ABD'ye izafe edilebilmesi bakımından üç farklı kategori üzerinde durmuştur. Olaylara karışan ABD hükümet görevlileri ve silahlı kuvvetler mensuplarının eylemlerinin bu devlete yüklenilebilirliği konusunda tereddüt yoktur. Latin Amerika kökenli bazı kişilerin de eylemleri ABD'ye yüklenebilir, zira bunlar hem ABD hükümetinden ücret almakta, hem de ABD resmi görevlilerinin özel talimat, denetim ve planlamaları dâhilinde özel operasyonlar gerçekleştirmektedirler. Üçüncü kategori olan *contra*'ların insancıl hukuk ihlallerinin ABD'ye hukuken yüklenebilmesi için bunların ABD'nin etkin denetimi altında hareket ettiklerinin, yani hukuka aykırı eylemlerin gerçekleştirilmesi için ABD'nin contra'lara özel talimatlar verdiğinin ispatlanması gerekmektedir[97]. Divana göre, contra'ların gerçekleştirdikleri terörizm eylemleri ABD'ye yüklenebilir nitelikte değildir, ama bu husus contra'ları, uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanan ve 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin müşterek 3. maddesinde ifadesini bulan insancıl hukuk kuralları uyarınca bireysel sorumluluktan kurtarmaz. ABD tarafından contra'lara sağlanan sistematik yardım ve teşvik ise, müşterek 1. maddede yer

---

95 Nakleden: Crawford, James, The International Law Commission's Articles on State Responisibility. Introduction, Text and Commentaries, Cambridge University Press, 2002, s. 107. Amerikalararası İnsan Hakları Makemesi'nin Velasquez-Rodriguez Honduras'a karşı, (29 /7/ 1988) kararı da benzer yöndedir. Bkz. Cohen-Jonathan, Gérard, "La Cour interaméricaine des droits de l'homme-L'arrêt Velasquez" in Revue générale de droit international public, 1990, s. 455 is.

96 Nakleden: Cassese, International law, s.189.

97 Nikaragua'da askeri ve benzeri faaliyetler, 1986, § 75-86, 93-115. Analiz için bkz. Cassese, International law, s. 190.

alan, sözleşmelere "saygı gösterilmesini sağlamak" ilkesini çiğneyerek bağımsız bir insancıl hukuk ihlali oluşturur. Böylece *contra*'lar ve ABD, 1. maddenin iki farklı yükümünü; yani sırasıyla "saygı gösterme" ve "saygı gösterilmesini sağlama" yükümünü ihlal etmiş bulunmaktadırlar.[98] *Contra*'ların eylemlerinden dolayı ABD'nin hukuken sorumlu tutulabilmesi için " ileri sürülen ihlallerin gerçekleştiği sırada askeri ve paramiliter operasyonlar üzerinde etkin denetim" icra ettiğinin ispatı şartını arayan karar, klasik uluslararası hukuk açısından eleştiriye uğramıştır. Paust'a göre Divan, Nuremberg'den önceki dönemlerde bile bir devletin ve onun adına hareket eden kişilerin "muvafakat, hoşgörü, teşvik ya da iştirak"ten dolayı sorumlu tutulabildikleri hususunu göz ardı etmiştir.[99]

Nikaragua kararında izlenen mantık, devlet sorumluluğu kavramının göstereceği genişleme eğiliminin başlangıç noktası olarak yorumlanmıştır. Bu eğilim, terör örgütlerinin eylemlerini, kendilerini herhangi bir şekilde destekleyen, ülkelerinde şu veya bu şekilde yataklık eden devletlere atfetme noktasına kadar gitmektedir. Nitekim 11 Eylül saldırılarının ertesinde BM Güvenlik Konseyi'nin benimsediği 1368(2001) sayılı karar, terör eylemlerinin "failleri, örgütleyicileri ve azmettiricileri"ne onlara "yardım, destek ve barınak sağlayanlar" ile aynı paragrafta yer vermektedir. BM, aslında ABD'nin bu konuda aldığı vaziyeti benimsemiş olmaktadır. Senato ve Temsilciler Meclisi'nin kuvvet kullanımına izin veren 17 Eylül 2001 tarihli (*107th Congress, 1st Session, S.J.RES.23*) müşterek kararı, "11 Eylül 2001 saldırılarını planlayan, bunlara izin veren ya da yardım eden ulus, örgüt ve kişiler" ile "bu örgüt veya kişilere barınak sağlayanlar"ı aynı kategoriye yerleştirmiştir. Artık günümüzde, Nikaragua kararında yer alan sorumluluğa ilişkin analiz yöntemlerinin aşıldığını söylemek mümkün, hatta gerekli olabilir. Bu evrim ise, sadece sorumluluk hukuku değil, aynı zamanda kuvvet kullanma hukuku açısından da vahim sonuçları beraberinde getirebilir.[100]

Uluslararası Adalet Divanı, 2005 tarihli Kongo Ülkesinde Silahlı Faaliyetler kararında, dolaylı olarak kuvvet kullanma ile uluslararası sorumluluk arasındaki ilişkiye eğilmiştir: "Kongo Demokratik Cumhuriyeti'ne

---

98 Nikaragua'da askeri ve benzeri faaliyetler, 1986, §115-116, 216-220. Analiz için bkz. Condorelli, The Imputability to States of Acts of International Terrorism, s. 243-244.

99 Paust, The Link Between Human Rights and Terrorism…, s. 46-47.

100 Kohen, Marcelo, "Les controverses sur la question du 'terrorisme d'Etat' ", in Le droit international face au terrorisme, sous la direction de Karine Bannelier, Théodore Christakis, Olivier Corten, Barbara Delcourt, CEDIN, PARIS I, ed. Pédone, Paris, 2002, s. 88-89, 92-93, Benzer yönde bkz. Milanovic, Marko, "State Responsibility for Genocide" in European Journal of International Law, vol 17 no. 3, s. 583-584.

karşı yine bu devletin ülkesi üzerinde askeri eylemlere girişen, Ituri'yi işgal eden ve Kongo ülkesinde operasyon yapan düzensiz kuvvetleri askeri, lojistik, ekonomik ve mali açıdan etkin biçimde destekleyen Uganda, uluslararası ilişkilerde kuvvete başvurmama ilkesini ve müdahaleden kaçınma ilkesini ihlal etmiştir."[101] Böylece, uluslararası ilişkilerde kuvvet kullanımı, saldırı boyutuna varmasa bile ilgili devletin sorumluluğunu hem kuvvet kullanma yasağının hem de insancıl hukukun[102] ihlali bakımından doğurabilmektedir[103]. Kararda, Uganda'nın subay ve askerlerinin eylemlerinin devlete atfedilebilirliği noktasında fazla zorluk çıkmamıştır. [104] Buna mukabil, düzensiz birliklerin eylemlerinden dolayı sorumluluk meselesi, daha karmaşık mantık yürütümleri gerektirmiştir: "Uganda'nın MLC'yi ihdas ettiğini düşündürecek hiçbir inanılır ispat unsuru yoktur. Uganda, eğitim ve askeri destek sağladığını ikrar etmiştir ve bu yönde ispat unsurları vardır. Bay Bemba'nın bu yardımı ne surette kullandığını Uganda'nın nasıl kontrol ettiğini ya da edebileceğini ispat edecek hiçbir ikna edici delil Divan'a ibraz edilmemiştir. Divan'ın görüşüne göre, MCL'nin davranışı, Uganda'nın bir "organı"nın davranışı olmadığı gibi onun adına kamu gücü imtiyazlarını kullanan bir birimin davranışı da değildir. Divan, MCL'nin Uganda'nın talimatları, direktifleri ya da denetimi altında hareket edip etmediğini tespite çalışmıştır ve bu hususu ispat edecek hiçbir delile sahip bulunmadığı kanaatindedir. Bu durumda, mevcut vakada, paramiliter güçler üzerinde yeterli derecede denetim icra edildiğine kanaat getirmek için aranan ölçütlerin yerine gelip gelmediği sorusunu sormak gereksiz kalmaktadır.[105] Kökenleri Nikaragua kararına giden "etkin denetim" ölçütünün halen geçerli olmakla beraber giderek daha geniş yorumlanma eğilimi gösterdiğine bu kararın da tanıklık ettiği söylenebilir.

Yetkisi, bireylerin cezai sorumluluğu ile sınırlı olan Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi, Tadic davasında şu kritik soruyu cevaplandırma durumunda kalmıştır: Bosna'daki Sırp askeri ya da sivil otoritelerinin eylemleri, Federal Yugoslav Cumhuriyeti'ne (FYC) atfedilebilir mi? Bu soruya olumlu cevap verilmesi halinde, ülkedeki silahlı çatışma uluslararası bir nitelik kazanacak ve ağır ihlaller gerçekleştiren kişiler, Mahkeme'nin statüsünün 2. maddesi uyarınca kovuşturulabileceklerdir. Uluslararası Adalet Divanı'nın 1986 Nikaragua kararında tespit ettiği "etkili denetim" (*effective*

---

101 Kongo Ülkesinde Silahlı Faaliyetler, 19 Aralık 2005, §345-1

102 Örneğin bkz. Kongo Ülkesinde Silahlı Faaliyetler, § 208 "… körcesine yapılan bombalamalar, kendi başlarına insancıl hukukun aşikâr bir ihlalini oluşturur."

103 Tcheuwa, Communauté internationale, guerre et responsabilité: Réfléxion autour de la responsabilité internationale des Etats, s. 95.

104 Kongo Ülkesinde Silahlı Faaliyetler, § 213, 220.

105 Kongo Ülkesinde Silahlı Faaliyetler, § 160.

control) testini uygulayan, Mahkeme'nin Dava Dairesi, Bosna'daki *Republica Srpska* silahlı kuvvetlerinin, FYC'nin *de facto* organ ya da ajanları sayılamayacaklarına hükmetmiştir. Dava Dairesi'ne göre, Bosna'daki Sırp askeri birliklerinin FYC'ne bağımlı oluşu, sadece bir denetim potansiyeli doğurur ve bu denetimin bilfiil icra edilip edilmediği hususunu ispat külfeti, iddia makamına aittir. Daire, devlet sorumluluğu ile cezai sorumluluğu analizlerini açıkça ayırd etmiştir: " … Dava Dairesi'ni, sonuca varabilir ki; *Republika Srpska* silahlı kuvvetlerinin ve bir bütün olarak *Republika Srpska*'nın, Federal Yugoslav Cumhuriyeti Hükümeti'nin, eski Yugoslavya'nın kalıntılarından oluşturmak istediği Büyük Sırbistan planında müttefiklerinden fazla bir şey oldukları (oldukça bağımlı müttefikler olsalar da) sonucuna güvenle götürebilecek delil yoktur. Republika Srpska silahlı kuvvetlerinin eylemlerini Federal Yugoslav Cumhuriyeti'ne atfetme imkânı olmaksızın, Federal Yugoslav Cumhuriyeti Hükümeti'nin Bosna Hersek Cumhuriyeti'ndeki silahlı çatışmalara sürekli ve dolaylı olarak müdahalesi, işbu davanın kapsam ve ilgisinin ötesinde devlet sorumluluğu meselelerine yol açar."[106]

Kararı bozan İstinaf Dairesi ise, farklı bir sonuca varmıştır. Paramiliter birlikler, mücadele ettikleri devletten başka bir devlete ait iseler, çatışma uluslararası nitelik kazanır. Düzensiz birliklerin hukuken muharip (*combatant*) statüsü kazanabilmeleri için, bunların üzerinde çatışmanın taraflarından birinin denetiminin bulunması ve buna mukabil, düzensiz birliklerin söz konusu taraf ile bağımlılık ve sadakat ilişkisi içinde bulunmaları gerekir. Öyleyse, paramiliter grupların belli bir devlete ait olup olmadıkları hususunda bir " otorite ya da denetim" testi uygulanması gerekmektedir[107]. İstinaf Dairesi, bir birey grubun ne zaman devlet denetimi altında sayılabileceği noktasında insancıl hukukun kesin kriterler sunamadığına hükmederek, devlet sorumluluğuna ilişkin genel kurallara başvurmayı kararlaştırmıştır[108]. Nicaragua kararındaki kriterleri aynen uygulamayı reddeden ve doğrudan Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun (2001 tasarısı ile sonuçlanacak olan) devlet sorumluluğuna ilişkin çalışmalarına gönderme yapan Daire'ye göre, "Özel bireylerin gerçekleştirdiği eylemlerin devlete atfedilebilmesi için uluslararası hukuk, devletin bireyler üzerinde denetim uygulamasını aramaktadır. Bununla beraber, *denetimin derecesi* her bir vakanın olgusal koşullarına göre değişiklik göstermektedir. İstinaf Dairesi, her bir koşul altında uluslararası hukukun denetim testi için yüksek bir eşik araması için bir sebep görememiştir[109]. İstinaf Dairesi'nin olaya uygulayacağı test farklı olacaktır: "Askeri ya da paramiliter grupların eylemlerinin bir devlete atfedile-

---

[106] Tadic, IT-94-1, Dava Dairesi, 7 Mayıs 1997, § 584-606.

[107] Tadic, IT-94-1-A, İstinaf Dairesi, 15 Temmuz 1999 § 90-97.

[108] Tadic, İstinaf Dairesi, 15 Temmuz 1999 § 98.

[109] Tadic, İstinaf Dairesi, 15 Temmuz 1999 IT-94-1, § 117.

bilmesi için, devletin, sadece grubu donatıp finanse ederek değil, aynı zamanda askeri faaliyetlerinin genel olarak planlanmasında eşgüdüm sağlayarak ya da yardım ederek grup üzerinde genel (*overall*) denetim icra ettiğinin ispatı gerekmektedir. (…) Ancak, buna ilaveten, devletin grubun başkanına ya da üyelerine, uluslararası hukuka aykırı belli eylemlerin gerçekleştirilmesi için talimat vermiş olması zorunlu değildir"[110]. Görüldüğü gibi, İstinaf Dairesi, etkili (*effective*) denetim testinin yerine genel (*overall*) denetim testi geçirmektedir. Olayda Daire'nin bu tercihe yönelmesinin sebeplerinden biri de şudur: Örgütlü gruplar, münferit eylemler değil, dizi halinde faaliyetler gerçekleştirirler. Bu itibarla, grup üzerinde genel denetim sahibi olan devlet, bu faaliyetleri özgül olarak dayatmasa, talep etmese veya yönetmese bile sorumlu tutulmalıdır[111]. Böylece, bireyler, devlet talimatı aranmaksızın, devlet yapısı içinde bilfiil gerçekleştirdikleri eylemlerden dolayı devlet organlarıyla özdeşleştirilebilirler ve silahlı kuvvetler çerçevesinde, ya da bunlarla bağlantılı olarak veya devlet otoriteleriyle danışıklı olarak eylem gerçekleştiren özel bireyler, *de facto* devlet organı sayılabilirler.[112]

İstinaf Dairesi'nin Nikaragua kararından bu sapma gözlemlenirken, kararların hukuki ve olgusal farkları göz ardı edilmemelidir: Nikaragua'da *contra*'ların amacı, başka bir devlet lehine ülke kazanımı değil, hükümetin devrilmesiydi ve komşu devletlerin ülkelerinden akınlar halinde operasyon yapmışlardı[113]. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yetkisi, devletlerin sorululuğuna değil, bireylerin cezai sorumluluğuna ilişkindir. Bununla beraber, özel davranışın devlet denetimi altında gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin sorgulanması ve atfedilebilirlik meselesi bakımından benzerlikler ve mukayese imkânları şüphesiz mevcuttur.[114]

İstinaf Dairesi'ni, Bosna'daki Sırp silahlı grupların eylemlerini FYC'ne atfetmeye yönlendiren olgular nelerdi? Hem Dava, hem de İstinaf Daireleri, atfedilebilirlik meselesini sorgularken, tartışmalı Nikaragua kararının yanısıra, 2001 Tasarısı'nın 8. maddesine dönüşecek olan Uluslararası Hukuk Komisyonu çalışmalarını esas almışlardır[115]. Eski Yugoslavya'nın parçalanması sürecinde Yugoslav ordusu JNA (daha sonra VJ) Bosna'daki askerlik kayıtlarını ele geçirerek sadece Sırpların askere alınmalarını sağlamıştı.

---

110 Tadic, İstinaf Dairesi, 15 Temmuz 1999 § 131.

111 Tadic, İstinaf Dairesi, 15 Temmuz 1999 §122.

112 Tadic, İstinaf Dairesi, 15 Temmuz 1999 § 141, 144.

113 Bkz. de Hoogh, Articles 4 and 8 of the 2001 ILC Articles on State Responsibility, the Tadic Case…, s. 274.

114 Crawford, The International Law Commission's Articles on State Responisibility, s. 112.

115 de Hoogh, Articles 4 and 8 of the 2001 ILC Articles on State Responsibility, the Tadic Case…, s. 277.

Bosna doğumlu olup da Yugoslavya'nınn başka yerlerinde görev yapan Sırp askerleri Bosna'ya sevk edildi ve Bosna doğumlu olmayıp burada görev yapan Sırp subaylar yerlerinde bırakılarak bunlara maaş verilmeye devam edildi. Başka (eski) cumhuriyetlerden çekilen askeri malzeme Bosna'ya sevk edildi ve Bosna Sırp ordusuna (VRS) lojistik destek sağlandı. Bu ordu ile Belgrad arasında iletişim sağlanarak operasyonlar koordine edildi. Republika Srpska ve FYC'nin askeri ve siyasi hedefleri arasında bütünlük ve birbirini tamamlayıcılık vardı. Daha da ilginç olan şudur ki; Yugoslavya'da çatışmaya son veren 1995 Dayton/Paris Andlaşmaları'nın müzakereleri tek bir Sırp delegasyonu tarafından yürütüldü ve Genel Çerçeve Andlaşma'ya Milosevic'in attığı imza, andlaşmanın *Republika Srpska* tarafından da yerine getirileceği taahhüdünü içeriyordu. *Republika Srpska*'nın andlaşmaya uyacağını beyan eden mektup da, FYC dışişleri bakanının imzasını taşıyacaktı.[116]

Aslında, Dava Dairesi'nin şu tespitleri, onu İstinaf Dairesi'nin varacağı sonuçlara kolaylıkla götürebilirdi: "…*Republika Srpska'nın* siyasi liderleri ve kıdemli askeri komutanları, şüpheye yer bırakmayacak bir biçimde, genel olarak Sırp savaş çabalarını, Sırbistan ve Karadağ ile birlikte Büyük Sırbistan'a katılarak, Eski Yugoslavya'da Sırpların yaşadığı toprakları birleştirmeye dayalı, beyan edilmiş siyasi hedeflerinin ön şartı olarak görüyorlardı. (…) Bu itibarla, VJ ve FYC Hükümeti'nin, VRS ile eşgüdümün ötesinde, bu ordu üzerinde gerçek bir denetim derecesine ulaşmaya çalışmalarına(…) pek gerek yoktu. *Republika Srpska* ve VRS, aynı stratejik savaş amaçlarını paylaşmayı sürdürdükçe ve iki ordunun genelkurmayları, faaliyetlerini en yüksek derecede koordine edebildikçe, FYC ve (…) VJ'nin VRS'ye lojistik destek sağlamaları ve gerektiğinde VRS'nin Bosnalı subay kadrolarını, Bosnalı olmayan VJ subayları ya da eski JNA subayları ile takviye etmeleri, bu sürecin devam edebilmesi için yeterliydi[117]." Bütün bu olgular, VRS mensuplarının eylemlerinin FYC'ne atfedilebilirliği bakımından ispat güçlüklerini ortadan kaldırmaktadır.

2007 tarihli "Soykırım" kararında ise Uluslararası Adalet Divanı, Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nden farklı sonuçlara varacaktır[118]. "Uluslararası sorumluluk hukukunun köşe taşlarından biri" olarak tanımladığı 2001 Tasarısı'nın 4. maddesine gönderme yapan Divan önce, Srebrenica'da gerçekleşen soykırım eylemlerinin, federal Yugoslav Cumhuriyeti organı niteliğindeki kişi ya da birimlerce gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini sorgulayacak ve bu devletin ordusu ve siyasi yöneticileri-

---

116 Tadic, İstinaf Dairesi, § 157-160.

117 Tadic, İstinaf Dairesi, § 603-604.

118 Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Bastırılması Sözleşmesi'nin Uygulanması (Bosna Hersek Sırbistan-Karadağ'a karşı) 26 Şubat 2007.

nin katliamların planlanması ve icrasına katıldıklarına işaret eden hiçbir unsurun tespit edilemediğini gözlemleyecektir. Divan'a göre, Srebrenica olaylarından önce Yugoslav ordusunun Bosnalı Sırplarla beraber askeri operasyonlara katıldıkları sabit olmakla beraber olaylar sırasında böyle bir katılım tespit edilememiştir. Kaldı ki, ne Republika Srpska ne de VRS, Federal Yugoslav Cumhuriyeti'nin *de jure* organlarıdır. Ardından Divan, hukuken bir devletin organı statüsüne sahip bulunmamakla beraber, bu devletin yakın denetimi altında hareket eden kişi ya da grupların davranışlarının söz konusu devlete atfedilebilirliğini sorgularken, 1986 Nikaragua kararına gönderme yapmıştır.[119]

Divana göre, bir kişi, grup ya da birimin, bir devlete fiilen «tam olarak bağımlı bir biçimde» hareket ederek onun basit bir cihazına dönüşmesi halinde, iç hukuk bu nitelendirmeye götürmese bile, söz konusu kişi, grup ya da birim, uluslararası sorumluluğun uygulanışı bakımından, devlet organı ile özdeşleştirilebilir. Böyle bir durumda, davranışları gerçekleştiren kişi ile, basit bir ajanına dönüşecek derecede bağlandığı devlet arasındaki ilişkilerin gerçekliğini kavramak için basit hukuki statünün ötesine geçmek gerekir. Aksi yönde varılacak her türlü sonuç, devletlerin, özerkliği faraziyeden ibaret kalacak kişi ya da birimlerin aracılığıyla hareket etmeyi seçerek uluslararası sorumluluktan kaçmalarına imkân verir. Ancak, iç hukukun böyle bir statü tanımadığı kişi ya da birimleri böylece organlarla özdeşleştirmek ancak istisnai nitelikte kalabilir. Gerçekten de böyle bir özdeşleştirme, devletin söz konusu kişi ya da birimler üzerinde, Nikaragua kararının « tam olarak bağımlılık » diye nitelendirdiği, özellikle yüksek derecede bir denetiminin tespitini aramaktadır. Mevcut vakada Divan, tartışmalı olaylardan önce Belgrad ile Pale yönetimleri arasında yakın ve güçlü siyasi, askeri ve lojistik bağların bulunduğunu teslim etmekle beraber, olaylar sırasında, Yugoslav makamlarıyla Bosna'daki Sırp liderler arasında görüş ayrılıklarının belirdiğine de işaret ederek, belli bir özerklik gözlemlemiş ve Bosna'daki Sırp siyasi ve askeri yapılanmalarının FYC organlarıyla özdeşleştirilemeyeceğine hükmetmiştir. Dolayısıyla Divan, Srebrenica'daki soykırım eylemlerinin, müdafi devlete atfedilemeyeceği ve sorumluluğunu doğurmayacağı sonucuna varmıştır.[120]

Ardından Divan, Srebrenica katliamlarının, müdafi devlet organı olmamakla beraber, bu devletin talimat, yönerge ya da denetimi altında hareket eden kişilerce gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği meselesine eğilmiştir. Artık söz konusu olan, faillerin devlet organlarıyla özdeşleştirilebilirliği değil, resmi devlet organlarının katliam talimatı verip vermedikleridir.

---

119 Soykırım Kararı, 2007, § 385-391.

120 Soykırım Kararı, 2007, § 392-395.

Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 2001 Tasarısı'na ve 1986 Nikaragua kararına gönderme yapan Divan, 1986 kararında yer alan « etkin denetim » kriterini esas alarak, Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Tadic kararında geliştirdiği « genel denetim » kriterini reddetmiş ve sorumluluk hukuku bakımından eleştirmiştir. Divan, mevcut vakada, böyle bir «etkin denetim »in varlığını sorgulamış ve tespit edememiştir. Neticede Divan, Srebrenica'da soykırım gerçekleştiren kişilerin eylemlerinin, uluslararası sorumluluk hukuku kuralları uyarınca müdafi devlete atfedilemeyeceğine hükmetmiştir.[121]

Soykırım doğrudan gerçekleştirilmesinin dışında, 1948 Soykırım Sözleşmesi'nin 3. maddesinin b) ilâ e) bentleri anlamında (soykırımı gerçekleştirmek için mutabakat, bu suçu işlemeye doğrudan ve aleni tahrik, teşebbüs, iştirak) müdafi devletin sorumluluğunu sorgulayan Divan, özellikle iştirak meselesi üzerinde durmuştur. Bu husus, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 2001 Raporu'nun 16. maddesini çağrıştırmaktadır : « Bir devletin uluslararası bir haksız fiil işlemesine yardım eden ya da destek veren devlet, a) uluslararası haksız fiilin koşullarını bilerek böyle yapmışsa ; ve b) söz konusu fiil, bu devlet tarafından işlenseydi, uluslararası açıdan haksız olacak idiyse, uluslararası açıdan sorumludur. » Mevcut olay bakımından Divan, Srebreniza'daki vahşetin, en azından kısmen, Yugoslavya'nın Bosna'daki Sırplara sağladığı askeri ve siyasi destek sayesinde gerçekletirildiğini teslim etmiştir. Ancak, bu yardımın, katliamlar sürerken ve özellikle faillerin soykırım özel kasdıyla (dolus specialis), yani bir insan grubunu tamamen ya da kısmen yok etme niyetiyle, hareket ettiklerinin bilinmesine rağmen sağlanmaya devam edildiğini ispatlayacak delille tespit edememiştir. Bu noktada, Srebrenica'nın yetişkin erkek Müslüman nüfusunun fiziksel olarak yok edilmesi kararının alındıktan sonra Belgrad otoritelerinin bilgisine sunulduğu hususu, ikna edici biçimde ispat edilememiştir.[122]

Buna mukabil Divan, müdafi devletin, Soykırım Sözleşmesi'nin 8. maddesi anlamında soykırım suçunu engellemek ve cezalandırmak yükümü bakımından uluslararası sorumluluğuna hükmedecektir. Bu yükümün bir sonuç değil, davranış yükümü olduğunu ve her bir vakanın özel şartlarına göre değerlendirilmesi gereken bir özen yükümü oluşturduğunu tespit eden Divan, bazı gözlemlerde bulunur : Srebrenica olaylarını gerçekleştiren Sırp kuvvetleri üzerinde Yugoslavya, başka hiçbir devletin sahip olmadığı bir etkin bir konuma sahiptir. Üstelik, Uluslararası Adalet Divanı'nın 1993 tarihli bir ihtiyat tedbir emirnamesiyle, yetkisi ya da etkisi altındaki kişi ya da grupların soykırım gerçekleştirmesini engellemek hususunda uyarılmış-

---

121 Soykırım Kararı, 2007, § 396-415.

122 Soykırım Kararı, 2007, § 422-423.

tır. Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Milosevic davası tutanaklarına gönderme yapan Divan, böyle bir etkinin varlığını açıkça gözlemlemiş ve Belgrad otoritelerinin, gözle görülür bir soykırım riskinden haberdar olduklarını tespit etmiştir. Belgrad, soykırımı önleyecek imkânlara sahip olmakla beraber, bunları kullanmamış ve böylece, uluslararası sorumluluk altına girmiştir.[123]

Uluslararası Adalet Divanı'nın Soykırım Kararı ile Eski Yugoslavya İçin Ceza Mahkemesi'nin (EYCM) Tadic kararındaki yaklaşımlar ve varılan sonuçlar arasındaki fark nasıl yorumlanabilir ? Kanaatimize göre, EYCM bütün uluslararası hukuk kurallarını bir bütün olarak mütalaa edip, evrimci ve amaca uygun bir yaklaşım benimsemiştir. Divan ise, mümkün olduğunca daraltıcı ve muhafazakâr bir yaklaşım izlemiştir. EYCM'nin izlediği hukuki mantık, şüphesiz cüretkâr ve şaşırtıcıydı : Bireyin savaş suçu işleyip işlemediğini tespit için önce çatışmanın niteliğini saptamak ve bunu için de sorumluluk hukukunun atfedilebilirlik kurallarına başvurmak, beklenmedik bir mantık oluşturuyordu. Bu mantık biraz karmaşıktır, ama tutarlıdır ve hukuk kavramlarını zorladığı söylenemez. Aksine EYCM, kendisine verilen yargı görevini hakkıyla yerine getirmek için, hukuki görüntülerle yetinmeyerek bu görüntülerin arkasındaki olgulara ve gerçeklere bakarak hüküm kurmuştur. Manzaranın bütününe bakıldığında, bütün siyasi ve askeri olgular, Bosna'da faaliyet gösteren Sırp birliklerinin, Belgrad'la yakın ilişkide olduklarına açıkça işaret etmektedirler. Divan'ın EYCM'ne yönelik eleştirileri ise, âdeta bu yargı organına « haddini bildirmekte » ve « üzerine vazife olmayan işlere karışmaması » yönünde uyarmaktadır : « Divan… bu doktrine katılacak değildir. Her şeyden önce, EYCM'nin Tadic davasında ve genel olarak, devletlerin uluslararası sorumluluğu meselelerinde hüküm kurma durumunda olmadığını gözlemler, zira yargı yetkisi cezai nitelikte olup sadece bireyler üzerinde uygulanır. Dolayısıyla EYCM, (Tadic davasında) incelenmesi yargı yetkisinin kullanımı bakımından gerekli olmayan bir meseleyle ilgilenmiştir. (…) Divan, EYCM'nin yargıladığı sanıkların cezai sorumluluğu hakkında hüküm vermek için gerçekleştirdiği olgusal gözlemlere hukuki nitelendirmelere ileri derecede önem vermekte ve ihtilafın dokusunu oluşturan olaylara ilişkin EYCM kararlarını önemle dikkate almaktadır. EYCM'nin özgül yetki alanına girmeyen ve kendisine sunulan ceza davaları bakımından çözümü zaten her zaman zorunlu olmayan genel uluslararası hukuk meselelerinde EYCM'nin aldığı vaziyetler bakımından ise durum farklıdır».[124]

Divan'ın, bir uluslararası yargı mercii bakımından « hırçın » sayılabilecek bu ifadeleri, kendi muhakemesindeki mantık hatalarını ve çelişkileri

---

[123] Soykırım Kararı, 2007, § 428-438.

[124] Soykırım Kararı, 2007, § 403

maskelemeyi başaramamaktadır. EYCM'nin, 1986 Nikaragua kararında yer alan « etkin denetim » ölçütünden saparak « genel denetim » ölçütünü benimsemesini eleştiren Divan, kendi içtihadındaki bu ölçüte dönmüş ve Belgrad'ın Bosna'daki Sırp kuvvetlerine verdiği yoğun askeri destek ve aradaki yakın ilişkiyi defalarca tekrarlayıp vurguladıktan sonra olayda « etkin denetim »in söz konusu olmadığına hükmetmiştir. Tuhaf olan şudur ki, Nikaragua davasında, şiddet eylemi gerçekleştiren kişilerden binlerce kilometre uzakta, farklı bir dilin konuşulduğu bir devletin « etkin denetimi » sorgulanmıştı. Soykırım kararında ise, eylemcilerle müdafi devletin dili, siyasi programı aynıdır, Yugoslav ve Bosna-Sırp askeri kuvvetleri arasında organik bağlar vardır ve aralarında pek az mesafe bulunmaktadır. EYCM'nin tespit ettiği « genel denetim »in, aslında son derece « etkin » olduğu, trajik sonuçları itibariyle aşikârdır. Herkesin malumu olan bu basit gerçeği, EYCM de gözlemlemiş ve hüküm kurarken ikna edici biçimde ispatlamıştır. Uluslararası Adalet Divanı ise, bir yandan, Bosna ve özellikle Srebrenica'daki Sırp birliklerinin eylemlerini FYC'ne atfetmeyi reddederken, diğer yandan Yugoslavya'yı, Srebrenica'da soykırım suçunu engelleme ve cezalandırma yükümünü ihlalden dolayı sorumlu tutmaktadır ! Başka bir deyişle, Divan'ın mantığına göre Belgrad'ın Bosnalı Sırp kuvvetlerine « Yap ! » emri verecek gücü ve etkisi yoktur, ama « Yapma ! » emri verecek kudret ve etkisi vardır. Ya da ; genel olarak var olan bu kudret, kritik olaylar sırasında her nedense ispatlanamamaktadır. Peki, Srebrenica'daki kuvvetler, Belgrad'ın, soykırım yapmama yönündeki uyarı ve talimatına uysalardı, Yugoslavya'nın bu kuvvetler üzerinde etkin denetim sahibi olduğu sonucuna varılmayacak mıydı ? Srebrenica katliamını yapanlar, bu vahşete girişmeden önce Belgrad tarafından uyarılsalar ve Divan'ın mantığı hakkında bilgi sahibi olsalardı, çok kötü bir ikilemde kalacaklardı : Belgrad'ın emrine uymak ve etkin denetim sahibi olduğunu ispatlayarak, atfedilebilirlik yoluyla uluslararası sorumluluğunun önünü açmak ; ya da emre uymamak ve soykırımın bastırılması ve cezalandırılması yükümünü ihmalden dolayı FYC'nin yine uluslararası sorumluluğuna yol açmak…

Bu noktaya kadar, devletle muhtelif derece ve biçimlerde bağlantısı bulunan kişi ve organların eylemlerinin yol açabileceği devlet sorumluluğu üzerinde durulmuştur. Peki, devletin ülkesinde ve fakat devlete karşı faaliyet gösteren grupların yabancılara vereceği zararlardan dolayı devlet sorumlu tutulabilir mi? İspanyol Fas'ındaki İngiliz Malları tahkiminin yaptığı tespitler günümüzde geçerliliğini korumaktadır:[125] " .. halk ayaklamaları, isyanlar ve savaşlardan dolayı devletin sorumsuzluğu ilkesi önem kazanmaktadır, zira bunlar, güvensizliğin özellikle büyük olduğu ve hukuki korumanın sorunlu hale geldiği durumlardır. Devletin bir ayaklanma, isyan, iç savaş ya da uluslararası savaştan dolayı sorumlu olmadığı gibi bu olayların ülkesinde zarar

---

[125] Bkz. Wigneswaran, Responsive Responsibility…, s. 282.

doğurmasından dolayı da sorumlu olmayacağı hususları tartışılmazdır. (…) Sorumsuzluk ilkesi, belli bir özen gösterilmesi yükümünü dışlamaz. Devlet, devrimci hareketlerden sorumlu olmasa bile, yetkili makamların imkânlar ölçüsünde bunların sonuçlarını bertaraf etmek için yaptıklarından veya yapmadıklarından sorumludur. Kamu gücünün eyleminden ya da eylemsizliğinden dolayı sorumluluğu ile, yetkili makamların etkisinden sıyrılan ya da bu makamlara açıkça husumet güden kişilere yüklenebilir eylemlerden dolayı sorumluluğu tamamen farklı şeylerdir"[126]. Solis vakasında, (1928) şu hususun iyice yerleşmiş bir uluslararası hukuk ilkesi olduğu kabul edilmiştir: Hiçbir devlet, kendisinin iyi niyeti ihlalden ya da isyanı bastırmakta ihmalden dolayı suçlu olmadığı hallerde, isyancı grupların devlet otoritesini ihlal ederek izledikleri davranışlardan dolayı sorumlu tutulamaz. [127]. Diplomatik uygulama da bu yaklaşımla uyumludur. Ancak, devletin bir isyan hareketinin eylemlerini denetlemek, bastırmak ya da cezalandırmak için tedbir alacak halde olduğu ve fakat bundan haksız biçimde kaçındığı istisnai hallerde devletin sorumluluğu devreye girebilir[128]. 2001 Tasarı'sının 10/3. maddesi, bu ihtimali hükme bağlamıştır: " İşbu madde, ilgili hareketin eylemiyle nasıl ilişkilendirilirse ilişkilendirilsin, 4 ilâ 9. maddeler uyarınca devlet eylemi sayılacak herhangi bir davranışın devlete atfedilmesine halel getirmez."

3. Devlet dışı aktörler meselesi

Devlet-dışı aktörler meselesi, Berlin duvarının yıkılışını izleyen dönemde ulus devletin geçirmeye başladığı krizle beraber hukukun hemen her dalının gündemine yerleşmiştir. Denilebilir ki bu dönemde Westphalia sisteminin bütün mutlak verilerini –önemli her şeyin sınırlarla çerçevelendiği, ülkesel olarak sabitlenmiş devletler, her bir devlet ülkesine hâkim olan ve onu sınırlar dışında temsil eden tek ve laik bir otorite, devletler üstü bir otoritenin yokluğu- çözülme haline girmiştir. Devletin güvenliği sağlama görevi bu çözülmeden en az etkilenen işlevidir, ama yine de tamamen bağışık olduğu söylenemez.[129]

Devlet dışı aktörlere ilişkin tartışmalar, özellikle 11 Eylül'den sonra ön plana çıkmıştır. Bir birimin devlet-dışı aktör sayılabilmesi için bunların her-

---

126 İspanyol Fas'ındaki İngiliz Malları Davası, 1 Mayıs 1925, in Recueil des sentences arbitrales, volume II, s. 642

127 Nakleden: Crawford, James, The International Law Commission's Articles on State Responisibility. Introduction, Text and Commentaries, Cambridge University Press, 2002, s. 116.

128 Crawford, The International Law Commission's Articles on State Responisibility, s. 116, 120.

129 Mathews, Jessica T., "Power Shift" in Foreign Affairs, January/February 1997, s. 50.

hangi bir devlet cihazına tamamen yabancı olması[130] aranmakta ve bu terim, terör grupları ve suç örgütlerinin yanısıra, hükümet dışı örgütler, çokuluslu şirketler ve ulusal kurtuluş hareketleri için de kullanılabilmektedir[131]. Devlet merkezli uluslararası hukuk sistemi, tuhaf bir çelişkiye yol açmaktadır: Bu sistem, bir yandan terörist grupları hukuk dışı sayıp onlarla mücadele ederken, diğer yandan bu gruplara bir tür koruma sağlamaktadır. Zira, uluslararası hukuk sistemi, devletlerin sorumluluğunu açıkça tanımakta ve düzenlemekte, buna mukabil devlet dışı aktörlerin kendi başlarına sorumluluklarına ilişin hükümler içermemektedir. Bu itibarla, terörist faaliyetlere girişen aktörler "anonim" kalmakta ve bu faaliyetlerin izafe edilebileceği – devlet dışında- bir tüzel kişilik bulunmamaktadır.[132]

Klasik yaklaşım çerçevesinde Cassese, devlet-dışı terörist grupları dört kategori altında sınıflandırmaktaydı: i) İleri derecede ideolojik dürtülerle hareket eden gruplar. Geniş anlamda Marksist ya da İslamcı gruplar bu kategoriye örnek verilebilir. Böyle gruplar, benzer ekonomik ve siyasi sorunların tezahürlerini oluştursalar da, her birinin siyasi ve sosyal kökenleri derin farklılıklar göstermektedir. ii) Milli Bağımsızlık idealleriyle hareket eden gruplar. IRA, ETA ya da Tamil gerillaları bu kategoriye örnek oluşturmaktadır. Bu grupların muhalefet ettikleri hükümetlerin zorunlu olarak baskıcı ya da otoriter olması gerektiği söylenemez. Söz konusu gruplar, terörizmi milli bağımsızlığa ulaşmak için bir araç olarak kullanmaya çalışmaktadırlar. iii) Milli kurtuluş hareketleri, önceki kategoriyle kolaylıkla karıştırılabilirler. Bunlar da bağımsızlığa ulaşmak için terörizmi araç olarak kullanmaya çalışmaktadırlar, ancak öncekilerden farklı olarak sömürge yönetimi altında yaşamakta ve Birleşmiş Milletlerin çerçevesini çizdiği anlamda self-determinasyon hakkını kullanmaya ehil "halk" tanımına girmektedirler. Bunların önceki gruplardan ayırd edilerek uluslararası toplumca tanınması daha kolaydır. Güney Afrika Ulusal Kongresi, Güney-Batı Afrika Halkı Örgütü (SWAPO) ve Filistin Kurtuluş Örgütü bunlara örnek gösterilebilir. iv) Baskıcı rejimlere karşı direnen silahlı çeteler ve hareketler, muhalefet ettikleri hükümetle aynı etnik, dini ya da ırksal kökenden gelmekte, ancak derin siyasi uyuşmazlık içinde bulunmaktadırlar. Güney Amerika'da sık görülen bir türdür.[133]

---

130 Sicilianos, Linos-Alexandre, "L'invocation de la légitime défense face aux activités d'entités non-étatiques" in Hague Yearbook of International Law/Annuaire de La Haye de droit international, 1989/2, s. 149.

131 Bolani, Maria-Lydia, "Security Council Sanctions on Non-State Entities and Individuals" in Revue Hellénique de Droit International, 2003/2, s. 402.

132 Wigneswaran, Responsive Responsibility: Counter-terrorism Obligations …, s. 270.

133 Cassese, Terrorism, Politics and Law..., s. 1-3.

Devlet dışı aktörler kategorisi kapsamına giren birimlerin hak ve yükümleri henüz uluslararası hukukta tanımlanmış değildir.[134] Terörizm problematiği ile yakından ilişkili olarak, bu birimleri eylemlerinin devletlere izafe edilebilirliği meselesi, devletin uluslararası sorumluluğu bağlamında gündeme gelmiştir.[135] Yakın zamana kadar, devlet dışı aktörlerce gerçekleştirilen terör eylemleri ile devlet arasındaki ilişki, esasen "atfedilebilirlik" problematiği çerçevesinde ele alınabilirdi. Bu noktada öne çıkan özel bir konu, sömürgeciliğin tasfiyesi süreciyle ilişkili olarak, ulusal kurtuluş hareketlerinin eylemlerinden doğurabileceği sorumluluktu. Günümüzde ise, sömürgeciliğin tasfiyesi sürecinin aşıldığı geniş kabul görmekle beraber, bu sürece özgü olan ya da olduğu öne sürülen bazı sorunlar varlığını sürdürmektedir. Küresel düzeyde faaliyet gösteren terör örgütleri ise, uluslararası hukuk alanında giderek daha önemli bir tartışma konusu oluşturmaktadırlar.

3.1. Ulusal kurtuluş örgütleri

Ulusal kurtuluş hareketleri, II. Dünya Savaşı'nın ertesinde uluslararası politika ve hukukun en belirgin gündem maddeleri arasında yerleşmiş ve sayısal olarak da artış göstermişlerdir.[136] Sömürgeciliğin tasfiyesine ilişkin bir dönüm noktası oluşturan 1960 tarihli Sömürge Altındaki Ülke ve Halklara Bağımsızlık Tanınmasına İlişkin 1514(XV) Bildirgesi, bu hareketleri özellikle Afrika coğrafyasında ön plana çıkarmıştır. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 1970 tarihli 2621(XXV) kararı da, 1960 Bildirgesi'nin tamamen hayata geçirilmesi için bir eylem programı öngörmekteydi. Sömürgeciliğin tasfiyesi sürecinde güçlü bir rol oynayan ulusal kurtuluş hareketlerini *in statu nascendi* (doğum halinde) devletler olarak nitelendirmek mümkündür.[137] Gerçekten de, ulusal kurtuluş hareketlerinin pek çoğu daha sonra devlete dönüşmüştür. Devletleşme eğilimi gösteren bu hareketlerin en belirgin özelliği, uluslararası düzlemde meşruiyetlerini kendi kaderini tayin ilkesine dayandırmalarıdır.[138] Böylece, kendi kaderini tayin ilkesi, uluslararası hukuka yeni bir özne kazandırmıştır: sömürge yönetimi, yaban-

---

134 Meron, The Humanization of Humanitarian Law, s. 278.

135 Bkz. Bodansky, Daniel & Crook, John, R, "Symposium: The ILC's State Responsibility Articles: Introduction and Overview" in AJIL, vol 96, 2002, s. 782.

136 Andreopoulos, The Age of National Liberation Movements, s. 191.; Cassese, Antonio, "Return to Westphalia? Considerations on the Gradual Erosion of the Charter System" in The Current Legal Regulation of the Use of Force, edited by A. Cassese, Martinus Nijhoff Publishers, 1986, s.508.

137 Rosenne, The Perplexities of Modern International Law-General Course of Public International Law, s.285-286.

138 Cassese, International Law..., s. 91.

cı işgalci ya da ırkçı rejim baskısı altındaki halkları temsil eden kurtuluş hareketleri.[139]

Terör eylemleri ve devlet sorumluluğu ilişkisi bağlamında ulusal kurtuluş hareketleri bir dizi sorun doğurmaktadır.

3.1.1. Kendi kaderini tayin hakkını hayata geçiren ulusal kurtuluş hareketlerine verilen destekten doğabilecek uluslararası sorumluluk

Ulusal kurtuluş hareketlerine verilen desteğin doğurduğu sorumluluk meselesi soyut bir akademik tartışma değil, sömürgeciliğin tasfiyesi döneminde somut ve vahim bir siyasi çatışmanın sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Bu dönemde özellikle komünist devletler, hukuken "adil savaş" olarak nitelendirdikleri ulusal kurtuluş savaşlarına destek vermeyi gerekli görüyorlardı. Başlangıçta sadece sömürge rejimlerini ortadan kaldırmaya yönelik savaşları kapsayan bu kategori, zamanla Batı etkisini ortadan kaldırmaya ya da mevcut elitlerin yerine sosyalist elitleri getirmeyi hedefleyen her türlü mücadeleye teşmil edilmiştir. Verilen desteğin nitelik ve kapsamı da devletten devlete farklılık göstermiştir. Yugoslavya askeri destek vermekten kaçınıp, kurtuluş örgütüyle diplomatik ilişki kurmak gibi dayanışma ifadeleri ile yetinirken Sovyetler Birliği, özellikle ABD'den gelen askeri desteğe karşı aynı nitelikte destek vermekte tereddüt göstermemiştir. Çin bu konuda daha da militan bir davranış sergilemiştir. Böylece, yeni devletlerdeki devrimci güçlere mali destek ile lider ve terörist kadrolarına eğitim sağlanmıştır.[140]

Ulusal kurtuluş hareketlerine verilen desteğin doğurduğu hukuki sorunların ilki, uluslararası hukukun ulusal kurtuluş hareketlerini kavrayışındaki temel çelişkiden kaynaklanmaktadır. 1970 tarihli ve 2625(XXV) sayılı Uluslararası Hukuk İlkeleri Bildirgesi, bir yandan terörizm eylemlerini kesin ifadelerle hukuk dışı ilan etmiş,[141] diğer yandan, aynı Bildirge, devletlere, kendi kaderini tayin hakkının hayata geçirilmesini engelleyecek zorlayıcı eylemlerden kaçınma yükümü getirmiş ve halkların, kendilerini bu haktan mahrum bırakmaya yönelik bir baskı eylemine karşı tepki gösterip direnirken, Birleşmiş Milletler Şartına uygun biçimde destek aramak ve bu destekten yararlanmak haklarını açıkça tanımıştır. Bu ifade biçimi, başka çelişkiler de doğurmaya mahkûmdur. Örneğin, Birleşmiş Milletler üyesi olan bir devletin ülke bütünlüğü ve egemen eşitliği, Birleşmiş Milletler çatısı

---

139 Bkz. Konstantinov, International Terrorism..., s. 303.

140 Falk, Richard, A., "The new states and international legal order" in Recueil des cours de l'Académie de droit international, t. 118, 1966/II, s.47-48.

141 Bkz. Yukarıda 2.1.

altında ne kadar koruma görüyorsa, aynı devlete karşı ulusal kurtuluş mücadelesi sürdüren bir örgüte diğer üyelerin destek verme hakkı da aynı ölçüde kabul görmektedir. Bu çifte standart, Birleşmiş Milletlerin terörizme karşı aldığı vaziyete de yansıyacaktır[142]. "Saldırının Tanımı"na ilişkin Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 3314(XXIX) sayılı ve 14/12/1974 tarihli kararı, önce saldırı kapsamına giren fiiller üzerinde durarak bunlara terörle ilişkili davranış ve eylemleri de dâhil etmekte[143], ardından, ulusal kurtuluş hareketlerinin eylemleri ve bunlara verilecek dış destek, saldırı kavramının kapsamı dışında bırakılmaktadır[144].

Terörizme ilişkin andlaşmalarda, ulusal kurtuluş hareketlerinin meşruiyetini tanıyan ve bunları andlaşma kapsamı dışında tutan hükümler mûtâden yer almaktadır. 14 Aralık 1973 tarihinde New York'ta imzalanan "Diplomatik Görevliler Dahil Olmak Üzere Uluslararası Korumadan Yararlanan Kişilere Yönelik Suçların Önlenmesi ve Bastırılmasına İlişkin Sözleşme" ile beraber, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu bir karar kabul ederek bu sözleşmenin hükümlerinin "sömürgecilik, yabancı işgali ve *apartheid*'a karşı mücadele veren halkların (...) meşru kendi kaderini tayin ve bağımsızlık haklarını kullanmalarına hiçbir surette halel getiremeyeceğini" kabul etmiştir. Yine New York'ta, 17 Aralık 1979'da kabul edilen "Rehineler Sözleşmesi"nin başlangıç bölümünün 3. paragrafında, Birleşmiş Milletler Şartı ve 1970 Uluslararası Hukuk Bildirgesi'nde yer alan eşit haklar ve kendi kaderini tayin ilkesi teyid edilmektedir. 12. madde, 1977 tarihli I. Cenevre Protokolü'nün 1§4. maddesinin tanımladığı anlamda ulusal kurtuluş hareketlerinin taraf oldukları çatışmalar dâhil olmak üzere, uluslararası çatışmalar sırasında gerçekleşen rehine alma eylemlerini Sözleşme'nin kapsamı dışına çıkarmaktadır. Sözleşme'nin kaleme alındığı dönemde rehine alma eylemlerinin ağırlıklı olarak ulusal kurtuluş hareketlerince gerçekleştirildiği düşünülecek olursa, uygulama alanının ne kadar daraldığı ve hatta imkânsızlaştığı ortaya çıkar. Bölgesel düzeyde ya da bir örgüt çatısı altında hazırlanan terörizme ilişkin andlaşmalarda da ulusal kurtuluş hareketlerine

---

142 Wilkinson, Paul, "Terrorism Versus Democracy. The Liberal State Response, Frank Cass, London, 2001, s. 189-190.

143 Bkz. yukarıda 2.1.

144 m. 7. Bu tanımdaki hiçbir husus ve özellikle 3. madde, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun "Birleşmiş Milletler Şartı Uyarınca Devletler Arasında Dostane İlişkiler ve İşbirliğine Dair Uluslararası Hukuk İlkelerine İlişkin Bildirge'nin" göndermede bulunduğu, kendi kaderini tayin, özgürlük ve bağımsızlık haklarından mahrum bırakılmış halkların, ezcümle sömürge rejimlerine ya da ırkçı veya başka türlü yabancı tahakkümüne tabi halkların bu haklarına ve söz konusu halkların Birleşmiş Milletler Şartı ve yukarıda anılan Bildirge'ye uygun biçimde, bu amaca yönelik olarak mücadele etme ve destek arayıp bu destekten yararlanma haklarına halel getiremez.

ilişkin hükümlere tesadüf edilmektedir. Örneğin, 22 Nisan 1998 Tarihinde Kahire'de imzalanan Terörizmin Bastırılmasına İlişkin Arap Sözleşmesi; 1 Temmuz 1999'da Uagadugu'da imzalanan Uluslararası Terörizmle Mücadeleye İlişkin İslam Konferansı Örgütü Sözleşmesi; Cezayir'de 14 Temmuz 1999'da imzalanan Terörizmin Bastırılması ve Terörizmle Mücadeleye İlişkin Afrika Birliği Örgütü Sözleşmesi, hükümlerinin kendi kaderini tayin hakkı adına mücadele veren ulusal kurtuluş hareketlerine ilişkin olarak uygulanmasını dışlamaktadır.[145]

Çelişki, sorumluluk hukuku bağlamında taşındığında şu manzara ile karşılaşılmaktadır. Olağan şartlar altıda, bir devletin bir başka devletin ülkesinde silahlı eylemler örgütlemesi, teşvik etmesi, desteklemesi ya da kendi ülkesinde bu eylemleri gerçekleştirecek örgütlü faaliyetleri hoş görmesi uluslararası hukuku ihlal eder ve devletin sorumluluğuna yol açar. Oysa bir ulusal kurtuluş hareketinin kendi kaderini tayin hakkını hayata geçirmesine yönelik olarak bu şekilde davranan devlet, sorumluluktan kurtulmuş gibi görünmektedir. Klasik sorumluluk hukuku açısından yaklaşıldığında, bir eylemin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran sebeplere[146] "kendi kaderini tayin hakkını hayata geçiren ulusal kurtuluş hareketlerine destek vermek" şeklinde bir yenisi mi eklenmiştir?

Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 2001 tarihli Tasarısı'nda hukuka aykırılığı ortadan kaldırıcı bu tür yeni bir sebebe tesadüf edilemediği gibi, Tasarı'nın 26. maddesi, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebeplere ilişkin bölümün hiçbir hükmünün, genel uluslararası hukukun buyurucu bir kuralından kaynaklanan bir yükümle uyumlu olmayan devlet eylemlerinin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmayacağını ısrarla vurgulamaktadır. Proje, kendi başına bağlayıcı bir metin değildir, ancak sorumluluğa ilişkin uluslararası teamül hukukunu kodifiye ettiği fikri genel kabul görmektedir ve kendi kaderini tayin hakkına gönderme yapmaması manidardır. Yani, kuvvet kullanma yasağı gibi evleviyetle buyurucu nitelik taşıyan bir kuralı dolanmaya izin verecek bir hükme, Proje'de rastlanmamaktadır. Böyle bir hükmün yokluğu, kendi kaderini tayin hakkını kullanan ulusal kurtuluş örgütlerine verilen desteğin meşruluğuna ilişkin hukuki tartışmanın, "zamanın ruhunu" yansıttığına ve günümüzde anlamını yitirdiğine işaret etmektedir.

Gerçi, kendi kaderini tayin hakkının, buyurucu kural yani *jus cogens* niteliğinde olduğu kabul edilirse, Proje'nin bu tür kurallara bahşettiği imtiyazlı rejimin (m. 40-41: Genel uluslararası hukukun buyurucu normlarından

---

145 Bkz. Benchikh, "Le terrorisme, les mouvements de libération nationale et de secession et le droit international, s. 75; Cassese, I diritti dell'uomo oggi, s. 196; Sorel, Existe-t-il une définition universelle du Terrorisme?, s.50;

146 Örneğin; mağdur devletin rızası, meşru müdafaa, bir başka devletin haksız filli sebebiyle alınan karşı tedbir, mücbir sebep, ıztırar ve zaruret halleri.

kaynaklanan yükümlerin vahim ihlalleri) şemsiyesine girmesi düşünülebilir. Ancak, bu yaklaşım birkaç noktada sorunlarla karşılaşabilir. Kendi kaderini tayin hakkının *jus cogens* niteliği kazandığını ileri sürme eğilimi[147], esasen, sömürgeciliği tasfiyesi (*décolonisation*) sürecine verilen siyasi önemden kaynaklanmaktaydı; bu süreç ise artık geçmişte kalmıştır. Öte yandan, kendi kaderini tayin hakkının mutlak surette *jus cogens* olduğunu hararetle savunan yazarlar, bu yönde bir devlet uygulaması ya da *opinio juris* bulunduğunu gösteren bulguları vermemektedirler. Bu itibarla, kendi kaderini tayin hakkının *jus cogens*'e dönüştüğü iddiasının bir gözlemden mi, yoksa ideolojik bir temenniden mi kaynaklandığı tartışmaya açıktır.[148] Bu iddia kabul edilse bile, iki *jus cogens* kuralı arasında hiyerarşik bir ilişki olabilir ve çatışma halinde üstün kurala öncelik tanımak en makul çözüm olacaktır. Kendi kaderini tayin hakkına en sıcak bakan uluslararası hukukçulardan Cassese bile, " (g)ünümüz uluslararası hukukuna göre, kendi kaderini tayin hakkı(nın), esas itibariyle devletlerin kuvvet kullanma yasağı karşısında boyun eğmek zorunda(olduğunu) " teslim etmektedir.[149] Crawford, uluslararası hukukun daima devletlerin ülke bütünlüğünü kayırdığını ve halkların kendi kaderini tayin hakkı ilkesinin mevcut ülkesel sınırları değiştirilmesine izin vermediğini teslim ederek, bu durumu klasik uluslararası hukukun "antidemokratik" cephelerinden biri olarak eleştirmektedir.[150]

Kendi kaderini tayin hakkının hayata geçirilmesi problematiğinin bütün cepheleri bakımından geçerli olan bir sorun, tartışmakta olduğumuz noktada özel bir önem taşımaktadır: Kendi kaderini tayin hakkının kullanımı, sömürgeciliğin tasfiyesi ile mi sınırlıdır ve kendi kaderini tayin hakkının özneleri kimler olabilir?[151] Daha kritik bir açıdan yaklaşırsak; bu hakkı herhangi bir

---

147 Bkz. Radan, The Break-up of Yugoslavia, s. 9, 19.; Nowak, U.N. Covenant on Civil and Political Rights, s. 7-8; Oeter, The Right of Self-Determination in Transition, s. 171.; Christakis, Le droit à l'autodétermination..., s. 27.

148 Uluslararası Adalet Divanı'nın konuya yaklaşımındaki bulanıklık da, kendi kaderini tayin hakkının hukuki niteliği üzerinde ittifak olmadığına tanıklık etmektedir. (bkz. Doğu Timor, 30/6/1995, § 29 : "…Divana göre, Birleşmiş Milletler Şartı ve uygulamasıyla geçirdiği evrim sonucu halkların kendi kaderini tayin hakkının *erga omnes* nitelik kazandığı yönündeki Portekiz görüşü tartışılamaz. Halkların kendi kaderini tayin ilkesi Birleşmiş Milletler Şartı ve Divan içtihadınca tanınmıştır; … ve çağdaş uluslararası hukukun temel ilkelerinden biridir. Bununla beraber, Divan, bir normun *erga omnes* niteliği ile yargı yetkisine rıza gösterme meselesinin farklı şeyler olduğu kanaatindedir".)

149 Cassese, Self Determination of Peoples s. 200.

150 Crawford, State Practice and International Law in Relation to Secession, s. 87, 92; Crawford, James, "Democracy and International Law" in BYBIL, vol. 64, 1993, s. 118.

151 Tartışma için bkz. Öktem, Emre, Terörizm, İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları; Derin Yayınları, İstanbul, 2007, s. 199 is.

dönemde herhangi bir insan topluluğu kullanabilir mi? Bu soruya verilecek olumlu bir yanıt, gezegenimizde yaşayan binlerce etnik topluluğun hemen bugün bağımsız devlet kurma taleplerinin tanınması sonucuna götürür. Bu genişletici yorum, kendini kader hakkını hayata geçiren ya da bu iddiada bulunan ulusal kurtuluş hareketlerine verilecek desteğin uluslararası sorumluluk doğurmayacağı ilkesinin koşulsuz kabulü ile beraber benimsenecek olursa, BM Şartı'nın belkemiğini oluşturan kuvvet kullanma yasağının varlık sebebini sorgulamak gerekebilir. Bu denli serbest yorumlara sırtlarını dayayan devletler, başka bir devlet ülkesinde gerçekleştirmek istedikleri her türlü siyasi manipülasyona, ulusal kurtuluş hareketine destek kisvesi giydirebilirler. Simetrik açıdan bakıldığında, herhangi bir suç örgütü faaliyetlerini bir ulusal kurtuluş örgütü yaftası altında örgütleyerek dilediği devletlerle işbirliği yapabilir. Tanım ve kapsamları üzerinde uluslararası toplumun kesin ve müşterek bir kanaate varamadığı birkaç hukuk kuralını beraberce okuyup, sorumluluğu ortadan mutlak surette kaldıran yeni bir kural üretmek hukuk mantığı kadar uluslararası barış ve güvenlikle de bağdaşmaz. Bu itibarla, kendi kaderini tayin hakkının bağımsızlıkla sonuçlanan "dışsal" boyutunun sömürgeciliğin tasfiyesi sürecinin bitiminden sonra beraber sadece tarihsel bir anlam taşıdığını kabul etmek isabetli olacaktır. Kaldı ki; bu dönemde bile ulusal kurtuluş örgütüne verilebilecek desteğin doğrudan askeri birlik göndermek boyutuna varamayacağı ve bu eşiği aşan yardımların sorumluluk doğuracağı kabul edilmekteydi.[152]

3.1.2. Ulusal kurtuluş hareketlerinin kendi kaderini tayin hakkını hayata geçirmelerine engel olmaktan kaynaklanabilecek sorumluluk

Kendi kaderini tayin hakkının *jus cogens* niteliği kazanıp kazanmadığı tartışmalı olmakla beraber, bu hakkı kullanmaktan mahrum bırakma eylemlerinin *jus cogens* kategorisine girmekte olduğu daha kolaylıkla söylenebilir. *Jus cogens* niteliğinde bir normun ihlali ise, ağırlaştırılmış sorumluluğa götürecektir. Ancak, hemen yukarıda kendi kaderini tayin hakkı ve ilgili kavramlar üzerindeki bulanıklık hakkında belirtilen kaygılar burada da geçerlidir.

Genel Kurul'da oylama yapılmadan konsensusla benimsenen ve kendi kaderini tayin hakkının kavranışı bakımından günümüzde hala değerini koruyan[153] 1970 tarihli 2625(XXV) kararı (BM Şartı Uyarınca Devletler

---

[152] Bkz. Cassese, Self Determination of Peoples s. 153.

[153] Uluslararası Adalet Divanı'nın 1986 tarihli Nikaragua kararı, 1970 Bildirgesinde yer alan kuralların uluslararası teamülü beyan edici nitelikte olduğunu belirtmektedir. Bkz. Nikaragua'da ve Nikaragua'ya karşı Askeri ve Benzeri Faaliyetler, 27/6/ 1986 § 188.

Arasında Dostça İlişkiler ve İşbirliğine İlişkin Uluslararası Hukuk İlkeleri Bildirgesi) bir yandan BM Şartı'ndaki kuvvet kullanma yasağı ilkesini yorumlayıp geliştirerek saldırı savaşlarını, askeri işgalleri, sınır ihlallerini, başka bir devletin ülkesindeki iç savaş ya da terörizm eylemlerini teşvik etmeyi kesin bir dille yasaklamaktadır. Aynı bildirge, kendi kaderini tayin hakkının da geliştirici bir yorumuna gitmekte, kendi kaderini tayin ilkesinin hayata geçirilmesi için her devlete görev sorumluluğu getirmekte ve bu hakkı kullanan halklara karşı baskı tedbirleri alınmasını yasaklamaktadır.[154]

"Saldırının Tanımı"na ilişkin Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 3314(XXIX) sayılı ve 14/12/1974 tarihli kararı, tanımda yer alan "…hiçbir hususun (…) Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun "Birleşmiş Milletler Şartı Uyarınca Devletler Arasında dostane İlişkiler ve İşbirliğine Dair Uluslararası Hukuk İlkelerine İlişkin Bildirge'nin göndermede bulunduğu, kendi kaderini tayin, özgürlük ve bağımsızlık haklarından mahrum bırakılmış halkların, ezcümle sömürge rejimlerine ya da ırkçı veya başka türlü yabancı tahakkümüne tabi halkların bu haklarına ve söz konusu halkların Birleşmiş Milletler Şartı ve yukarıda anılan Bildirge'ye uygun biçimde, bu amaca yönelik olarak mücadele etme ve destek arayıp bu destekten yararlanma haklarına halel getireme(yeceğini) bildirmektedir. (m. 7)

Doktrinde, kendi kaderini tayin hakkının inkârı karşısında üçüncü devletlerin bireysel olarak alabileceği karşı tedbirlerin; bu hakkın kullanımına engel olan devletin haksız fiiline son vermesini talep etmekten ibaret olduğu kabul edilmektedir. Bu tür bir tedbir oldukça zayıf görünmektedir, ancak olağan şartlar altında böyle bir talebin, içişlerine karışma yasağını ihlal edeceği hatırlanmalıdır. Üçüncü devletlerin, ilgili uluslararası bir örgütün –evleviyetle BM'nin- haksız devlete yönelik olarak kararlaştıracağı her türlü kolektif yaptırıma katılma hakları, hatta ilgili örgütün kurucu andlaşmasına göre yükümleri olduğu aşikârdır.[155]

Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 2001 Projesi'nin 33 §1. maddesine göre sorumluluktan kaynaklanan yükümler "… bir devlete, birkaç devlete ya da bir bütün olarak uluslararası toplumla yönelik olabilir…". III. Bölüm, "Genel Uluslararası hukukun Buyurucu Normlarından Kaynaklanan Yükümlerin Ağır İhlalleri" başlığını taşımaktadır. 40. Maddenin 2. bendi uyarınca böyle bir normun ihlali, ilgili yükümün sorumlu devletçe bariz ve sistematik biçimde yerine getirilmediğini ortaya koyuyorsa, ağır niteliktedir. 41.

---

154 Kuvvet kullanma yasağı ile kendi kaderini tayin hakkının hayata geçirilmesi arasında doğabilecek çelişkiler hakkına bkz. Öktem, Terörizm, İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları, s.207 is.

155 Cassese, Self Determination of Peoples s. 184-185.

Madde uyarınca bütün devletler bu nitelikteki ihlali hukuka uygun yöntemlerle sona erdirmek için işbirliği yapmalıdır (§1) Ağır ihlal sonucu ortaya çıkan durumu hiçbir devlet hukuka uygun olarak tanımamalı ve bu durumun sürdürülmesine yardım etmekten kaçınmalıdır. (§2) Madde 48 §1b) uyarınca, ihlale uğrayan yüküm bir bütün olarak uluslararası topluma yönelikse, mağdur devletten başka devletler de uluslararası sorumluğu öne sürme hakkına sahiptir. Ağırlaştırılmış sorumluluk hallerine gösterilen klasik örneklerden biri de, halkların kendi kaderini tayin hakkının inkârıdır.[156]

Uluslararası Adalet Divanı, "Duvar" danışma görüşünde, halkların kendi kaderlerini tayin hakkının inkârı meselesine eğilmiştir. İşgal altındaki Filistin ülkesinde terör eylemlerini önleme gerekçesiyle duvar inşa eden İsrail'in bu davranışını uluslararası hukuka aykırı bulan Divan, ihlal edilen uluslararası yükümlerin *erga omnes* nitelikte olduklarına hükmetmiştir. Bu yükümlerin nitelik ve önemi nedeniyle Divan, bütün devletlerin, duvarın inşasından kaynaklanan hukuka aykırı durumu tanımama ve bu inşa sonucu oluşan durumun sürdürülmesine yardım ve destek sağlamama yükümü altında bulunduklarını belirtmiştir. Duvarın inşasının Filistin halkının kendi kaderini tayin hakkının önüne yerleştirdiği engellere son vermeye çalışmak, Birleşmiş Milletler Şartı ve uluslararası hukuk uyarınca bütün devletlerin görevidir.[157]. İlginçtir ki; İsrail'in, işgal altındaki Arap topraklarını kolonizasyona tâbi tutmasına üçüncü devletlerin verdiği desteğin, uluslararası sorumluluğa yol açtığı görüşü, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 2001 yılında tamamlayacağı Tasarı'nın hazırlık çalışmaları ışığında savunulmuştu.[158]

3.1.3. Ulusal kurtuluş hareketinin bağımsız bir devlete dönüşmesi halinde intikal eden sorumluluk

Ulusal kurtuluş hareketi, nispeten yeni bir kavramdır ve ondan çok daha eski olan savaşan (muharip) ve ayaklanan (asi, isyancı) statüleri ile özellikle tanınma kurumu bakımından büyük benzerlikler göstermektedir.[159] Bununla beraber, ulusal kurtuluş hareketleri dahil olmak üzere bir isyan hareketinin bir uluslararası hukuk kişisi olarak tanınması meselesi ile söz

---

156 Cassese, International law, s. 202-204.

157 İşgal altındaki Filistin ülkesinde bir duvar inşasının hukuki sonuçları, (Danışma görüşü), 9 Temmuz 2004, § 154-159.

158 Fornari, Matteo, "Alcune questioni di diritto internazionale poste dalla colonizzazione israeliana nei territori Arabi occupati" in La Comunità Internazionale, 1995/3-4, s. 521.

159 Bkz. Öktem, Emre, "Teori ve uygulamada uluslararası tanıma" in Erdoğan Teziç'e Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları Armağan Serisi no. 5; 2007, s. 457 is.

konusu hareketin gerçekleştirdiği eylemlerden doğan sorumluluğun yeni ortaya çıkan devlete intikal etmesi meselesi birbirinden bağımsızdır.[160]

Sömürgeciliğin tasfiyesi sürecinin ürettiği yeni hukuk düzenine kadar ulusal kurtuluş hareketleri isyancı ya da muharip[161] güçler olarak tanınabilmişlerdir. Farklı hukuki statülere sahip bu birimlerin müşterek özelliği şudur ki, yeni bir devlete dönüşebilirler.

Bu itibarla, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 2001 Projesi'nin isyancı hareketlere bağladığı sonuç konumuz açısından ilgi çekicidir. Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Uluslararası Hukuka Aykırı Fiilden Dolayı Devletlerin Sorumluluğuna İlişkin Maddeler Tasarısı'nın 10. maddesine göre, "§1: Devletin yeni hükümetine dönüşen isyancı hareketin davranışı, uluslararası hukuk uyarınca bu devletin eylemi sayılır. §2: Önceden mevcut bir devletin kendi ülkesinde ya da yönetimi altındaki bir ülkede yeni bir devlet yaratmayı başaran isyancı ya da başka türlü bir hareketin davranışı uluslararası hukuk uyarınca bu yeni devletin eylemi sayılır. " "Başka türlü bir hareket" ifadesinin de işaret ettiği gibi, bu hüküm amacına kısmen ya da tamamen ulaşan ulusal kurtuluş hareketlerine uygulanabilir. Önceden mevcut bir devletin kendi ülkesinde ya da yönetmekte olduğu bir ülke parçasında yeni bir devlet kurmayı başaran ulusal kurtuluş hareketinin eylemleri, uluslararası hukuk tarafından yeni devletin işlemi sayılacaktır.

Tasarının m. 10§2 düzenlemesinin temelinde halefiyet kurumu değil ve fakat yapısal ve organik devamlılık mantığının yer aldığı kabul edilmektedir. Bununla beraber, söz konusu düzenleme, gerçek uluslararası hayattaki devlet uygulamalarını yansıtmaktan ziyade bir doktrin önermesi olmakla eleştirilmiştir. Her şeye rağmen, bu düzenlemenin, uluslararası toplumun, hukuki ilişkilerine istikrar ve düzen ihtiyacına cevap veren bir zarureti ortaya koyduğu göz ardı edilemez.[162] Diğer yandan, bu düzenleme, -aşağıda değinilecek olan- bir başka kuralla da uyum göstermektedir: Bir isyan hareketinin eylemleri, mücadele ettiği devlete yüklenemez, zira hareketin yapı ve örgütlenmesi devletten bağımsızdır. Hareket bastırılırsa, eylemlerinin sorumluluğu meselesi konusuz kalır. Hareketin; yeni bir hükümet kurarak, veya eski devletin ülkesinde veya onun yönetimindeki bir ülkede yeni bir devlet kurarak hedefine ulaşması halinde ise, yeni rejim veya devletin, önceden gerçek-

---

160 Dumberry, Patrick, "New State Responsibility for Internationally Wrongful Acts by an Insurrectionnal Movement" in European Journal of International Law, vol 17, no. 3, s. 606.

161 Tarihi olarak muharip kavramının ortaya çıkışı, Osmanlı İmparatorluğu'na karşı yürütülen Yunan ulusal isyanı sonucu gerçekleşmiştir. Bkz. Öktem, Teori ve uygulamada uluslararası tanıma, s. 455.

162 Dumberry, New State Responsibility for Internationnally Wrongful Acts by an Insurrectionnal Movement, s. 612-621.

leştirdiği davranışlardan dolayı sorumlu olmadığını söylemek, anormal olur. Gerçekten de, isyan hareketi ile onun doğurabileceği muhtemel hükümet/devlet arasında bir süreklilik ilişkisi vardır. Bu dönüşümün gerçekleşmesi halinde, isyan hareketinin eski yönetim örgütü, yeni hükümet/devletin yönetim örgütüne dönüşür ve eski eylemlerinin sonuçlarına katlanmak durumundadır[163]. Bolivar Railway Company tahkimine göre: " Ulus, başarılı bir devrimin yükümlerinden, başlangıcından itibaren sorumludur, zira teorik olarak, (bu devrim) nihai başarılı sonuçla billurlaşan, değişken ulusal iradeyi *ab initio* temsil etmektedir".[164]

Bu düzenleme, ulusal kurtuluş hareketlerinin ve benzer siyasi hareketlerin uluslararası hukukun ve özellikle insancıl hukukun düzenleme alanına girmesi eğilimi ile paralellik göstermektedir[165]. Gerçekten de, 1949 Cenevre Sözleşmelerine ek 1977 tarihli I. Protokol'ün 1. maddesi radikal bir hüküm getirerek "kendi kaderlerini tayin hakkı (*self-determination*) çerçevesinde, halkların sömürge yönetimi ve yabancı işgali ile ırkçı rejimlere karşı mücadele ettiği durumların"[166] uluslararası çatışma kapsamında ele almıştır. Ulusal kurtuluş mücadeleleri Birleşmiş Milletler'in gündemine oturuncaya kadar uluslararası toplum bunları iç savaş olarak telakki etmiş; uluslararası olmayan çatışmaları düzenleyen insancıl hukuk normlarının (esasen, 1949 Sözleşmelerinin müşterek 3. maddesi) yanısıra savaş hukuku bakımından asi ya da muharip statüsüne ilişki düzenlemelere tabi tutmuştur[167]. Bu çözüm uyarınca, kendini özgürleştirme sürecinde bulunan bir halk, kurmak istediği devletin öncüsü sayılmakta ve bu mücadeleyi yürütmek, devlet olmakla özdeşleştirilmektedir. Netice itibariyle, kurtuluş savaşı teşvik edilmiş olmakta ve insancıl hukuk, bu savaşı yürüten halkın lehine işlemektedir.[168] Terör eylemleri ile ulusal bağımsızlık hareketlerinin başvurduğu silahlı eylemleri ayırd etmek her zaman kolay değildir. Ulusal kurtuluş örgütlerinin aynı anda hem gerilla savaşı hem de terör eylemlerine girişmesi sık rastlanan bir olgudur ve terörizmin tanımına ulaşılamaması sorunu

---

163 Bkz. Crawford, The International Law Commission's Articles on State Responisibility, s. 116.

164 Nakleden: Crawford, The International Law Commission's Articles on State Responisibility, s. 119.

165 Rosenne, The Perplexities of Modern International Law, s. 289.

166 Halkların kendi kaderini tayin hakkı mantığı bağlamında, yabancı devlet tahakkümü, bir tür "sürekli saldırı" fiili olarak algılanmakta ve halkların bunlara karşı yürüttüğü kurtuluş mücadelesi de "meşru müdafaa" sayılmaktadır. Bkz. Konstantinov, International Terrorism and International Law, s. 303.

167 Andreopoulos, The Age of National Liberation Movements, s. 197.

168 Dupuy, René-Jean, "The International Community, War and Peace" in The Currrent Legal Regulation of the Use of Force, edited by A. Cassese, Martinus Nijhoff Publishers, 1986, s. 280.

ile yakından ilişkilidir.[169] Silahlı bir grubun, bir terör örgütü mü yoksa bir ulusal bağımsızlık hareketi mi olduğu hususu, meseleyi değerlendiren devletlerin siyasi tercihlerine bağlıdır. Halkların kendi kaderini tayin hakkı mücadelesinin uluslararası bir çatışma olarak ilan edilmesi, istismara müsait olup teröristlere, olağan koşullar altında kanuni takibat ya da suçluların iadesine konu olacak eylemler bakımından hukuki bağışıklık sağlayabilir ve terörün hoşgörülmesi, hatta "hukukileşmesi" sonucunu doğurabilir.[170]

Meseleyi sorumluluk hukuku açısından ele alacak olursak, yeni ortaya çıkan ulus-devlet, kökeninde yer alan ulusal kurtuluş örgütünün geçmişteki mücadelesi sırasında başvurduğu terör yöntemlerini kendi kaderini tayin hakkına gönderme ile meşru göstermeye ve kendisine intikal eden sorumluluğu bertaraf etmeye çalışabilir. Söz konusu hakkın niteliği ve bu hak adına kuvvete başvurunun hukuken meşruiyetine ilişkin kaygılar bu noktada da geçerlidir. Bunun ötesinde hatırlanmalıdır ki; terör eylemleri ise, her halükarda insancıl hukuka aykırıdır ve ulusal kurtuluş hareketlerince ya da bu iddiada bulunan gruplarca gerçekleştirilmiş olmaları, hukuka aykırılıklarını ortadan kaldırmaz.

3.2. Küresel terör örgütleri

Günümüzde, devlet-dışı grupların çoğu yabancı devletlerden yardım görse de, giderek bu devletlerin kontrolünden sıyrılma eğilimi göstermektedirler. Bu bağlamda, çağdaş terör olgusu, ulus-devletlerin gerilemesi ve genel olarak insan topluluklarının daha küçük alt-gruplara ve azınlıklara bölünerek parçalanması sürecine yerleşmektedir.[171]

Yakın dönemde, milli kurtuluş örgütü gibi devlet benzeri bir oluşumla özdeşleştirilemeyecek, fakat devletlerin güvenlik sistemleriyle yarışırcasına dünya boyutunda eylem yapabilecek güçte terör örgütlerinin doğuşuna tanık olunmuştur. Hukuki düzenlemeleri yıpratarak devletleri zayıflatan küreselleşme, hiyerarşik olmayan, "yumuşak" yapılı örgütlerin serpilmesine ortam hazırlamıştır. El Kaide, çok uluslu uzantıları, finans şebekeleri ve medya bağlantılarıyla, küreselleşme çağına mükemmel uyum gösteren bir örgüttür. Tarih, İlkçağ'da Yunanistan'da, Ortaçağ'da İtalya'da şehir devletleri, yine

---

169 Ganor, Defining Terrorism: Is One Man's Terrorist Another Man's Freedom Fighter? s. 297. Yazara göre, terörizmin tanımı sorununa çözüm bulunmadan terörizme destek veren devletleri sorumlu tutmak da mümkün değildir. (s. 300)

170 Hailbronner, International Terrorism..., s. 173; Penna, State Responisibility and Terrorism, s. 90.

171 Cassese, Terrorism, Politics and Law..., s. 16.

Ortaçağ Avrupa'sında bölge-devletleri, Yeniçağ'da ise ulus devletleri görmüştür. Bugün ise, "şebeke-devlet"in doğuşuna tanık olmaktadır[172]. Yabancı devlet desteği olmaksızın, yüksek boyutlu biyo-kimyasal silahlar kullanarak Tokyo metrosunda 12 kişinin ölmesine ve 5000 kişinin ağır tıbbi zarar görmesine yol açan Aum Shinrikyo tarikati, bağımsız bir "alt-devlet grubu" (*substate group*) olarak tanımlanmaktadır. Başta El Kaide olmak üzere, bu tür terör örgütlerinin "amorf" yapılanma biçimi, modern devletlerin, devlet-dışı ve sınır-ötesi terörizmle mücadele için ne kadar donanımsız olduklarını gözler önüne sermiştir.[173]

Devlet-dışı aktör hakkında, uluslararası hukukun en klasik kurumlarından biri olan sorumluluğun işletilmesi teknik olarak imkânsızdır, çünkü onun uluslararası kişiliği yoktur. Devlet-dışı aktörün mensuplarını belli bir devletin ceza hukuku uyarınca sorumlu tutmak ya da bir uluslararası ceza mahkemesinin önüne çıkarmak için, her şeyden önce onları yakalamak gerekmektedir. Hiçbir kurala tabi olmayan terör örgütlerinin konuşlandığı mekânlar da, hiçbir devletin etkin denetim icra edemediği, bütün kıtalara yayılmış muhtelif "gri bölgeler"dir.[174] Bu deyim, 11 Eylül saldırılarından çok önce, Alain Minc'in Soğuk Savaş sonrası dünyayı tahlil ettiği "Yeni Ortaçağ" isimli denemesinde kullanılmıştır. Çağımızın belirsizliklerinden ve bunların uluslararası düzlemdeki sonuçlarından duyduğu kaygılarını dile getiren yazara göre yeni Ortaçağ'ın temel unsurları yeni silahlı çeteler, yeni yağmacılar ve yeni *terra incognita*'lardır (bilinmeyen topraklar). Resmi toplumla yasadışı toplumun, meşru otorite ile kanun dışı güçlerin iç içe geçtiği ve klasik devlet egemenliğinin bir anlam taşımadığı bu bilinmeyen topraklar, yeni dünyanın gri bölgeleridir. Kimi eski Sovyet cumhuriyetleri, Güney Amerika ya da Ortadoğu ülkeleri gibi kimi metropollerin varoşları da gri bölgeler kapsamına girebilirler.[175] Ancak, terörist örgütler, gözle görünür insan toplumlarından tamamen soyutlanmış bir "paralel evren" oluşturmak zorunda değildirler. Terör örgütleri, söz konusu toplumların en karmaşık faaliyetlerine ve dâhil olabilmekte, iletişim ağlarına sızabilmekte ve uluslararası finanstan beslenebilmektedirler. Gevşek bir örgütlenme biçimine sahip bir toplum olduğu öteden beri söylenegelen uluslararası toplumun, tıpkı iç toplumlar

---

172 Ramonet, Ignace, "Les Etats-Unis entre hyperpuissance et hyperhégémonie- Le nouveau visage du monde." in Le Monde diplomatique, Aralık 2001.

173 Gearson, The Nature of Modern Terrorism, s. 7, 17, 22.

174 Queneudec, Conclusions- Les nouvelles menaces contre la paix et la sécurité et l'ordre public international, s. 290.

175 Minc, Alain, Le nouveau moyen âge, Gallimard, 1993. s. 68. İlginçtir ki, kitabın "Risklerin kutsal kitabı" adını taşıyan 5. bölümünde gri bölge kökenli bir dizi felaket senaryosu kurgulanmakta, ama bunların arasında Afganistan yer almamaktadır!

gibi bir mafyası hep vardı. Artık, kendi ölçeğinde faaliyet gösteren bir terörizmi de vardır.[176]

11 Eylül eylemleri, uluslararası hukuk bakımından teknik olarak saldırı sayılamayacağı gibi, saldırgan da bir devlet değildir.[177] El Kaide, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 2001 tarihli Projesi'nin 10. maddesi anlamında bir "isyancı ya da diğer hareket" değil ve fakat tüzel kişiliği bulunmayan özel bir gruptur. Proje'nin 4. maddesi anlamında *de facto* "devlet organı" sayılamayacağı gibi, 8. madde anlamında bir devletin "idaresi ya da denetimi altında" da sayılamaz. Uluslararası Adalet Divanı, Nikaragua kararında, özel kişilerin eylemlerini devlete atfedebilmek için bu kişiler üzerinde bir "etkin denetim"in varlığını aramış ve genel bir bağımlılık ve destek durumunun yeterli olmadığını ima etmiştir.[178] 11 Eylül olayları bağlamında Taliban rejiminin El Kaide üzerinde etkin denetim sahibi olduğunu kabul etmek zordur. Uluslararası Adalet Divanı'nın Korfu Boğazı davasında tespit ettiği "kendi ülkesinin başka devletlerin haklarına aykırı biçimde kullanılmasına bilinçli olarak izin vermeme yükümü"[179] açısından bakıldığında, El Kaide'nin Afgan ülkesinde faal olması, Taliban'ın 11 Eylül saldırılarından haberdar olduğu sonucunu zorunlu olarak beraberinde getirmez. El Kaide'nin, 2001 projesi'nin 9. maddenin ifadesi uyarınca, "resmi makamların yokluğu ya da yetersizliği durumunda kamu gücü imtiyazlarını bilfiil kullanan" bir grup olduğunu söylemek de güçtür. Taliban'ın El Kaide ile olan ilişkisini, 2001 Projesi'nin 11. maddesi anlamında, özel aktörlerin "devletçe tanınan ve benimsenen davranışı" bağlamında tanımlamak mümkün olabilir. Taliban'ın, özellikle Usame bin Ladin'in sınırdışı edilmesine karşı çıkarak BM Güvenlik Konseyi ile işbirliği yapmaktan inatla kaçınması, "tanıma ve benimseme" şeklinde yorumlanabilir. Neticede, 2001 Projesi ışığında 11 Eylül eylemlerinin Taliban'a atfedilebilmesi ancak hukuki zorlamalar yoluyla mümkün olabilir. Taliban rejiminin şüphesiz var olan sorumluluğunun kökenlerini başka hukuk kurallarında aramak gerekecektir.[180]

---

176 Ortiz, Laure, "Les mesures de prévention nécessaires contre le terrorisme dans un Etat démocratique" in İnsan Hakları ve Güvenlik, Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi, Ankara, 7-8/12/2001, s. 311-312.

177 Boutros-Ghali, Boutros, "Peut-on réformer les Nations Unies?" in POUVOIRS, 109, s. 9.

178 Nikaragua'ya Karşı Askeri ve Benzeri Faaliyetler, 27/6/1986, § 109-115.

179 Korfu Boğazı, Recueil, 1949, s. 22.

180 Arai-Takahashi, Yutaka, "Shifting Boundaries of the Right of Self-Defence – Appraising the Impact of the September 11 Attacks on Jus Ad Bellum" in The International Lawyer, vol 36, no. 4, 2002, s. 1097-1098. Bu noktada, Güvenlik Konseyi'nin Şart'ın VII.. Bölümü çerçevesinde aldığı kararları ve Genel Kurul'un konuya ilişkin kararları yoluyla ifadesini bulan tutarlı ve tekdüze devlet uygulamalarıyla şekillenen teamül hukuku sınırlı, fakat sağlam bir zemin sağlamaktadır. (s. 1098)

Oysa, 11 Eylülün ertesine Güvenlik Konseyi'nin benimsediği 1368(2001) sayılı kararda yer alan "bu eylemlerin faillerine, örgütleyicilerine ve azmettiricilerine yardım, destek ve barınak sağlamanın sorumluluğunu taşıyanlar hesap vermek zorunda kalacaklardır" ifadesi, devletin sorumluluğuna işaret eder gibi görünmektedir.[181] Nitekim, Güvenlik Konseyi'ne başkanlık eden Büyükelçi Levitte'in ifadesiyle bu cümle "gerçek bir hukuki ilerleme teşkil etmektedir (…) çünkü ABD'nin Afganistan'a, daha doğrusu Taliban'a tepki göstererek terörizmle mücadeleyi teröristlerin ötesinde onlara yardım eden ya da mali destek sağlayanlara teşmil etmesini sağlamıştır."[182] Bütün bunlar, 1986 Nikaragua kararından itibaren uluslararası hukukta görülen, devlete atfedilebilirlik ölçütlerinde, tabiri caizse, "çıtayı alçaltma" eğiliminin hangi noktaya geldiğine işaret etmektedir. Şüphesiz, bu eğilimin vardığı noktayı eleştirirken amacımız, terörle şu veya bu derecede ilişkisi bulunan devletlerin aklanması değildir. Endişe verici olan şudur ki, teröre çok sınırlı düzeyde de olsa destek vermekten sorumlu tutulan bir devlete uygulanacak yaptırımların nitelik ve ölçüsü artık kontrolden çıkmıştır. Teröre az da olsa destek verdiğinden şüphelenilen her devlete uluslararası sorumluluk hukuku ve / veya meşru müdafaa adına ölçüsüz askeri müdahalede bulunmak, bu hukuk alanının amaç ve ilkelerini örseleyeceği gibi, terörist propagandanın değirmenine su taşıyacaktır.

Bu noktada, 11 Eylül'ü izleyen dönemde gelişen hukuki kavram bulanıklığına[183] koşut olarak uluslararası sorumluluk hukuku (ikincil kurallar) ile kuvvet kullanmaya ilişkin (ikincil) kurallar arasında tehlikeli bir karışıklık gözlemlenmektedir. Terörle mücadele amacıyla ikincil kuralların değiştirilmesi ve hatta saptırılması, hukuk mantığına aykırı olduğu gibi umulanın aksi yönde sonuçlar doğurmaya da müsaittir. El Kaide örgütünün işlediği suçların sorumluluğu, Taliban rejimince yönetilen Afganistan'a atfedilmiş bulunmaktadır. Oysa, atfedilebilirlik bakımından, 1986 Nikaragua kararının tespit ettiği "etkin denetim" testini aşamayan Taliban ile El Kaide arasındaki ilişki, Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin İstinaf Dairesi'nin 1999 Tadic kararında belirlediği "genel denetim" ölçütünü bile yerine getiremez. Burada artık geçerli olan, tarafsız bir yargı merciinin kararıyla değil, bir devletin tek taraflı takdiriyle tespit edilen "barındırma veya destek verme" (*harbour or support*) ölçütüdür. Bu ölçüt ise, sınırsız çeşitlilik-

---

181 Szurek, "Le jugement des auteurs d'actes de terrorisme: Quels tribunaux après le 11 septembre" in Le droit international face au terrorisme, sous la direction de Karine Bannelier, Théodore Christakis, Olivier Corten, Barbara Delcourt, CEDIN, PARIS I, ed. Pédone, Paris, 2002, s. 313.

182 Bkz. Le Monde, 18-19 Kasım 2001.

183 Bkz. Cassese, Antonio, "Terrorism is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law" in European Journal of International Law, 2001, s. 993 is.

teki terör eylemlerini bir devlete atfetme imkânı verir. ABD tarafından benimsenen bu ölçüt, 1986 Nikaragua kararının verildiği dönemde geçerli olsaydı, ABD, *contra*'ların gerçekleştirdikleri savaş suçları ve diğer vahşetlerden dolayı sorumlu tutulacaktı.[184]

İlk bakışta, sorumluyu tespit etme ve eylemi yaptırımsız bırakmama adına câzip görünen "barındırma veya destek verme" ölçütü, beklenmedik sonuçlara götürebilir. Terör eylemlerinin belli bir devlete atfedilmesi, terör faaliyetinin uluslararası silahlı çatışma olarak algılanmasına yol açarak insancıl hukuk kurallarının uygulanmasını tetikleyebilir. Böylece, teröristler, muharip sıfatını[185] kazanarak yakalanmaları halinde, savaş esiri imtiyazlarından yararlanır ve insancıl hukuk kurallarına uygun savaş eylemlerinden dolayı cezalandırılamazlar Terör grubu da milise ya da bir tür orduya dönüşebilir ve hatta muharip (*belligerent*) güç olarak tanınabilir. Bu dönüşümler, terörle mücadele eden devletlerin manevra sahasını önemli ölçüde kısıtlayacaktır.[186]

El Kaide- Taliban ilişkisinde, klasik "*de facto* devlet organı" mantığı ile çelişen bir nokta gözlemlenmektedir. Bu senaryoda, kullanan devlet ile kullanılan örgüt arasında, doğal olarak ikincisi aleyhine bir güç dengesizliği vardır. Oysa, geçici ve sıra dışı bir yapınma olduğu anlaşılan Taliban rejimi askeri müdahale sonucu kolaylıkla çökerken El Kaide dünya ölçeğinde eylemlerine devam ederek gücünü ve kalıcılığını ispat etmiştir.

Yakın geçmişte, isyan ve başkaldırı eylemlerine girişen örgütlü siyasi grupların da başta yaşam hakkı olmak üzere insan hakları ihlallerinden sorumlu tutulabileceği fikri geçerlilik kazanmaya başlamıştır. Bu bağlamda, hükümet dışı kuruluşlar gibi BM organları da, klasik iç çatışmaları düzenleyen Cenevre Sözleşmelerinin müşterek 3. maddesi anlamında bir silahlı çatışmaya taraf sayılamayacak grupların insan hakları ve insancıl hukuk

---

184 Jinks, Derek, "State Responsibility for the Acts of Private Armed Groups" in Chicago Journal of International Law, 4, 2003, s. 92.

185 Muharipliğin tanımı ve şartları için bkz. 1949/III. Cenevre Sözleşmesi m. 4: "A. İşbu Sözleşme medlülüne göre aşağıdaki zümrelerden birine dâhil olup düşman hükmüne düşen şahıslar harp esiridirler: 1. İhtilafa dahil bir tarafın silahlı kuvvetleri mensuplarıyle, bu silahlı kuvvetlere dahil milislerin ve gönüllü birliklerinin mensupları, 2. Teşkilatlı mukavemet hareketlerine iştirak edenler de dahil olmak üzere, ihtilada dahil bir tarafa mensup olup, kendi ülkeleri işgal altında olsa dahi o ülkenin dışında veya içinde faaliyette bulunan diğer milis mensuplarıyla gönüllü birlikler mensupları; şu kadar ki, mezkûr teşkilatlı mukavemet de dahil olmak üzere bu milislerin veya gönüllü birliklerinin aşağıdaki şartları haiz bulunmaları lazımdır: a) başlarında, madunlarından mesul bir şahıs bulunması, b) Sabit ve uzaktan seçilebilir bir alametleri bulunması, c) Açıkça silah taşımaları d) Hareketlerinde, harp kanunlarıyla adetlerine riayet etmeleri. (…)"

186 Jinks, State Responsibility for the Acts of Private Armed Groups, s. 93-94.

ihlallerini mahkûm etmektedirler[187]. Oysa, "terörizme karşı küresel savaş"ta yer alan "örgütlü silahlı gruplar", insancıl hukuk anlamında iç çatışmanın tarafı olarak tanımlanabilmeleri için gerekli olan, "devamlı ve planlı askeri operasyonlar yapmalarına izin verecek şekilde, bir devletin ülkesinin bir kısmı üzerinde denetim icra etme" (1977/II. Protokol, m. 1/1) yeteneğine sahip değildirler. Bir grup ya da örgütün, bu şartı yerine getirebilmesi için, diğer gerekliliklerin yanısıra, disiplin uygulayarak uluslararası insancıl hukukun saygı görmesini sağlayacak bir iç örgütlenmeye ve komuta yapısı ve askeri oluşuma sahip olması gerekirdi. 11 Eylül 2001'den beri gerçekleştirilen başlıca terör saldırılarının –Bali, Moskova, Peşaver, Casablanca, Riyad, Madrid, İstanbul, Beslan, Londra, Mısır…- bütünsel olarak toplamının küresel nitelikte, ama uluslararası olmayan bir silahlı çatışmaya tekabül ettiği ve bu çatışmanın tek bir tarafa izafe edilebileceği görüşü savunulmuştur. Ancak, bütün bu eylemlerin tek bir iç örgütlenmeden kaynaklandığı hususunda ve faillerin komuta yapısı hakkında daha fazla bulgu ve delile ulaşılamadığı sürece, terörist şiddetin, 1949 Sözleşmeleri'nin müşterek 3. maddesi ya da 1977/II. Protokol anlamında bir "uluslararası olmayan silahlı çatışma" oluşturduğunu söylemek güçtür.[188]

Yeni ortaya çıkan bu tür örgütleri düzenleyen uluslararası hukuk kuralları bugün yoktur. Gelecekte bu konuya özgü olarak şekillenebilecek hukuk kuralları hakkında ancak tahmin yürütülebilir. Küresel terör örgütlerinin sorumluluğu bakımından, devlet sorumluluğuna ilişkin kurallar her halde kıyas yoluyla dahi uygulanamaz: Devlet, hukukun üreticisidir, terör örgütünün varlık sebebi ise hukuku ihlal ve inkâr etmektir. Yeni hukuk şekillenirken, ülkelerinin bir kısmı üzerinde egemenlik yetkilerini icra imkânını terör örgütleri lehine kaybeden devletlerin, uluslararası toplumla azami işbirliği yapmak kaydıyla sorumsuz tutulmaları düşünülebilir. Buna mukabil, küresel düzeyde faaliyet gösteren terör örgütlerine destek verdikleri klasik sorumluluk ölçütlerine göre tespit edilen devletler hakkında ağırlaştırılmış sorumluluk ilkelerinin uygulanması bir zorunluluk olarak belirmektedir.

4. Bireysel sorumluluk ve devlet sorumluluğu ilişkisi

Devlet tarafından gerçekleştirilen terör eylemleri, bu devletin uluslararası sorumluluğunu doğurduğu gibi, eylemleri gerçekleştiren kişilerin bireysel sorumluluğunu da beraberinde getirir.[189] Meseleye simetrik açıdan bakıl-

---

187 Meron, Theodor, "When Do Acts of Terrorism Violate Human Rights" in Israel Yearbook of Human Rights, vol 19, 1989, s. 275.

188 Pejic, Jelena, "Terrorist Acts and Groups: A Role for International Law" in British Year Book of International Law, 75, 2004, s. 86-87.

189 Carella, Gabriela, "Terrorismo di Stato e terrorismo di individui: Il caso Lockerbie" in Studi in Ricordo di Antonio Filippo Panzera, Cacucci Editore, Bari, 1995, s. 220;

dığında, terör eylemlerinden sorumlu kişilerin –örneğin insancıl hukuk gereğince- cezalandırılmaları, ilgili devleti sorumluluktan kurtarmaz.[190]

Terör eylemlerinden dolayı devletin sorumluluğu ile bireylerin sorumluluğu farklı niteliklere sahiptirler ve karıştırılmaması gereken iki farklı hukuksal kategori oluşturmaktadırlar. Devlet sorumluluğunun temeli daima uluslararası hukuktur, bireylerin terör eylemleri ise, terörizme ilişkin uluslararası andlaşmaların düzenleme alanına girdikleri gibi çoğu zaman bu andlaşmaları yansıtan iç ceza mevzuatının da düzenleme alanına girerler. Devletin terör eylemlerinden dolayı uluslararası sorumluluğu, iç hukuk anlamında cezai sorumluluk değildir.[191] Keza, bireyin cezai sorumluluğu meselesiyle, devletin insan hakları hukukundan kaynaklanan yükümleri de farklı meselelerdir. Bu ayrımı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de açıkça yapmaktadır: " Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bakımından sorumluluk, bu sözleşmenin hükümlerinden kaynaklanır; ki bu hükümler söz konusu belgenin amaçları uyarınca ve uluslar arası hukukun ilkeleri ışığında yorumlanmalı ve uygulanmalıdır. Devletin; organları, ajanları ya da kullandığı kişilerin eylemleri sebebiyle sorumluluğu ile, takdiri iç yargı organlarına ait olan bireysel cezai sorumluluğa ilişkin iç hukuk meselelerini karıştırmamak lâzımdır. Ceza hukuku anlamında mahkûmiyet ya da beraat kararları vermek Mahkeme'nin yetki ve görev alanına girmemektedir."[192]

Diğer yandan, devlet organı yetkilerini kullanarak terör eylemi gerçekleştiren kişiler, cezai sorumluluğu bertaraf etmek için, egemenlik işlemleri yaptıklarını ileri sürerek devletlerin bağışıklığı ilkesine sığınamazlar.[193]

Terör eylemleri sebebiyle devletin ve bireyin sorumluluğu arasındaki ilişki, insancıl hukuk bağlamında özel bir önem kazanmaktadır. Silahlı çatışmalar sırasında, hükümetlerin bireylere karşı terörizme başvurması tehlikesi her zamankinden daha yüksektir.[194] Silahlı çatışma sırasında ordu men-

---

Sucharitkul, Terrorism as an International Crime: Questions of Responsibility and Complicity, s. 249-250.

190 Chadwick, Elisabeth, Self-Determination, Terrorism and the International Humanitarian Law of Armed Conflict, s. 180.

191 Konstantinov, International Terrorism..., s. 293-294, 299.

192 Tanlı Türkiye'ye karşı, 26129/95, 10 Nisan 2001, § 111.

193 Konstantinov, International Terrorism..., s. 299. Devlet başkanının cezai bağışıklığı meselesi hakkında bkz. "United Kingdom House of Lords: Regina v. Bartle and the Commissionner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet" in 38 I. L. M. 581 (1999); Dominicé, Christian, "Quelques observations sur l'immunité de juridiction pénale de l'ancien chef d'Etat" in Revue générale de droit international public, No 2, 1999, s. 297 is;

194 Dinstein, Terrorism as an International Crime, s. 62.

suplarınca gerçekleştirilen bazı eylemler, terör eylemi sayılmakta ve uluslararası insancıl hukuk tarafından yasaklanmaktadır. Bu eylemler, esasen "savaş suçu" veya "insanlığa karşı suç" kategorisine girmektedirler, ancak bu husus, onların terörist niteliğini ortadan kaldırmaz.[195]

Savaş zamanında sivillerin korunmasına ilişkin IV. Cenevre Sözleşmesinin 33. maddesine göre: "(bu Sözleşme tarafından) korunan hiç kimse, şahsen işlemediği bir suç için cezalandırılamaz. Toplu cezalar gibi sindirme tedbirleri ve terörizm eylemleri de yasaktır. Yağma yasaktır. Koruma altındaki kişilere ve bunların mallarına yönelik zararla karşılık tedbirleri yasaktır." Böylece, askeri işgal altında bulunan bölgelerdeki sivil halkı hedef alan terör politikası yasaklanmış olmaktadır.

Yine IV. Sözleşmenin 49. maddesi, ne gerekçeyle olursa olsun, koruma altındaki kişilerin kişisel ya da kitlesel olarak zorla yer değiştirilmesini tehcir edilmesini yasaklamaktadır. Bu hükmün hazırlık çalışmalarında, Nazilerin gerçekleştirdiği "aşağı ırk" tehcirlerinin hatıralarının etkili olduğu görülmektedir[196]. Ancak, ırksal nedenlerin ötesinde, nüfus transferi uygulamaları, savaş zamanında halk üzerinde sıklıkla uygulanan bir terör politikası olarak karşımıza çıkmaktadır.

Savaş Esirlerine Yapılacak Muameleye İlişkin 1949/III. Cenevre Sözleşmesinin 13. maddesine göre:

> "Savaş esirleri, her zaman insaniyetle muamele görmelidirler. Bunları elinde tutan Devletin hukuka aykırı olarak yaptığı ve elindeki savaş esirinin ölümüne ya da sağlığının ciddi biçimde tehlikeye düşmesine yol açan her ihlal ya da ihmal, işbu sözleşmenin ağır bir ihlali sayılır. Özellikle, hiçbir savaş esiri, fiziksel bir sakatlamaya ya da menfaatinin ya da tıbbi tedavinin gerektirmediği bir bilimsel ya da tıbbi deneye maruz bırakılamaz.
>
> Savaş esirleri, keza, her türlü şiddet ve sindirme eylemine, her türlü hakarete ve kamunun merakına karşı korunmalıdır.
>
> Savaş esirlerine karşı misilleme eylemleri yasaktır."

1949/III. Sözleşmesinin, "Savaş esirinin sorgulanması" başlığını taşıyan 17. maddesinin 4. fıkrasına göre: "Niteliği ne olursa olsun, savaş esirlerinden

---

195 Schachter, The lawful use of force by a State against Terrorists in another country, s. 244.; Toman, Terrorism and The Regulation of Armed Conflicts, s. 143.; Martens, L'introuvable acte de terrorisme, s. 36.

196 Mallison, W. T. Jr, & Mallison, S: V., "The Concept of Public Purpose Terror in International Law: Doctrines and Sanctions to Reduce the Destruction of Human and Material Values" in International Terrorism and Political Crimes, edited by M. Cherif Bassiouni, Charles Thomas Publisher, Springfield-Illinois, 1975, s.. 82.

herhangi bir istihbarat elde etmek amacıyla her türlü fiziksel ya da manevi işkence, ya da zorlama yasaktır. Cevap vermeyi reddeden esirler, tehdit ve hakarete maruz bırakılamaz, ya da şu veya bu şekilde olumsuz bir durumla karşı karşıya getirilemez." Netice itibariyle, esirlerden istihbarat elde edilmesi amacıyla terör yöntemlerine başvurulması yasaklanmış olmaktadır.

IV. Sözleşmenin 33. maddesi, koruma altındaki kişilere yönelik kollektif şiddet uygulamalarını yasaklarken, terörizme özellikle yer vermektedir: Koruma altındaki hiçbir kimse, şahsen işlemediği bir suçtan dolayı cezalandırılamaz. Her türlü sindirme ya da terörizm uygulaması gibi kollektif cezalar da yasaktır. Koruma altındaki kişilere ya da onların mallarına yönelik misilleme tedbirleri yasaktır."

1977/I. Protokolün 51§2. maddesine göre, "Ne bir bütün olarak sivil halk, ne de sivil bireyler saldırılara konu olamazlar. Temel amacı sivil halk arasında terör saçmak olan şiddet eylemleri ya da tehdidi yasaktır." Burada saldırının sonuçları değil, kasıt ve saikinin belirleyici oluşu dikkat çekmektedir. Böylece, terör doğurmasa bile bu amacı hedefleyen bir saldırı hukuka aykırı hale gelirken, terör doğurmayı hedeflemeyen bir saldırının terör doğurması durumunda 51§2. maddenin koşulları yerine gelmemiş olmaktadır. Gerçekten de, savaş sırasında ölümcül kuvvet kullanımı, insancıl hukukun izin verdiği hedeflere yönelik, yani meşru olsa bile civarda bulunan kişiler üzerinde terör yaratabilir.[197]

1949 Cenevre Sözleşmeleri, esas itibariyle iç savaş hallerini düzenlememekte, ancak müşterek 3. maddeleri aracılığıyla uluslararası nitelik taşımayan silahlı çatışmalar için dolaylı bir koruma sağlamaktadırlar. Müşterek 3. maddeye göre:

> "Taraf devletlerden birinin ülkesinde baş gösteren ve uluslararası nitelik taşımayan bir silahlı çatışma halinde, çatışmanın her bir tarafı en azından şu hükümleri uygulamakla yükümlüdür:
>
> I) Silahlarını bırakan silahlı kuvvetler mensupları ve hastalık, yaralanma, gözaltına alınma ya da başka bir sebeple muharebe dışı kalanlar dâhil olmak üzere, çatışmalara doğrudan katılmayan kişiler; ırk, renk, din ya da inanç, cinsiyet, doğum ya da servet veya benzer ölçütlerden dolayı olumsuz ayrımcılık yapılmaksızın, her koşulda insaniyetle muamele göreceklerdir.

---

197 Gasser, "Acts of terror, 'Terrorism' and international humanitarian law, s. 556. Keza, düşman kuvvetlerine yönelik saldırılar, askerleri sindirmek ve teslim olmaya razı etmek için kasıtlı bir sertlikle yürütülmüş olabilir. 51. maddenin kasdettiği terör bu değildir. Bkz. Protocole Additionnel (I) aux Conventions de Genéve du 12 Aout 1949 relatif á la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I) 8 juin 1977- Commentaire, § 1940. (http://www.icrc.org/dih.nsf/COM/470-750065)

Bu amaçla, yukarıda belirtilen kişilere yönelik olarak,

a) Hayata ve vücut tamlığına yönelik eylemler, özellikle her türlü cinayet, sakatlama, zalimane muamele, işkence ve eziyet;

b) rehin alma,;

c) özellikle aşağılayıcı ve tahkir edici muamele yoluyla kişilerin onuruna yönelik eylemler;

d) Medeni milletlerce zorunlu sayılan yargısal güvencelerle donatılmış, usullüne uygun olarak oluşturulmuş bir mahkeme tarafından önceden verilmiş bir hüküm olmaksızın kararlaştırılan mahkûmiyet ve infazlar

her zaman ve her yerde yasaktır ve yasak kalacaktır.

(...)

Müşterek 3. madde, saydığı eylemlere dayalı bir terör politikasını yasaklamış olmaktadır. Zaten, müşterek 3. maddede yer alan hükümler, "medeni" devletlerin hepsinin ceza kanunlarında adi suçlular bakımından da öngörülmüş güvencelerdir[198] Bu güvenceler, 1977 tarihli II. Protokolde genişletilip tamamlanmıştır. II. Protokolün, "Temel Güvenceler" başlığını taşıyan 4. maddesinde, diğer hukuk dışı eylemlerin yanısıra, koruma altındaki kişilere yönelik her türlü terör eylemi de açıkça yasaklanmıştır: (m.4§2d)

İnsancıl hukuk, kurallarının ihlaline karşı müşterek bir yaptırım rejimi öngörülmektedir. Cenevre Sözleşmelerinde taraflar, sözleşmeler tarafından öngörülen suçları işleyen ya da işlenmelerini emreden kişilere uygulanacak "münasip" (*adéquat*) cezai yaptırımları tespit etmek için her türlü kanuni tedbiri alma yükümü altına girmektedirler. Taraflar, aynı zamanda, failleri aramak ve milliyetlerine bakmaksızın kendi mahkemelerine çıkarmak zorundadırlar. Eğer tercih ederlerse ve kendi mevzuatları müsaitse, taraflar, failleri yargılanmak üzere ilgili bir başka sözleşmeci devlete teslim edebilirler. (I/m. 49; II/m. 50; III/m. 129; IV/m.146.) İlgili devlet, failleri sadece yetkili makamlara teslim etmek değil, bilfiil mahkemeye çıkarmak borcu altındadır. Buna mukabil, Cenevre Sözleşmeleri zorunlu olarak suçluların iadesi mekanizması öngörmemekte, bunu tarafların takdirine bırakmaktadır. Cenevre Sözleşmeleri ve ek Protokollerince oluşturulan suçluların iadesi

---

198 Solf, International Terrorism..., s. 328. Yazar, pek çok devletin, müşterek 3. maddeyi kendi ülkelerinde cereyan eden isyan hareketlerinde uygulamaktan kaçındıklarına dikkate çekerek Fransa (Cezayir savaşı) Pakistan (Bengladeş ayrılıkçı hareketi) ve İngiltere (Kuzey İrlanda) örneklerini vermektedir. İngiltere, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi uyarınca sözleşmenin bazı hükümlerinin askıya alınmasını haklı gösterecek anlamda "ulusun hayatını tehdit eden olağanüstü hal"in varlığını beyan etmekle beraber, Kuzey İrlanda'daki karışıklıkları bir silahlı çatışma olarak nitelendirmekten kaçınmıştır.

rejimi, klasik "*aut dedere, aut judicare*" (ya iade etmeli, ya yargılamalı) ilkesinden esinlenmektedir. [199]

Netice itibariyle yetki evrensel ve kovuşturma zorunludur. Uluslararası sorumluluk bakımından, Cenevre Sözleşmeleri, taraf bir devletin kendisini ya da bir başka devleti, Sözleşmelerce öngörülmüş suçlar yüzünden ortaya çıkan sorumluluktan kurtaramayacağını belirtmektedir. (I/51; II/52; III/ 131; 148.) 1977/I. Protokolün 91. maddesi, uluslararası çatışmalar bakımından, Sözleşmelerin veya Protokolün hükümlerini ihlal eden çatışmanın tarafının tazminat yükümünü öngörmekte ve silahlı kuvvetlerine mensup kişilerin gerçekleştirdiği bütün eylemlerden dolayı sorumlu olacağını vurgulamaktadır". İnsancıl hukuk ihlalleri bakımından birbirine eklemlenen devletin ve bireyin ayrı ayrı sorumluluğu, bütün insancıl hukuk sistemine ilham veren sarsıcı temel ilkenin doğal sonucunu oluşturmaktadır: 1949 Sözleşmelerinin müşterek birinci maddelerine ve 1977/I. Protokolün 1§1. maddesine göre bütün devletler, insancıl hukuk kurallarına "saygı göstermeyi ve saygı gösterilmesini sağlamayı her koşul altında taahüt ederler". Bu itibarla insancıl hukuk kuralları, terörizmle mücadele için özellikle iyi donatılmış bir bütün oluşturmaktadırlar.[200]

Terör eylemleri gibi terörizmle mücadele amacıyla alınan askeri tedbirler de insancıl hukuk kurallarının ihlaline yol açabilmektedir. "Duvar" danışma görüşünde, işgal altındaki Filistin ülkesinde terör eylemlerini önleme gerekçesiyle duvar inşa eden İsrail'in bu davranışını uluslararası hukuka aykırı bulan Uluslararası Adalet Divanı'na göre, savaş zamanı sivillerin korunmasına ilişkin 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmesi'ne taraf bütün devletler de, İsrail'in bu Sözleşme'de ifadesini bulan uluslararası insancıl hukuka saygı göstermesini sağlama yükümü altındadırlar.[201]

5. Sorumluluğu ortadan kaldıran sebepler meselesi

Uluslararası hukuka göre, sorumluluğu doğurucu şartlar gerçekleşse bile sorumluluğu ortadan kaldıran bir sebebin varlığı halinde ilgili devlet sorumluluktan kurtulacaktır. Sorumluluğu ortadan kaldıran sebepler bakımından ilgili devletin iradi ve özgür eylemlerinden kaynaklanan sebeplerle bu tür iradi bir eylemden bağımsız olarak gerçekleşen arasında ayrıma gidilmektedir. Bu iki yönlü analizde, hem terör eylemlerinin hem de bunlara yönelik karşı tedbirlerin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran sebeplerin varlığını sorgulamak gerekecektir.

---

199 Guillaume, Terrorisme et droit international, s. 382.

200 Bkz. Condorelli, The Imputability to States of Acts of International Terrorism, s.237.

201 İşgal altındaki Filistin ülkesinde bir duvar inşasının hukuki sonuçları, (Danışma görüşü), 9 Temmuz 2004, § 154-159.

İradi eylemler açısından; kural olarak, mağdur devletin rızası, diğer devletin uluslararası yükümlere aykırı davranışının haksızlığını ortadan kaldırmaktadır: *Volenti non fit injuria*. Uluslararası uygulamada, bir devletin silahlı birliklerinin bir diğer devlet ülkesini işgaline ya da bir devletin polisinin bir diğer devletin ülkesi ya da gemisi üzerinde tutuklama işlemleri gerçekleştirmesine rıza gösterildiğine tesadüf edilmektedir.[202] Bununla beraber, *jus cogens* niteliğindeki hukuk kurallarına aykırı faaliyetlere yönelik rıza geçerli değildir. Sivilleri, özellikle belli bir etnik grubu katletmek üzere yabancı askeri birliklerin davet edilmesi bu duruma klasik bir örnek olarak gösterilmektedir[203]. Bir devletin, kendi ülkesine ve /veya vatandaşlarına yönelik bir terör eylemi gerçekleştirmek üzere bir başka devlete rıza göstermesinin, sorumluluğu ortadan kaldırması her halde düşünülemez. Zira bu tür bir eylem, bir yandan *jus cogens* denilince ilk akla gelen kuvvet kullanma yasağının ihlalini (ve hatta koşullara göre saldırı fiili) oluşturur.[204] Diğer yandan ise, yaşam hakkı ve vücut tamlığı gibi, korunmaları *jus cogens* kapsamında mütalaa edilen bir dizi insan hakkını ihlal eder.

Sorumluluğu ortadan kaldıran sebepler açısından iradi eylem kavramı, karşı tedbirler bağlamında anlam kazanmaktadır. İlke olarak kendi başına haksız fiil teşkil eden bir eylem, bir başka devletin haksız fiiline yönelik karşı-tedbir olarak gerçekleştirilmiş ise, haksızlık niteliğini kaybetmektedir.[205] Saldırı fiiline karşı meşru müdafaa hakkını kullanan devletin uluslararası sorumluluğu yoktur, yeter ki bu hakkı uluslararası hukukun öngördüğü sınırlar içinde kullanmış olsun.[206] Sorumluluk hukuku kurallarının, devletlerin meşru müdafaa hakkına halel getirmediği noktasında, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 2001 tarihli Projesi'nin 52. maddesi anlam kazanmaktadır. Karşı tedbirlere başvuruya ilişkin şartları düzenleyen maddenin 2. bendi, "… zarar gören devletin, haklarını korumak için zorunlu olan karşı tedbirleri derhal alabileceğini" hükme bağlamaktadır. Terörist faaliyetlere mâruz kalan bir devletin de bu tür tedbirlere başvurabileceği hususunda tereddüt bulunmamaktadır.[207]

---

202 Alland, Responsabilité et sanctions, s. 423

203 Cassese, International law, s. 194.

204 Aynı yönde bkz. Carella, Terrorismo di Stato e terrorismo di individui, s. 218.

205 Alland, Responsabilité et sanctions, s. 424.

206 Bkz. Nikaragua'da askeri ve benzeri faaliyetler, 27 Haziran 1986, § 126, 193. Uluslararası Adalet Divanı, 1996 tarihinde verdiği "Nükleer silahların kullanımının ya da tehdidinin hukuka uygunluğu" danışma görüşünde "…bir devletin hayatta kalmasının tartışma konusu olduğu, meşru müdafaa gibi aşırı durumlarda, nükleer silahların kullanımının ya da tehdidinin hukuka uygun ya da aykırı olduğu yönünde nihai bir hükme varamayacağını" belirtmiştir. Bkz. Nükleer silahların kullanımının ya da tehdidinin hukuka uygunluğu danışma görüşü, 8 Temmuz 1996, § 105/2E.

207 Bkz. Wigneswaran, Responsive Responsibility…, s. 292.

Genel ilkeleri terörizm bağlamına taşırsak; saldırı boyutuna varan terör eylemlerine karşı meşru müdafaaya başvuran bir devletin ya da saldırı boyutuna varmayan terör eylemlerine karşı meşru müdafaa düzeyine varmayan karşı tedbirler alan bir devletin sorumluluğu olmayacaktır. Her halükarda orantılılık ilkesi gözetilmek durumundadır. Mağdur devletin alacağı karşı tedbirlerin yerindeliği ve orantılılığı, her bir vakada, fail devletin terör eylemlerine dahlinin derece ve şekliyle yakından bağlantılıdır. Bu itibarla, eylemlerin devlete atfedilebilirliği sorununa verilecek cevap, uygun karşı tedbirlerin seçiminde doğrudan belirleyici olacaktır.[208]

Bu noktada, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 2001 tarihli Projesi'nin 50. maddesi önem kazanmaktadır. "Karşı tedbirlerin etkileyemeyeceği yükümler" başlığını taşıyan maddenin 1. bendine göre: "Karşı-tedbirler a) Birleşmiş Milletler Şartı'nda belirtildiği üzere kuvvete ya da kuvvet kullanma tehdidine başvurmama yükümüne; b) Zararla karşılık eylemlerini dışlayan insani nitelikteki yükümlere; c) Genel uluslararası hukukun buyurucu normlarından kaynaklanan diğer yükümlere hiçbir surette halel getiremez." Kuvvet kullanmayı içeren karşı tedbirlerin yasaklanması, uluslararası ilişkilerde kuvvet kullanmanın meşruiyetinin XX. yüzyılın ilk yarısında tedricen sınırlandırılması mantığını izlemektedir.[209] Söz konusu bentte yer alan BM Şartı'ndaki kuvvet kullanma yasağına göndermeyi her halde bu yasağın istisnaları ve özellikle meşru müdafaa hakkı ile beraber okumak gerekir. Terör eylemlerine karşı tedbirlere orantılılık ilkesi hâkimdir; bir haksız fiile karşı tedbir olarak terör eylemlerine başvurulamayacağı ise tartışmasızdır.[210]

Mücbir sebep, ıztırar ve zaruret halleri gibi iradeden bağımsız gerçekleşen ve sorumluluğu ortadan kaldıran hallerin terör eylemlerine uygulanması mümkün görünmemektedir. Örneğin zaruret halinde; uluslararası bir yükümü ihlal etmek, devletin, vahim ve yakın bir tehlike karşısında temel bir menfaatini korumasının tek yolu sayılmaktadır. [211]

---

[208] Condorelli, The Imputability to States of Acts of International Terrorism, s. 244.

[209] Klein, Pierre, "Vers la reconnaissance progressive d'un droit à des représailles armées?" in in Le droit international face au terrorisme, sous la direction de Karine Bennelier, Théodore Christakis, Olivier Corten, Barbara Delcourt, CEDIN Paris I, Cahiers internationaux no. 17, Pédone, Paris, 2002, s. 250.

[210] Carella, Terrorismo di Stato e terrorismo di individui, s. 218.

[211] Zaruret hali, mücbir sebep ve ıztırar halleriyle kolayca karıştırılabilmektedir. Gabcikovo-Nagymaros Projesi kararında Uluslararası Adalet Divanı, zaruret halinin uluslararası teamül hukuku tarafından sorumluluğu ortadan kaldıran bir şart olarak tanındığını kabul etmekle beraber, bu şartın ancak "istisnai olarak" kabul görebileceğini belirterek olayda ileri sürülen tehlikelerin zaruret halinin varlığına ikna edici nitelikte olmadığına hükmetmiştir. Bkz. Gabcikovo-Nagymaros Projesi, 25 Eylül 1997, § Divan, "Duvar" danışma görüşünde, Gabcikovo-Nagy-

Bu şartlar terör eylemine uygulanırsa, ihlal edilecek yükümün buyurucu niteliğinden kaynaklanabilecek sorunların ötesinde, tehlikedeki bir hakkı korumak için terör eyleminin "kaçınılmaz oluşunu" ispat etmek çok zordur.[212] Bir devletin terörle mücadele için gerçekleştirdiği eylemler[213] bakımından ise zaruret hali teorisine başvurmak mümkün görünmektedir.[214]

6. Terör eyleminin sorumluluk hukuku açısından sonuçları

Zararın giderimi yükümü, fail devlet üzerinde caydırıcılık taşıdığından bir tür yaptırım niteliği kazanmaktadır.[215] Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Uluslararası Hukuka Aykırı Fiilden Dolayı Devletlerin Sorumluluğuna İlişkin Maddeler Tasarısı'nın 30. maddesine göre Haksız fiili gerçekleştiren devlet, her şeyden önce, a) eğer bu fiil sürekli nitelikte ise, buna son vermek ve b) şartlar gerektiriyorsa, fiilin tekrarlanmayacağı yönünde uygun teminat ve güvenceler vermelidir. Ardından, sorumlu devlet haksız fiilin yol açtığı zararı tamamen gidermekle yükümlüdür. Bu hüküm, maddi ve manevi zararları kapsamaktadır. (m. 31)

Zarara uğrayan mağdur devletin hakları ve izlemesi geren süreç şöyledir: a) Sorumlu devleti, haksız fiile son vermesi ve zararı ne şekilde tazmin edeceği hususlarında bilgilendirecektir. b) Sorumlu devletin bu uyarılara sessiz kalması ve mağdur devletin uğradığı zararın giderilmemesi halinde, bu devletin Birleşmiş Milletler Şartı'nın 33. maddesi uyarınca önereceği her türlü barışçıl çözüm yöntemine sorumlu devletin iyi niyetle rıza gösterip katılması gerekmektedir. c) Sorumlu devletin giderimde bulunmayı ve ihtilafı barışçı yöntemlerle çözmeyi reddetmesi, ya da bu yöntemlerin başarısızlık-

---

maros Projesi kararına gönderme yaparak zaruret halinin "ancak, kesin biçimde tanımlanmış ve beraberce bulunması gereken bazı şartlarla" öne sürülebileceğini tekrarladıktan sonra, bu koşullardan birinin, "suçlanan eylemin, vahim ve yakın bir tehlikeye karşı devletin esaslı bir menfaatini korumasının yegâne yolu olması" gerekliliğini saymıştır. Bkz. İşgal altındaki Filistin ülkesinde bir duvar inşasının hukuki sonuçları, (Danışma görüşü), 9 Temmuz 2004, § 138-141.

212 Carella, Terrorismo di Stato e terrorismo di individui, s. 218.

213 Örneğin, teröristleri takip eden güvenlik güçlerinin, zaman kaybetme kaygısıyla bir devletin ülkesine izin almadan girmeleri.

214 1837 tarihli meşhur Caroline vakasında, Kanada'lı isyancıların kullandıkları bir geminin ABD ülkesinde İngiliz askerlerince imha edilmesi söz konusudur. İngiltere, ABD'ni, ihmal yoluyla bile olsa uluslararası hukuku ihlalle asla suçlamadığına göre, bu örnek olay meşru müdafaa değil, zaruret hali konusunu ilgilendirmektedir Jennings, R. Y. "The Caroline and McLeod Cases, American Journal of International Law, 1938, s. 82-99.

215 Thierry, Hubert, "Cours général de droit international public" in Recueil des cours de l'Académie de droit international, tome 222, 1990/III, s. 110.

la sonuçlanması hallerinde mağdur devlet, karşı tedbirlere başvurabilecektir [216]. Yeni bir kavram olan karşı-tedbirler, "kendi başına haksız olmakla beraber, başka bir devletin uluslararası haksız fiiline tepki olarak uluslararası hukukun bir devletin almasına izin verdiği tedbirler" olarak tanımlanmaktadır. Bir uluslararası yükümü ihlal eden devlet bilmelidir ki bu eylemiyle, başka bir devletin, başka şartlar altında yasak olmakla beraber, uluslararası hukuka aykırı bir fiile tepki olarak alınması sebebiyle haksızlığı telafi edilen bir eylemle tepki verme imkânını harekete geçirmiştir. Karşı tedbirler kavramı, artık uluslararası teamülün parçasına dönüşmüştür. Karşı tedbirler, uluslararası toplumun merkezsiz niteliği ile yakından ilgilidirler. Kökenleri ihkak-ı hakka kadar giden bu kavram, klasik uluslararası hukuktaki "zararla karşılık" (*représailles*) kavramının çağdaş biçimini oluşturmaktadır. Bununla beraber karşı tedbirler "vahşi" bir olgu olmayıp uluslararası hukukun kurallarına tabidirler. Bu tedbirlerin hala bir tür ihkak-ı hak olduğu doğrudur, ama her halde "kan davası" değildirler. Kuvvet kullanma eylemlerini içeremezler ve orantılılık şartına tabidirler. Erga omnes nitelikte bir yükümü ihlal een devlete karşı bütün devletlerin karşı tedbire başvurabileceği kabul edilmektedir. Kısaca, karşı tedbirler, "kötülüğün, daha büyük bir iyiliğe hizmet etmesi" olarak nitelendirilmektedirler.[217]

Uluslararası hukuk, zararın giderimi için tek bir tazminat türü tanımamaktadır. Uluslararası Daimi Adalet Divanı'nın temel nitelikteki Chorzow Fabrikası kararına göre "Bizatihi Haksız fiilden kaynaklanan ve uluslararası uygulamaya ve özellikle hakem mahkemelerini içtihadına da yansıdığı görünen temel ilke şudur ki giderim, haksız fiilin bütün sonuçlarını mümkün olduğu ölçüde silmeli ve bu fiil işlenmeseydi muhtemelen var olacak durumu yeniden oluşturmalıdır: Aynen iade ya da bu mümkün olmazsa, aynen iadenin değerine tekabül eden bir meblağın ödenmesi."[218]

Günümüzde hala geçerli olan bu içtihada göre haksız fiilden dolayı sarsıntıya uğrayan hukuki düzenin tamiri için temel ilke, eski hale iadedir. (*restitutio in integrum*) Bu kavram, zarara uğrayan malları eski haline getirmeyi ve uluslararası yükümlere aykırı hukuki işlemleri iptal etmeyi de içermektedir. Bu yöntem, çoğu zaman pratik imkânsızlıklar sebebiyle uygulama imkânı bulamamaktadır. Bu durumda ise, zarara tekabül eden tamir işlemleri tercih edilmektedir. Uygulamada en sık görülen tamir işlemi olan tazminat, uğranan zarar (*damnum emergens*) ve gerekirse mahrum kalınan kâr (*lucrum cessans*) dikkate alınarak hesap edilir. Devletin hava sahasının izinsiz kullanılması ya da onuruna hakaret edilmesi gibi maddi cephesi

---

216 Cassese, International law, s. 197, 199.

217 Weil, Le droit international en quête de son identité, s. 358-366.

218 Chorzow Fabrikası, 13 Eylül 1928, no. 17, série A, s. 47.

olmayan manevi zararlar karşılığında; sorumlu devlet görevlisinin cezalandırılması, resmi özür beyanları, hatta durumu tespit ve beyan edici bir yargı hükmü[219] gibi yollarla zarara uğramış devlet "tatmin" edilir. Rainbow Warrior hakem kararına göre: "Yeni Zelanda'ya yönelik yükümlerinin ihlallerinden dolayı Fransa'nın Mahkeme kararı ile aleniyet kazanan bir biçimde mahkûm olması, olayın şartlarına göre, Yeni Zelanda'ya verilen hukuki ve manevi zararlar için uygun bir tatmin oluşturur."[220]

Manevi zarar halinde, zarar gören yabancılara ya da (ölüm halinde) bunların yakınlarına "acının bedeli" (*pretium doloris*) olarak zarar-giderim ödenmesi kabul edilmektedir.

Kuvvet kullanma eylemleri sonucu oluşan zararda ilke yine *restitutio in integrum* olmakla beraber bu mekanizma savaş zamanında bazen anlamını yitirmektedir. Muhasamat sırasında yıkılan bir bina, köprü ya da petrol platformunu yeniden inşa etmek mümkündür. Ancak, haksız fiil, insan hayatı kaybı, çevre kirliliği, savaş suçu ve hatta soykırım gibi geriye dönüşü olmayan sonuçları beraberinde getirmişse, tazminat ödenmesinin yanısıra daha özgül tedbirler de zorunlu hale gelmektedir.[221] Kongo Ülkesinde Silahlı Faaliyetler davasında Kongo Divan'dan, Uganda'yı süregiden her türlü uluslararası haksız fiile son vermeye mahkûm etmesini talep etmiş ve Uganda'nın da söz konusu eylemlerin tekerrür etmeyeceği yönünde özel güvenceler sunmasını ve uluslararası hukukun getirdiği yükümlerin ihlalini tazmin etmesini istemiştir. Bu talepleri ve devletler arasında ulaşılan ve egemenlik, ülke bütünlüğü ve içişlerine karışma yasağını öngören mutabakatı dikkate alan Divan, söz konusu mutabakatın tekerrür etmeme yönündeki güvence talebini tatmin ettiği kanaatine varmıştır.[222]

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 16 Aralık 2005'te benimsediği "Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Aleni İhlalleri ve Uluslararası İnsancıl Hukukun Vahim İhlallerinin Mağdurlarının Başvuru ve Tazminat Hakkına İlişkin Temel İlkeler ve Yönergeler" başlıklı karar (A/RES/60/147) uyarınca, devletler, bu tür ihlallerin mağdurlarına, "tazminatı da kapsayacak biçimde, yeterli, faydalı, hızlı ve uygun başvuru yolları sağlama" (§2), ihlalleri gerçekleştirdiği öne sürülen kişileri adalet önüne çıkararak suçlu olduğu tespit edilen kişileri cezalandırma ve bu yönde uluslararası işbirliğinde

---

219 Korfu Boğazı, 9 Nisan 1949, Recueil, s. 26, 34, 36.

220 Rainbow Warrior, 30 Nisan 1990, bkz. Revue générale de droit international public, 1990, s. 876, § 123.

221 Tcheuwa, Communauté internationale, guerre et responsabilité: Réfléxion autour de la responsabilité internationale des Etats, s. 106.

222 Kongo Ülkesinde Silahlı Faaliyetler, 19 Aralık 2005, § 256-257.

bulunma yükümü altındadırlar. (§ 4-5)[223] Devletin, başka bir devlete zarar veren faaliyetleri engelleme yönündeki özen yükümünü yerine getirmemesi gibi, failleri kovuşturmaktan kaçınmasının da uluslararası sorumluluğa yol açtığı hususu öteden beri kabul görmektedir.[224] Uluslararası uygulama, genel olarak, devletin, kendi ülkesinde yabancılara karşı gerçekleştirilen suçları cezalandırmak için uygun bir hukuki cihaza sahip olması yönünde özerk bir yükümünün bulunduğunu teyid etmektedir.[225] Bir devletin, uluslararası terörist olduğu iddia edilen bir kişiyi kovuşturmayı ya da iade etmeyi reddetmesi, kendi başına bir uluslararası sorumluluk sebebidir. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, 1971 tarihli bir kararında, "devletlerin savaş suçlarından ve insanlığa karşı suçlardan sorumlu kişilerin tutuklanma, iade, yargılanma ve cezalandırmalarında işbirliği yapmayı reddetmelerinin, Birleşmiş Milletler Şartı'nın amaç ve ilkeleri ile uluslararası hukukun genel kabul gören normlarına aykırı olduğunu" beyan etmiştir.[226]

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 60/147 sayılı kararı, düzenlediği insan hakları ve insancıl hukuk ihlalleri bakımından, doğrudan sorumluluk hukukundan esinlenen çözümler (§ 19-23) benimsemekle beraber, farkı yaklaşımlar da içermektedir. Örneğin, haksız fiile son verilmesi kendi başına bir tatmin tedbiri sayılmıştır. Oysa sorumluluk hukukunda bu durum, haksızlığa özgü bir hukuki sonuç olup tatmin etme biçimi değildir. Buna mukabil, söz konusu karar, başvuru ve tazminat hakkının bir başka boyutu olarak, söz konusu ihlallere ve bunların giderilmesine ilişkin bilgilere ulaşımın sağlanmasını öngörmekte ve bu yönde devletlere kamuoyunu bilgilendirecek imkânları oluşturma yükümü getirmektedir. (§24).[227]

2004 tarihli Duvar kararının konusu, devletin terör faaliyetlerinden dolayı sorumluluğu değil ve fakat terör faaliyetlerini engellemek gerekçesiyle inşa ettiği duvarın hukuka uygunluğudur. Bununla beraber, sorumluluğun sonuçları bakımından ilginç unsurlar içermektedir. Duvar'ın varlığını uluslararası hukuka aykırı bulan Divan, İsrail'in "ilgili bütün gerçek ve tüzel kişi-

---

223 Yorum için bkz. d'Argent, Pierre, "Le droit de responsabilité internationale complété: Examen des principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à la réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire" in Annuaire français de droit international, LI, 2005, s. 33.

224 Bkz. İspanyol Fas'ındaki İngiliz Malları Davası, 1 Mayıs 1925, in Recueil des sentences arbitrales, volume II, s. 645.

225 Pisillo-Mazzeschi, The Due Diligence Rule and the Nature of the International Responsibility of States, s. 28

226 G. A. 2840, 26 U. N. GAOR Supp. (no. 29), U. N. Doc. A/8429 (1971) bkz. Paust, The Link Between Human Rights and Terrorism…, s. 51.

227 bkz. d'Argent, Le droit de responsabilité internationale complété…., s. 50, 53.

lere verilen zararları tâmir etme yükümü" altında bulunduğunu belirtmiştir. Bu yüküm kapsamında "İsrail, (…) işgal altındaki Filistin ülkesinde duvarın inşası amacıyla bütün gerçek ve tüzel kişilerin ellerinden alınan toprak, bostan, zeytinlik ve diğer gayrimenkulleri iade etmek zorundadır. İadenin maddi açıdan imkânsız olması halinde İsrail, söz konusu kişilere uğradıkları zarardan dolayı tazminat verilmesine girişmek zorundadır. Divan'a göre İsrail, bu konuda uygulanabilir uluslararası hukuk kuralları uyarınca, duvarın inşasından dolayı herhangi bir maddi zarara uğrayan bütün gerçek ya da tüzel kişilere de tazminat vermek zorundadır."[228] Burada ilginç olan, Divan'ın, uluslararası hukuk ihlallerini bireyler lehine tâmir ve tazmin etme yükümü getirmesidir ki; Filistin'in bir devlet olarak varlığına ilişkin çetrefil meseleyi bertaraf etme kaygısıyla açıklanabilir.[229]

Terör eylemleri, nitelik ve boyutları itibariyle, uluslararası hukukun buyurucu bir normunun ihlalini de beraberinde getiriyorsa, artık "ağırlaştırılmış sorumluluk" doğuracak ve uluslararası hukukun bu kavrama bağladığı sonuçlara yol açacaktır. Yeni gelişen bu kavram, uluslararası sorumluluk sahnesine etik değerleri çıkarmaktadır. Böylece, geleneksel olarak iki taraflı bir kurum olan sorumluluk hukuku, çok taraflı bir kimliğe bürünerek uluslararası kamu düzenini korumayı hedeflemektedir. Burada, uluslararası toplumun kolektif menfaatleri, mağdur devletin menfaatinin bile önüne geçmektedir.[230]

Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Uluslararası Hukuka Aykırı Fiilden Dolayı Devletlerin Sorumluluğuna İlişkin Maddeler Tasarısı'nın 33 §1. maddesine göre sorumluluktan kaynaklanan yükümler "… bir devlete, birkaç devlete ya da bir bütün olarak uluslararası toplumla yönelik olabilir…". III. Bölüm, "Genel Uluslararası hukukun Buyurucu Normlarından Kaynaklanan Yükümlerin Ağır İhlalleri" başlığını taşımaktadır. 40. Maddenin 2. bendi uyarınca böyle bir normun ihlali, ilgili yükümün sorumlu devletçe bariz ve sistematik biçimde yerine getirilmediğini ortaya koyuyorsa, ağır niteliktedir. 41. Madde uyarınca bütün devletler bu nitelikteki ihlali hukuka uygun yöntemlerle sona erdirmek için işbirliği yapmalıdır (§1) Ağır ihlal sonucu ortaya çıkan durumu hiçbir devlet hukuka uygun olarak tanımamalı ve bu durumun sürdürülmesine yardım etmekten kaçınmalıdır. (§2) Madde 48 §1b) uyarınca, ihlale uğrayan yüküm bir bütün olarak uluslararası topluma yönelikse, mağdur devletten başka devletler de uluslararası sorumluğu öne sürme hakkına sahiptir.

---

228 İşgal altındaki Filistin ülkesinde bir duvar inşasının hukuki sonuçları, (Danışma görüşü), 9 Temmuz 2004, §152, 153.

229 d'Argent, Le droit de responsabilité internationale complété…., s. 43-44.

230 Tcheuwa, Communauté internationale, guerre et responsabilité: Réfléxion autour de la responsabilité internationale des Etats, s. 100.

1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin "Genel uluslararası hukukun buyurucu bir normu (*jus cogens*) ile çatışan andlaşmalar" başlığını taşıyan 53. maddesi bu kavramı şöylece tanımlamaktadır: "devletlerin uluslararası toplumunun bütününce, aksine hiçbir kuralın konulması imkânı bulunmadığı ve ancak genel uluslararası hukukun aynı nitelikte yeni bir kuralı ile değiştirilebileceği kabul edilen ve tanınan bir kural". Bu itibarla, ihlali ağırlaştırılmış sorumluluk haline sebep olan yüküm, bütün uluslararası toplumu ilgilendirmelidir. Yani, barış, insan hakları, halkların kendi kaderini tayin hakkı, çevrenin korunması gibi temel nitelikte bir değere ilişkin olmalıdır. Bu sorumluluğu talep hakkı, talepte bulunan devletin menfaati için değil, uluslararası toplum adına kullanılmalıdır. Bunun ötesinde, söz konusu yükümün ihlali ağır, yoğun ve sistematik olmalıdır. Ağırlaştırılmış sorumluluk, ancak kasıt ya da ağır ihmal (*culpa gravis*) halinde söz konusu olabilir. Bu durumda, sorumlu devlet, sıradan sorumluluğun getirdiği yükümlülüklere aynen sahip olmakla beraber bunları sadece mağdur devlete değil, bütün uluslararası topluma karşı borçlu hale gelmektedir. Yani, uluslararası toplumun her bir üyesi bu hali sorumlu devlete karşı ileri sürmek, sona erdirilmesini ve tekerrür etmemesi yönünde teminat verilmesini talep etmek, tazminat talebinde bulunmak ve bu taleplerin cevapsız kalması halinde meseleyi bölgesel ya da evrensel örgütlerin dikkatine sunmak haklarına sahiptir. Bu örgütlerin hareketsiz kalmaları halinde, bütün devletler bireysel olarak barışçı karşı-tedbirler alma hakkına sahiptir. İhlalin silahlı saldırı biçimini alması halinde, mağdur devletin talep ya da rızasını almak şartıyla ve Birleşmiş Milletler güvenlik sistemi çerçevesinde bütün devletler kolektif meşru müdafaaya başvurabilirler.[231] Terör eylemlerinin günümüzdeki boyutları, hedefleri ve amaçları göz önünde tutulacak olursa, kendilerine belli bir yoğunlukta terör eylemleri atfedilebilen, ya da doğrudan bu eylemlere başvuran devletlerin ağırlaştırılmış sorumlulukla karşılaşması hiç de ihtimal dışı değildir.

Ağırlaştırılmış sorumluluk kavramı uluslararası yargı organları nezdinde kabul görmektedir. Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi, bu kavramın yazıya geçirildiği 2001 raporundan daha önce, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun çalışmalarını dikkate alarak verdiği Furundzija kararında şu tespitlerde bulunmaktadır: "Çağdaş uluslararası hukuka göre, bir devlet görevlisinin işkence uygulaması, ya da işkenceyi önlemekten veya işkencecileri cezalandırmaktan kaçınması halinde, bireysel cezai sorumluluğa ilaveten devlet sorumluluğu da ortaya çıkabilir. Devlet görevlilerinin yoğun bir uygulaması olarak gerçekleştirilmesi halinde işkence, insan varlığının korunması bakımından temel nitelikteki bir uluslararası yükümün yaygın düzeyde vahim ihlali boyutuna varabilir ve böylece, devlet sorumlulu-

---

[231] Cassese, International law, s. 202-204.

ğuna sebebiyet veren özellikle vahim bir haksız fiil oluşturur".[232] Mahkeme, Kupreskic ve diğerleri kararında, 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin uluslararası topluma karşı yükümler öngördüğünü vurgulamıştır.[233] Mahkeme'ye göre, kendi statüsünün 29. maddesinin bütün devletlere getirdiği "Mahkeme karar ve emirlerine uyma yükümü" de *erga omnes partes* nitelikte bir yüküm olup uyulmasında toplumsal menfaat vardır.[234]

SONUÇ

XX. yüzyıl boyunca uluslararası hukukun, devletlerarası işbirliği bağlamında geçirdiği kayda değer evrimin üzerine, devletlerin birbirlerine karşı muhtelif biçimlerde gerçekleştirdikleri terörizm eylemlerinin gölgesi düşmektedir. Gerçekten de, kuvvet kullanma yasağı ve diplomatik dokunulmazlık gibi uluslararası hukukun en "kutsal" kuralları bile, bu tür eylemlerin kurbanlarını koruyamamaktadırlar. Demokratik devletlerin, hukuka ve insan haklarına saygılı oluşlarından dolayı kendi içlerindeki totaliter akımlara karşı savunmasızdırlar: Uluslararası toplumun da, etik değerler üzerine kurulu uluslararası hukuk ilkeleriyle bağlı olduğu ölçüde manevra alanı daralmakta ve devlet kökenli terör eylemlerine karşı geliştirebileceği tedbirler sınırlanmaktadır. Oysa bu eylemler hiçbir sınır tanımamaktadırlar[235]. Boyut, siyasi yapı, ideoloji ve ekonomik gelişmişlik bakımından birbirinden çok farklı devletlerin, muhtelif biçimlerde terör eylemlerini örgütlemeye giriştikleri, ileri uygarlık seviyesine ulaşmış demokratik devletlerin bile bu yola başvurdukları gözlemlenmektedir.[236] Devlet destekli terörizm, belli bir siyasi birime cepheden saldırmaksızın onunla mücadeleye imkân veren, ucuz ve risksiz bir yöntem olma özelliğini korumaktadır.[237]

---

232 Furundzija, IT-95-17/1-T, (Dava Dairesi) 10/12/1998, § 142.

233 Kupreskic ve diğerleri., IT-95-16-T, (Dava Dairesi) 14/1/2000, § 517. Mahkemeye göre: "Ticaret andlaşmaları normları gibi, devletlerin mütekabil menfaatlerinin korunması üzerine meşru biçimde dayanan başka uluslararası normlardan farklı olarak, insancıl kurallara uymak, diğer devletlerin bu yükümleri mukabil ya da mütekabil biçimde yerine getirmesine bağlı kılınamaz. Bu eğilim, Kant'ın ahlak alanından ifade ettiği 'kategorik emr'in hukuk normlarına yansıdığına işaret etmektedir: Kişi, başkalarının bir yüküme uyup uymadığına bakmaksızın bu yükümü yerine getirmek zorundadır. (§ 518)"

234 Blaskic IT-95-14, (İstinaf Dairesi) 29/10/1997, § 26.

235 bkz. Daudet, Yves, "International action against State terrorism" in Terrorism and international law, edited by Rosalyn Higgins and Maurice Flory, Routledge, Londra, 1997, s. 201, 209.

236 Sucharitkul, Terrorism as an International Crime.., s. 258, Wilkinson, Terrorism Versus Democracy, s.67-68. Stohl, Michael, "Demystifying the Mystery of International Terrorism" in International Terrorism, Characteristics, Causes, Controls, edited by Charles Kegley, St. Martin's Press, New York, 1990, s. 93.

237 Jenkins, International Terrorism: The Other Wold War, s. 37.

Günümüzün hukuki cephaneliği, terörizmden kaynaklanan devlet sorumluluğu problemini çözmeye imkân veriyor mu? Bazı yazarlara göre, günümüzdeki terör olgusu, hukuki paradigmaların tamamen değiştirilmesini gerektirmemektedir. Uluslararası hukuk, esasen devlet temelli bir yapıya sahiptir. Bu itibarla, kuvvet kullanmayı içerenler dâhil olmak üzere, dışarından gelen hiçbir devlet eylemi ülkesel, hukuki ya da siyasi bir "*vacuum*" içine düşmemektedir.[238] Bu tespit, teknik hukuk açısından şüphesiz doğrudur. Ancak günümüzün siyasi gelişmeleri karşısında sadece mevcut pozitif hukuka sarılmak, olguları göz ardı etmeye yol açabilmektedir.

Bazı devletler, terör eylemlerini desteklemekte; bazıları ise, ilkesel düzeyde karşı olmakla beraber bu eylemleri engelleyememektedirler. Meseleye mekânlar açısından yaklaşıldığında, klasik uluslararası hukukun getirdiği çözüm, tatmin edici görünmektedir: Devletler, ülkelerinden kaynaklanan terör eylemlerini önleme ve cezalandırma yönünde bir yükümlülük altındadırlar ve bu yükümü yerine getirmeleri için de sağlıklı çalışan bir devlet cihazına sahip olmaları gerekmektedir. Ne var ki, bu yükümlerin yerine getirilebilmesi için devletin sadece iyi niyetli ve hukuka saygılı olması yetmemekte, aynı zamanda yeterli hukuki-idari altyapıya sahip olmaları gerekmektedir; ki bunun ön şartı da yeterli ekonomik imkânlara sahip olmaktır. Günümüzün uluslararası manzarasına bakıldığında ise, sayıları endişe verici biçimde artan "müflis" devletlerin, kendi ülkelerinden kaynaklanan terör eylemlerini engellemek ve bastırmak için niyetleri ve/veya altyapıları bulunmamaktadır. Başka bir deyişle, bunlar ya zaten terörizme destek vermekte, ya da onu önlemekten âciz kalmaktadırlar. Çözümsüzlüğün bir başka sebebi de şudur ki terör örgütleri üslenmek için zaten böyle devletlerin ülkelerini tercih ederler. Klasik sorumluluk hukukunun öngördüğü, ülkesini başka devletler aleyhine kullanmama ve kullandırtmama yükümünü yerine getirmeyen bir devlete karşı mağdur devletin başvurabileceği ölçülü tepkileri uluslararası hukuk meşru saymaktadır. Günümüzün terörist faaliyetlerinin ise, hangi devlet(ler)in ülkesinden kaynaklandığını tespit etmek çoğu zaman güç olduğu gibi, hangi mağdur devletlerin ne ölçüde tepki verebilecekleri sorusu da cevapsız kalabilmektedir.

Terör eylemlerinden dolayı devlet sorumluluğu mekanizmasının işletilebilmesi için sadece failin sorumluluğu değil, mağdurun ve bütün uluslararası toplumun görevleri üzerinde de düşünmek gerekmektedir. Kimi zaman da devletler, mağdur olsalar bile, başka bir devleti eylemlerinden dolayı sorumlu tutmaktan siyasi kaygılarla kaçınabilmektedirler. 1996'daki Khobar kulelerinin bombalanmasından mahkeme kararıyla sorumlu tutulan 13 Suudi vatandaşının, ve 11 Eylül 2001 saldırılarını izleyen bazı intihar saldırılarının faillerinin iade talebinin Suudi Arabistan Hükümeti'nce reddedilmesine kar-

---

[238] Pejic, Terrorist acts and groups: A role for international law?, s. 99.

şılık A. B. D. Hükümeti, uluslararası sorumluluk mekanizmasını çalıştırma yoluna gitmemiştir. Burada, Suudi Krallığı'nın Ortadoğu'daki stratejik önemi ve hidrokarbür kaynakları, diplomatik hareketsizliğin ilk sebepleri olarak akla gelmektedir.[239] Terör eylemlerinden mağdur olan devlet, tepkisiz kalmakla belki kısa vadede bazı siyasi menfaatlerini gözetmekte, ama uzun vadede, kendisi dâhil olmak üzere bütün uluslararası topluma zarar vermektedir. Bu tespit, fail devlet için de fazlasıyla geçerlidir: Rekabet ya da çatışma ilişkisi içinde olduğu devletleri yıpratmak için terör gruplarıyla işbirliği yapan, hatta böyle grupları bizzat kendisi oluşturan bir devlet, başlangıçta önemli avantajlar elde edebilir. Ama çok sayıda devletin bu yönteme başvurması halinde oluşan genel güvensizlik ortamından bütün terör örgütleri beraberce yararlanır ve zarar gören, bütün uluslararası toplum olur. Bir devletçe beslenen terör grubunun, fırsat kollayarak, yeterince güçlenince kontrolden çıkması ve eski "velinimetini" hedef alması, hiç de ihtimal dışı değildir. Gerek devletlerin iç siyasetlerinde, gerekse uluslararası siyasette, bu tür "Golem[240] sendromları" sıklıkla görülür.

---

239 Wigneswaran, Responsive Responsibility…, s. 272.

240 İbrani dini folklorunda, bilge bir haham tarafından sihirli formüllerle can verilerek hizmetkârlık yaptırılan cansız figür. Sihrin etkisinden kurtulan golem, canavara dönüşerek sahibine ve etrafına saldırır. Golem efsanesi, başta Frankenstein olmak üzere pek çok edebi esere ilham vermiştir. (bkz. Meyrink, Gustav, "The Golem", Vitalis, Prague, 2005.)

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Gizli Tanıklık

*Handan YOKUŞ SEVÜK**

I. GENEL OLARAK

Tanık, kendisine karşı yürütülmeyen bir ceza muhakemesinde, olay hakkında beş duyusu ile edindiği algılamaları ifadesiyle açığa vuran kimsedir[1]. Ceza muhakemesine konu olan ceza uyuşmazlığının çözümü için delil elde etmeye çalışan soruşturma ve kovuşturma makamları tanık beyanından yararlanır. Ceza muhakemesinde tanık beyanı delil niteliğindedir. Tanığın dinlenmesi ceza muhakemesinde genel bir usule bağlanmış olup, kimliğinin bilinmesi, dinleme esnasında bedensel olarak hazır bulunması ve görülebilir olması, ilgililerin sorularını doğrudan cevaplandırması şeklindedir. Bu usul benimsenerek ceza muhakemesine hakim olan adil yargılanma, delillerin doğrudan doğruyalığı ilkesi ile yargılamanın çelişmeli olması gerçekleştirilir. Tanığın kimliğinin bilinmesi, tanığa soru yöneltilmesi, tanığın diğer tanıklar ve şüpheli/sanık ile yüzleştirilmesi, tanığın güvenirliliğinin belirlenmesi, beyanının değerlendirilmesi ile savunma hakkı bakımından önem arz eder. Bu bağlamda kural, kimliği bilinen tanığın hazır bulundurularak dinlenmesi iken, istisna kimliği gizlenen tanığın özel şekilde dinlenmesidir.

Ciddi/ağır suçlar söz konusu olduğunda tanığın tanıklık yapmasını sağlayabilmek için, tanığın korunması kapsamında tanığın kimliğinin gizli tutulması ve tanığın duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan dinlenmesi ya da ses veya görüntüsünün değiştirilerek özel ortamda dinlenmesi söz konusu olabilir. Tanıkların tehdit yoluyla sindirilmeleri yolunda artan tehlike, ceza muhakemesi sisteminde tanıkların özgür ve doğru bir şekilde ifade vermekten etkin bir şekilde vazgeçirilmesinden dolayı ciddi suçlarda suçlunun cezalandırılamaması olasılığı, tanıkların korunma-

---

* Doç. Dr., Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 Centel Nur/Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Bası, 2010, İstanbul, 226.

sını, gizli tanıklığı haklı kılan sebeplerdir. Ceza muhakemesinde *"herhangi bir müdahaleye veya kişisel riske tabi olmamak da dâhil olmak üzere, tanıkların haklarına ve ihtiyaçlarına daha fazla dikkat edilmesi gerektiği"*[2] göz önünde bulundurulmalıdır. Ancak ceza muhakemesinde gizli tanıklık kurumu kabul edilirken, şüpheli ve sanığın adil yargılanma hakkı göz önüne alınarak istisnai hallerde belli koşulların varlığı halinde kabul edilebilir.

II. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA GİZLİ TANIKLIK

1. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Değerlendirmesi[3]

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına göre tanık, maddi olaylara ilişkin gözlemleri herhangi bir şekilde bir ceza muhakemesinde hükmün oluşturulmasında kullanılan herkestir; dolayısıyla sadece duyduğunu anlatan tanık değil, bunun yanında beyanları delil ikamesi araçlarıyla ceza muhakemesine sokulan (anonim) bilgi veren herkes tanıktır[4]. Gizlilik, tanığın kimlik bilgilerinin karşı tarafa veya halka açıklanmamasını ifade eder[5]. Bu bağlamda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre tanık kavramına gizli tanık da dahil olup, ceza muhakemesinde gizli tanıklık belli koşulların varlığı halinde kabul edilebilir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ceza muhakemesinde gizli tanığın delil olarak kullanılması hususunu ve gizli tanıklığa dayanılarak verilen mahkumiyet kararlarının yerindeliğini adil yargılanma hakkını düzenleyen 6.madde bakımından değerlendirmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkına ilişkin 6. maddesinin 1. fıkrasında herkesin cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahip olduğu öngörülmektedir. Sanık haklarını düzenleyen 3. fıkrasının (d) bendinde ise; her sanığın *"İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla*

---

2 Bkz. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin R (97) 13 no.lu Tavsiye Kararı.

3 Bu makelede adı geçen AİHM kararları için bkz. http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en

4 Renzikowski Joachim, "Adil Yargılanma ve Anonim Tanık Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı Işığında Tanığın Korunmasında Üç Basamak Teorisi", Çev. Ali Kemal Yıldız, Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, 2004 Ankara, 275.

5 Recommendation Rec(2005)9 of the Committee of Ministers to member states on the protection of witnesses and collaborators of justice, m.1, bkz. https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?id=849237&Site=COE

aynı koşullar altında çağrılmasının ve dinlenilmesinin sağlanmasını istemek" hakkı olduğu belirtilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi, genel olarak tanıkların ve özellikle de ifade vermeye çağrılan mağdurların menfaatlerinin dikkate alınmasını gerektiren açık bir hüküm içermemektedir. Ancak Sözleşme sadece sanığın savunma menfaatlerini koruma altına almamakta, diğer kişilerin de menfaatlerini korumaktadır. Bu bağlamda tanıkların hayatı, özgürlüğü veya kişi güvenliğinin keza bu kişilerin özel ve ailevi yaşamının tehlikede olması, Sözleşme'nin 2, 5 ve 8. maddeleriyle korunmaktadır. Bu hükümler Sözleşme'ye taraf olan devletlere, ceza muhakemesini, söz konusu hakların gereksiz olarak tehlikeye atılmayacağı şekilde düzenlenmesi yükümlülüğü getirmektedir. Tanığın korunması gereken söz konusu menfaatlerinin ceza muhakemesinde dikkate alınarak haksız şekilde tehlikeye sokulması önlenmelidir. Bu çerçevede, adil yargılama ilkesi, uygun koşullar altında, savunmanın menfaatleri ile ifade vermek üzere çağırılan tanık veya mağdurların menfaatlerinin dengelenmesini gerektirmektedir[6].

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, gizli tanık ifadelerini kullanmanın *"her koşulda Sözleşme'ye aykırı olmadığını"* belirtmiştir[7]. AİHM, gizli tanıklık kurumunu Sözleşmenin 6. maddesi uyarınca değerlendirirken; tanığın kimliğinin gizli tutulmasının zorunlu olup olmadığı, gizli tanıklığın savunma hakkını sınırlandırıp sınırlandırmadığı ve gizli tanıklık beyanının kabul edilebilirliliği bir başka deyişle gizli tanığın ifadesinin hükme etkisi hususlarını incelemektedir[8].

2. Gizli Tanıklık Yapmanın Zorunlu Olması

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre tanığın gizli dinlenmesine ve kimliğinin gizlenmesine karar verilebilmesi için, tanığın korunmasının zorunlu olması bir başka deyişle bunu gerektirecek haklı bir nedenin varlığı gerekmektedir. Tanığın kimliğinin bilinmesinin tanık bakımından ciddi bir tehlike yaratması söz konusu olduğunda, tanığın kimliği gizli tutulabilir. Bu tehlike sanığın yaşamına yönelik bir tehlike ise bu öncelikle gereklidir. Nitekim AİHM 1996 tarihli *Doorson/Hollanda* kararında, tanıkların, sanık-

---

6 AİHM, 3. Daire, PS /Almanya, 20 Aralık 2001, Başvuru No 33900/96, para. 22.

7 Bkz. AİHM Doorson/Hollanda Kararı, 26 Mart 1996, Başvuru no. 20524/92, para. 69; Van Mechelen ve Diğerleri/Hollanda, 23 Nisan 1997, Başvuru no. 21363/93 ; 21364/93 ; 21427/93, 22056/93, para.52 ; AİHM, 3. Daire, Visser /Hollanda Kararı, 14 Şubat 2002, Başvuru No. 26668/95, para. 43.

8 Ayrıca bkz. Türmen Rıza, Gizli Tanıklar ve Adil Yargılanma, http://www.milliyet.com.tr/gizli-taniklar-ve-adil-yargilanma/riza-turmen/siyaset/yazardetay/19.03.2010/1213430/default.htm

ların kendilerine misilleme yapmasından korkmalarından ötürü, isimlerinin gizlenmesine izin verilmiş olduğunu tespitle, bu durumun tanıkların isimsiz olarak ifade vermelerine izin verilmesi için kesinlikle uygun bir neden olduğunu belirtmektedir[9]. Kişinin yaşamının tehlikede olmasının yanında, kişinin özgürlüğü veya güvenliğinin tehlikede olması da tanığın isminin gizlenmesi bakımından haklı bir nedendir. Gizli tanıklığı haklı kılacak tehdidin ciddi ve somut olarak belirlenmesi gerekli olup, tanığın korktuğunu söylemesi yeterli değildir. Nitekim AİHM, tanığa yönelen tehdidin ciddiliğinin ulusal makamlarca araştırılmasının önemine dikkat çekmektedir. 14.2.2002 tarihli *Visser / Hollanda* kararında tanığa yönelen tehdidin ciddiliği araştırılmadığı için Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Tanığın kimliğinin savunma hakkına zarar vermeden korunabilmesi mümkünse, buna ilişkin bir zorunluluk bulunmuyorsa gizli tanıklık yapılması adil yargılanma hakkının ihlaline neden olur[10].

Tanık bakımından olası tehlikenin soruşturma sırasında belirlenmesi ve buna bağlı olarak tanığın gizli dinlenmiş olması, tanığın yargılama sırasında da gizli dinlenilmesini zorunlu kılmamaktadır. Yargılamayı yapan mahkemece, tehdidin ciddi ve somut olduğu ayrıca araştırılmalı, bu nitelikte olmadığı ortaya çıktığında ise soruşturma makamının gizlilik konusundaki tespitine bağlı kalmaksızın gizli dinlemeden kaçınılmalıdır[11].

Tanığın kamu görevlisi/polis memuru olması halinde gizli tanıklık daha sınırlı olarak kabul edilmektedir. Bir başka deyişle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, sadece çok istisnai koşullarda polislerin gizli tanık olarak kullanılması haklı görülebilir. Nitekim *Kostovski / Hollanda* Kararında[12] AİHM, **"***Bu kişiler devletin yönetimindeki yetkililere genel anlamda itaatla yükümlüdür ve genellikle savcılıkla bağlantıları vardır.. bu kişilerin gizli tanık olarak kullanımı sadece özel durumlarla kısıtlı olmalıdır. Ayrıca eşyanın tabiatı gereği görevleri dolayısıyla kamuya açık mahkemelerde tanıklık etmeleri gerekebilir*[13]**"** demek suretiyle gizli ajanların istisnai hallerde gizli tanık olarak dinlenebileceğini belirtmiştir. AİHM, başvurucunun bir gizli ajan tarafından yazılan rapor ve gizli ajanla olan konuşmaların dökümüne

---

9 Bkz. Doorson /Hollanda, para. 71.

10 Visser /Hollanda Kararı, para. 47-52.

11 Aktan Hamdi Yaver, "AİHM Kararlarında Gizli Tanıklık", http://www.cumhuriyet.com.tr/?hn=120874

12 Kostovski/Hollanda, 20.11.1989, Karar için bkz. Gemalmaz Haydar Burak, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Çapraz Sorgu, Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, 2004 Ankara, 418-417.

13 Aktan Hamdi Yaver, "AİHM Kararlarında Gizli Tanıklık", http://www.cumhuriyet.com.tr/?hn=120874

dayanan uyuşturucu suçundan mahkumiyetine ilişkin mahkeme kararını incelediği *Ludi/İsviçre Kararında* ise gizli ajanın tanık olarak dinlenmesi gerektiğini belirterek, sanık ve müdafiinin memuru sorgulama ve memurun güvenilirliğini şüpheli hale getirme olanağının olmamasından, kimliğinin gizliliği, başvuranın savunma hakkına zarar vermeden korunabileceği halde olayda böyle yapılmadığından bahisle Sözleşmenin 6. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme, somut olayda başvurucunun gizli ajanın ismini bilmemekle birlikte, beş kez görmüş olması sebebiyle gizli ajanın tanık olarak korunması sağlanarak çapraz sorgunun gerçekleştirebileceği kanısındadır. Bununla birlikte Mahkeme, kolluk makamlarının, bir uyuşturucu kaçakçılığı olayında ajanın gizliliğini koruması hususundaki meşru menfaatini dikkate alarak, tanığın gizli olarak dinlenmesi suretiyle ajanın korunmasının ve aynı zamanda gelecekte ondan tekrar yararlanılmasının mümkün olabileceğine de dikkat çekmiştir[14]. Gizli ajanın dinlenilmesine ilişkin bu kararlarda AİHM, gizli tanık olarak dinlenme bakımından sivil ile gizli ajanlar arasında bir ayırım yapmakta, bir sivilin polise nazaran tehditlere daha açık olduğunu kabul etmektedir. Gerek bu sebeple gerekse polisin, idari mercilere itaat etme ve savcılıkla bağları nedeniyle sadece istisnai koşullarda gizli tanık olarak kullanılabileceği belirtilmektedir. Ancak AİHM'nin *Van Mechelen ve diğerleri/Hollanda* kararı karşısında sivil ve memur olan güvenilir kişilerin farklı muameleye tabi tutulmasının kabul gördüğü söylenemez. AİHM, 23.04.1997 tarihli *Van Machelen/Hollanda* kararında gerek sanık gerekse müdafiin gizli tanıklık yapan polis memurlarını görmek suretiyle sorgulayamamasını eleştirmektedir. Bu olayda sanık ve müdafii ile tanık ve sorgu hakimi, aralarında ses bağlantısı olan iki ayrı odada bulunmakta olup, sanık ve müdafiin tanığa onu görmeden soru sorabilmesi sağlanmıştır. Ancak AİHM bu önlemi yeterli bulmayarak, savunma hakkını sınırlayıcı önlemin ancak kesinlikle gerekli olduğunda alınması gerektiğini, daha sınırlayıcı bir önlem yeterli ise bu daha az sınırlayıcı önleme başvurulması gerektiğini belirtmektedir[15]. Örneğin makyaj yapılması, kılık değiştirilmesi veya göz temasının engellenmesi gibi alınacak başka türlü tedbirlerin varlığı halinde, bu önlemlere başvurulması gerektiği, aşırı sıkı önlemlerin alınmasını haklı kılacak güçlü nedenlerin varlığı halinde gizli tanıklığına başvurulabileceğine gerektiğine dikkat çekmektedir[16]. Zira şüphelinin ya da müdafiinin gizli tanığın sesini duyması ve soru sorması yeterli olmayıp, savunma hakkının sınırlanmaması için aynı zamanda sorular karşısında gizli tanığın nasıl bir tepki gösterdiğinin de görülmesi gerekir.

---

14 AİHM Lüdi/İsviçre kararı, 15 Haziran 1992, Başvuru no. Başvuru No 12433/86, para.49.

15 Van Mechelen ve diğerleri/Hollanda kararı, para. 58.

16 Van Mechelen ve diğerleri /Hollanda kararı, para. 59, 60.

3. Gizli Tanıklığın Savunma Hakkını Sınırlandırmaması

Ceza muhakemesinde gizli tanıklık söz konusu olduğunda savunma, ceza yargılamasının normal olarak içermemesi gereken zorluklarla karşılaşır. Tanıkların kimliklerinin bilinmemesi savunmayı neredeyse aşılamaz engellerle karşı karşıya bırakarak, savunmanın tanıkların güvenilirliklerini sorgulamaya ve güvenilirliklerini şüpheli hale getirmeye olanak veren gerekli bilgilerden mahrum bırakılmasına yol açar[17]. Bu nedenle AİHS'nin 6/1 ve 6/3-d maddelerinin gereği olarak savunmanın karşısındaki engellerin, adli makamlarca izlenen usuller ile giderilmesi gerekir[18]. Normal koşullarda delillerin, çelişmeli iddiaların sanığın huzurunda, açık duruşmada sunulması gerekmektedir. Kural bu olmakla birlikte, istisnai olarak kuraldan ayrılma halinde, istisnaların da savunma hakkını ihlal etmemesi zorunludur. Savunma makamına tanığın anlatımına karşı, ya ifade alındığı sırada ya da yargılama aşamasında itiraz imkânı tanınmalıdır[19].

Ceza muhakemesinde, maddi gerçeğe ulaşma amaç edinilirken savunmanın menfaatleri ile ifade vermek üzere çağırılan tanık veya mağdurların menfaatleri arasında bir denge kurulmalıdır. Savunmaya isimsiz/gizli tanıkları sorgulama olanağı verilmesiyle savunma ile tanığın menfaatleri bakımından yeterli bir menfaat dengesi sağlanır[20]. Sanık, kanun yolu muhakemesi de dahil muhakemenin tamamında, tanığa bizzat veya müdafii aracılığıyla soru sormak hakkına bu kapsamda gizli tanığın güvenirliliğinin ispatı konusunda da soru sormak hakkına sahip olmalıdır[21]. Böylece savunma hakkının kısıtlanmasının önüne geçilir. Sanığa kendisine karşı olan tanıklara itiraz etmek ve sorgulamak için yeterli ve uygun fırsat verilmesi halinde Sözleşme'nin 6/3-d fıkrasına aykırılıktan söz edilemez. Nitekim AİHM uyuşturucu kaçakçılığı suçundan dolayı yapılan başvuranın yargılanmasında iki gizli tanığın dinlenmesini adil yargılanma ilkesi açısından değerlendirdiği *Doorson/Hollanda* kararında, adil yargılanma ilkesinin ihlal edilmediğine karar verirken, savunma tarafına tanıkların kimliklerini ortaya çıkarmaya yönelik sorular sorması dışında doğrudan soru sorma imkânının verilmesini, sorgu hakimince tanıkların kimliğinin bilinmesini, sorgu hakimi tarafından yerel mahkeme ve Hollanda Temyiz Mahkemesinin tanıkların güvenilirliğine ilişkin bir değerlendirme yapmalarına imkan sağlamak için bu konuda bilgiler içeren tam bir rapor hazırlanmış olmasını dikkate almıştır.

---

17 AİHM Windisch /Avusturya kararı 27 Eylül 1990, Başvuru No. 12489/86, para. 28

18 Van Mechelen ve diğerleri /Hollanda kararı, para. 52-53.

19 Aktan Hamdi Yaver, "AİHM Kararlarında Gizli Tanıklık", http://www.cumhuriyet.com.tr/?hn=120874

20 Bkz. Doorson/Hollanda kararı, para. 70. para; PS /Almanya Kararı, para. 22.

21 Bkz. Renzikowski, 275.

Tanığın güvenirliliğini ispat bakımından savunma, tanığın dinlenmesi sırasında doğrudan gözlem olasılığına sahip olmalıdır. *Windisch / Avusturya* kararında, iki gizli tanığın ifadesiyle mahkum olan başvuranın davasında, AİHM, tanığın gizli dinlenmesi suretiyle mahkemede kimlikleri bilinmeyen gizli tanıkların sorular karşısında hal ve tavırlarının gözlemlenmesi ve böylece güvenilirlikleri hakkında izlenim oluşmasının önlendiği kanaatine varmıştır. İfade alan polis memurlarının duruşmada verdikleri ifadelerin de mahkemenin duruşmada, kimlikleri öğrenerek edineceği doğrudan gözlemin yerini tutamayacağını, kimliği açıklanmayan gizli tanık anlatımlarına dayanılarak mahkûmiyet kararı verilmesinin, savunma hakkını kısıtladığını, böylece sanığın adil yargılanmadığını tespit etmiştir[22]. AİHM, 28 Şubat 2006 tarihli *Krasniki / Çek Cumhuriyeti* kararında, başvuran hakkında izinsiz olarak uyuşturucu üretmek ve bulundurmak suçlarından kurulan hükmün, iki gizli tanığın ifadelerine dayandığını tespit etmiştir. Somut olayda tanıklara soru sorma imkânı verilmiş olan sanık müdafiinin hazır bulunduğu soruşturma aşamasında alınan tanık ifadelerinin yanı sıra, duruşmalar sırasında bu tanıklardan biri mahkeme salonunun dışındaki, sanığın ve müdafiinin görmesi mümkün olmayan bir odadan ifade vermiş ve sanığa ve müdafiine hâkim vasıtasıyla tanığa soru sorabilme imkânı tanınmıştır. Buna rağmen AİHM, gizli ifade verme ihtiyacının doğduğu hususunda ikna olmamış ve mahkûmiyetin en azından belirleyici ölçüde gizli tanık ifadelerine dayandırıldığını ifade ederek, Sözleşmenin 6/1 ve 6/3-d maddelerinin ihlal dildiğine karar vermiştir[23].

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin m.6/3-d hükmü tanığın duruşmada dinlenmesini zorunlu kılmamaktadır. Sanığın katılması koşuluyla soruşturma evresindeki delil ikamesi de yeterlidir[24]. Mafya tipi örgütlerle ilgili davalar dikkate alındığında, bu davalarda özellikle bir tanığın güvenliğinden endişe etmesinden dolayı yeminli ifadesini herkesin önünde tekrarlamayı reddetmesi söz konusu olabilir. Bu durumda belirli koşullarda soruşturma aşamasında verilen yeminli ifadeye başvurma gerekli olabilir[25]. Bu ifadenin kabulü başlı başına 6(1) ve (3)(d) maddelerini ihlal etmemekle birlikte, sanığa, ifade verildiğinde ya da daha sonraki bir aşamada ifadeye itiraz etmek için yeterli ve uygun olanak verilmelidir. Mahkûmiyet sadece ve belirleyici bir ölçüde, soruşturma esnasında ya da mahkemede, sorgulama ya da sorgulatma olanağının olmadığı bir tanık tarafından verilen yeminli ifadeye dayandırıldığında ise savunma hakkı, 6. madde tarafından sağlanan güven-

---

22 Windisch/Avusturya kararı, para.23-32.

23 Krasniki/Çek Cumhuriyeti kararı, 28 Şubat 2006, Başvuru No. 51277/99, para. 83, 85

24 Renzikowski, 277.

25 Lüdi/İsviçre Kararı, para. 47; AİHM Luca /İtalya kararı, 27 Mayıs 2001, Başvuru No 33354/96, para. 40.

celere aykırı olarak kısıtlanmış olur[26]. Bu nedenle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından; hakim veya polis önünde yapılan ancak mahkemenin huzurunda yapılmayan tanıklığın, hükümde önemli ve belirleyici rol oynaması halinde, bu tanıklığın güvenilirliğini sağlamanın tek yolunun çapraz sorgu imkanının[27] tanınması olduğu ifade edilmiştir[28].

4. Gizli Tanıklık Beyanının Kabul Edilebilirliliği

Bir delilin kabul edilebilirliliği meselesi, esas olarak ulusal hukuk tarafından düzenlenen bir konu olup, genel bir kural olarak, kendilerine sunulan delilleri değerlendirmek ulusal mahkemelerin görevidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bağlamındaki görevi ise; tanıkların ifadelerinin delil olarak uygun bir şekilde kabul edilip edilmeyeceğine dair değil, ifadenin alınış şekli de dahil olmak üzere, yargılamanın bir bütün olarak adil ve hukuka uygun olup olmadığına ilişkin bir hüküm vermektir[29]. Bu anlamda adil yargılanma, ilke olarak delillerin sanığın hazır bulunduğu aleni duruşmada ikame edilmesini gerektirir. Bu özellikle aleyhe tanıkların sorgulanması açısından geçerli olup, bu ilkeye ancak sanığın savunma haklarının korunması koşuluyla istisna tanınabilir[30]. AİHM yargılamanın bir bütün olarak adil ve hukuka uygun olup olmadığını değerlendirirken, mahkûmiyet kararında gizli tanığın anlatımının ne ölçüde etkili olduğunun üzerinde durulması gerektiğine işaret etmektedir[31].

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre; gizli tanığın savunma açısından doğurduğu güçlükleri dengeleyici önlemlerin yeterli olup olmadığı değerlendirilirken, gizli tanığın ifadesinin mahkûmiyet kararının verilmesinde tayin edici bir rol oynayıp, oynamadığını göz önünde bulundurmak gerekir. Bununla birlikte AİHM, savunmanın karşılaştığı engellere karşı dengeleyici usuller uygulansa dahi, hükmün yalnızca veya önemli ölçüde, ismi gizlenen tanıklar tarafından verilen ifadelere dayanmaması gerektiğine dikkat çekmektedir[32]. Gizli tanığın ifadesinin hükme etkisini değerlendiren Mahkeme, gizli tanığın beyanının tek delil olmasını ve/veya mahkumiyette esas daya-

---

26 Luca /İtalya, para.40; Van Mechelen ve diğerleri/Hollanda kararı, para. 55.

27 AİHS'nin 6. maddesinin ihlali olarak çapraz sorgu hakkında geniş bilgi için ayrıca bkz. 409-415.

28 Visser/ Hollanda kararı, para. 45- 46.

29 Bkz. Doorson/Hollanda kararı, para. 67; Van Mechelen ve diğerleri/Hollanda, para. 50; PS/Almanya kararı, para. 19.; Kostovski/Hollanda Kararı, para. 44-45.

30 Bkz. Renzikowski, 274.

31 Visser/Hollanda, para. 47-52.

32 Bkz. Doorson/Hollanda kararı, para. 76; Benzer ifadeler için bkz.Van Mechelen/ Hollanda kararı, para. 55 ve 56; *Krasniki*/ Çek Cumhuriyeti kararı, para. 76.

nak olmasını ya da mahkumiyet kararının verilmesinde rol oynamasını somut olaya göre değerlendirmek suretiyle Sözleşmenin 6. maddesinin ihlaline karar vermektedir[33].

Nitekim AİHM *Windisch / Avusturya* kararında, sanığın suç mahallinde bulunduğunu gösteren tek delilin tanıkların teşhisinden ibaret olmasının, ayrıca tanıkların mahkemede dinlenmeyerek polise verdikleri yazılı ifadenin dikkate alınmış olmasının savunma hakkını kısıtladığına ve Sözleşmenin 6. maddesinin ihlal ettiğine karar vermiştir[34]. *Van Mechelen ve diğerleri / Hollanda* kararında ise AİHM, sanıkların mahkûmiyetinin, *"büyük ölçüde"* gizli ifadelere dayanmakla birlikte, gizli tanıkların beyanlarının mahkemece diğer delillerle de desteklendiğini tespit etmiştir. Bu deliller arasında banka soyguncularını takip eden ve onları durdurmaya çalışan polis memurlarının beyanları, suçta kullanılan nakil araçları ve suç silahlarının kriminal teknik araştırmaları bulunmaktadır. Bu karar göstermektedir ki gizli tanıkların ispat gücü gittikçe azalmaktadır. Gizli tanıkların aleyhe tanıklık yapmalarına verilen değer, kimlikleri ortaya konulmasına bağlıdır. Bildirdikleri bilginin eksiklikleri sadece diğer delillerin ikamesi yoluyla elde edilen resimle giderilebilir. Bu kısaca şu şekilde ifade edilebilir. *"Bir failin suçunun ispatının bedeli, tanığın kimliğinin açıklanmasıdır."*[35].

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin (2005) 9 no.lu Tavsiye Kararı'nın 21. maddesinde, mahkumiyet hükmünün sadece veya büyük ölçüde gizli tanığın ifadesine bir bakıma gizli tanık tarafından sağlanan delillere dayanamayacağı belirtilmiştir[36]. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, mahkumiyet sadece ve büyük ölçüde gizli tanık beyanına dayanamaz[37]. Sadece gizli tanık anlatımına dayanılarak mahkûmiyet kararı verilemeyeceği göz önüne alındığında AİHM'e göre ceza yargılamasında gizli tanık ifadeleri *"beyan delili"* olmaktan çıkmaktadır. Mahkûmiyette başka delillerin yanında kullanılabilecek yan delil olabileceği nazara alındığına ise bu delilin *"belirti delili"* olarak nitelendirilmesini gerektirmektedir[38].

---

33 Bkz. İnceoğlu Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, İstanbul 2002, 293.

34 Windisch /Avusturya kararı, para. 28

35 Renzikowski, 266, 280.

36 Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin R (97) 13 no.lu Tavsiye Kararı'nın 13. maddesine göre de; "Gizli tanıklığa izin verilmesi halinde, mahkûmiyet yalnızca veya büyük ölçüde bu tanıkların verdiği ifadelere dayanmamalıdır.".

37 Van Mechelen ve diğerler/Hollanda Kararı, para. 54-55; Krasniki/Çek Cumhuriyeti kararı, para.76.

38 Aktan Hamdi Yaver, "AİHM Kararlarında Gizli Tanıklık", http://www.cumhuriyet.com.tr/?hn=120874

III. SONUÇ

– Ceza muhakemesinde her delil mahkemenin maddi gerçeğe ulaşılmasına hizmet eder. Ceza muhakemesinde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin sanığa ve tanığa tanıdığı haklar korunmalı, yararlar arasında bir denge sağlanmalıdır. Bu bakımdan sanığın yararı hakkaniyete uygun, aleni ve silahların eşitliği ilkesi gözetilerek yapılan yargılamayı gerektirirken, tanığın yararı da yaşamının, kişi özgürlüğü ve güvenliği ile özel hayatının korunmasını gerektirir.

– Ciddi suçlar söz konusu olduğunda tanığın tanıklık yapmasını sağlayabilmek için, tanığın korunması kapsamında tanığın kimliğinin gizli tutulması ve tanığın duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan dinlenmesi ya da ses veya görüntüsünün değiştirilerek özel ortamda dinlenmesi söz konusu olabilir.

– Avrupa İnsan Hakları Muhakemesi, gizli tanıklık kurumunu Sözleşmenin 6/1 ve 6/3-d maddesi uyarınca değerlendirmektedir. Mahkeme, adil yargılanma ilkesinin, uygun koşullar altında, savunmanın menfaatleri ile ifade vermek üzere çağırılan tanık veya mağdurların menfaatlerinin dengelenmesini gerektirdiğine dikkat çekmektedir. AİHM gizli tanıklık kurumunu, tanığın kimliğinin gizli tutulmasının zorunlu olup olmadığı, gizli tanıklığın savunma hakkını sınırlandırıp sınırlandırmadığı ve gizli tanıklık beyanının kabul edilebilirliliği hususlarını incelemektedir.

– Tanığın kimliğinin bilinmesinin tanık bakımından ciddi bir tehlike yaratması söz konusu olduğunda, tanığın kimliği gizli tutulabilir. Mahkeme, gizli tanıklığın istisnai olarak uygulanması gerektiğine, bu bakımdan tanığa yönelen tehdidin ciddiliğinin ulusal makamlarca araştırılmasının önemine dikkat çekmektedir.

– Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, sadece çok istisnai koşullarda polislerin gizli tanık olarak kullanılması haklı görülebilir.

– Bir kimsenin mahkumiyeti, sadece ve büyük ölçüde gizli tanık beyanına dayanamaz. Sadece gizli tanık anlatımına dayanılarak mahkûmiyet kararı verilemeyeceği göz önüne alındığında, gizli tanık ifadeleri belirti delili olarak nitelendirilmelidir.

– Demokratik bir toplumda adaletin hakkaniyete uygun dağıtılmasının, bir başka deyişle adil yargılanma hakkının arz ettiği önem karşısında, bu hak suçların önlenmesi veya failin cezalandırılmasına feda edilemez.

Yargı Reformu ve Demokrasi

(Halkın Geleceğe ve Yargıya Sahiplenmesi)

*Mustafa T. YÜCEL**

Yargıya Sosyolojik Bakış

"*…Bir anayasa kurmaya çalışan herkesi bekleyen iş, yalnızca, hatta başlıca, kurmak değil, işler durumda sürdürmektir*."

Aristoteles, **Politika**

Hukuk felseficilerine, kendilerinin gördüğü kadar merkezi sorun nedir?" sorulduğunda, Dworkin, *Law's Empire* adlı eserinde, uygulama ve yargıya ilişkin bulunmaktadır. Kuşkusuz, *bir kuralın nasıl çalıştığını bilinceye kadar bir hukuk kuralının ne olduğunu bilemeyiz*. Bu önerme iki odaklıdır: 1) Mahkemelerin/hakimlerin davranışının ne olduğudur? 2) Kuralla insanlara neler yapılmaktadır? Etkileme dolaylı mı/doğrudan mı olmaktadır? Bunların oranları nelerdir? Daha genel bir soru ile hukukun yaşamdaki önemi ve etkileri nelerdir? Hukuk ontolojik varlığı ve yargı mekanizması ile önleyici bir işlev görebilmekte midir? Ülkemizde Yargının biçimselleşme riski ne ölçüdedir? Diğer bir anlatımla, bir hâkimin hukukun tüm biçimsel kurallarını titizlikle uygulaması ve fakat davanın gerçeklerle aydınlatılmasına önem vermemesi ne derece yaygındır? Yargı fazlasıyla kendini göstermesi gereken yerde var mıdır? Etken yargısal konumda olan C. Savcılarına özgü bu sorunun yanıtı nedir? Kimler için var? Kimler için yoktur? Lockheed ve Susurluk? İşte yargının kalitesine odaklanan bu sorular, yargının yokluğunda demokrasinin boş bir vaat olduğuna; meslek etiğini içselleştirmemiş hukukçuların yetersiz olacağına işaret etmektedir. Demokrasi, özgürlük, eşitlik ve adillik taahhüdü olup, bu niteliklerin bilişimiyle adalete dönüşüm sağlanmakla toplumsal yaşam ve insanlığın geleceğinin güvence altına alınacağı unutulmamalıdır.

---

* Doç. Dr., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Ana Bilim Dalı Başkanı.

Demokratik geçiş, sosyo-politik ve legal bir süreçtir. Halkın ve onların temsilcilerinin daha iyi adalet hizmetlerinin verilmesini talep etmesi, legal enformasyonun yayılması, hukuki okur-yazarlık/hukuk bilinci ve sosyal hesap verilirlilik üzerine odaklanılması söz konusudur. Bu bağlamda, bu alanlardan bazılarının, yargı reform sürecini içermek üzere kavramsal veya normatif yönleri irdelenmelidir. Yargı reformu, ekonomik, siyasi ve idari kalkınma sürecinin entegral bir kısmıdır. Ekonomik ve sosyal kalkınma dinamizmi yargının etkinliği ile hukuk devletine (*rule of law*) saygınlık ortamında söz konusu olacaktır. Bu bir hukuk sosyolojisi *dictumu'*dur. Yargı reformu yalnızca halkın sahipleneceği bir konu olmak ötesinde iş ve yatırım güvencesi sağlamak açısından yerli/yabancı yatırımcıların baskılaması konusudur. Yargı sistemlerine itimat ve güven duygusu[1] artık uluslararası anket ve karşılaştırmalara konu olmakta;[2] yargısal etkinlik[3] demokrasi için amaç değer olmaktadır. Kuşkusuz, halkın yargıya olan güveninin nasıl korunacağı temel bir sorundur. Bu doğrultuda, yargının halka gerçekten bağımsız ve tarafsız olduğu izlenimi verecek biçimde işlevsellik sergilemesi gerekmektedir. Yargıya başvuran vatandaş adaletin sağlanacağından emin olmalıdır. Bu duygunun kamuda yaratılması, savcı ve hâkimlerde doğru zihniyet kalıplarının yer etmesi nedeniyle uzun bir süreci içermektedir. İşte yargı reformu ile yargı bağımsızlığı bağımsız bir kuruluşça periyodik olarak değerlendirilmek

---

1 Yargıya güven için Bkz. S.Kalem ve G.Jahic. **Adalet Gözet-Yargı Sistemi Üzerine Bir İnceleme**, Bilgi Üniversitesi. İst., 2009; "Hâkim ve savcıların yarısına soruşturma" **Hürriyet** (14/11/2009) s.29: *5930 hâkim ve savcı hakkında (toplamın % 54'ü) soruşturma yapıldı. 208 hâkim ve savcı hakkında kovuşturma açıldı. 214 hâkim ve savcı hakkında disiplin işlemi yapıldı."* Ayrıca Bkz. HEUNİ. **Indicators of Public Confidence in the Criminal Justice for Policy Assesment**, Publication series no.59, Helsinki, 2009.

2 Lozan, İsviçre merkezli International Institute for Management Development, 58 ülkeye ait, 327 kategori arasında vatandaşların yargıya olan güveni ve yargısal etkinlik mukayeseli olarak gösterilmektedir. Ayrıca Bkz. **Düzenleyici Etki Analiz Rehberi** İktisadi Kalkınma Vakfı Yayını no.192, İst., 2006.

3 Yargıya özgü zorluklar karşısında halkın adalete olan güven duygusunun sarsılması ve son uçta yitirilmesi riski vardır. Bu durum yakın zamanda tanık olduğumuz bir sosyal gerçekliktir. Evrensel nitelikte adalete özgü temel değerler arasında AİHS'de yer alan "makul süre içinde adil yargılanma hakkı" genel bir bağlam oluşturmaktadır. Kuşkusuz, yargının etkinliği her zaman dile getirildiği gibi yalnızca bütçe olanaklarına indirgenecek bir olgu değildir. Bu konuda kültürel bir bilinç oluşturulması ve gelişen teknik ve teknolojik paralelinde bu bilincin hukuk eğitiminde pekiştirilmesine çaba gösterilmelidir. Nitekim, bazı ülkelerde yerleşik *formal* bir usul kültürü var iken, diğerlerinde dostane çözüm arayışları veya uzlaşmaya başvuru egemen olmuştur. Nitekim Japonya'da yargıya başvuru öncesi dostane çözüm yolu sıkça başvurulan bir yöntem olarak belirmektedir. Ayrıca Bkz. Y. Fidan. "Örgüt Kültürünün Verimlilik Artışına Etkisi" **Verimlilik Dergisi (MPM)** 1996/2, ss.17-30; Bkz.30th Council of Europe Conference of Ministers of Justice (İstanbul, 24-26 Kasım 2010) *Resolution no.1 on a modern, transparent and efficient justice.*

üzere "yargı reform endeksi", "hukuk mesleği reform endeksi" ile "savcılık reform endeksi" geliştirilmelidir.

İşte her işletme gibi yargısal işletmenin de *etkinliği prime* öncelik taşımaktadır. Önemli olan adaleti etkin kılmanın ne olduğudur? Bu sorunun yanıtı şu sorularda saklı bulunmaktadır: Mahkemeye başvuru olanağı olmayan veya karar için uzun yıllar bekleyen veya kesinleşen kararı infaz edilmeyen kişiler için yargının etkinliğinden söz edilebilir mi? *Bağımsız* ve *tarafsız* bir yargıya başvuru, haklarını mahkemede savunu ve hükme bağlama olanağı ve etkili bir infazın yokluğunda hukukun üstünlüğü (*rule of law)* vitrin/ boş/soyut bir kavram olmayacak mıdır? Adillikten yoksun bir yasa, yasa olmadığı gibi adillikten yoksun bir yargılama da yargılama olmayıp; yalnızca yargılama benzeri olacaktır.

Jürili yargılama sistemi

Zaman zaman ülke gündemine gelen jurili yargılamaya bakıldığında, adil yargılanma için juri gerekli midir? sorusunu sorduğumuzda, çoğu demok- ratik ülkelerde jurili yargılamanın olmadığı görülecektir. Bu durum acaba onların daha az demokratik olmalarından mı kaynaklanmaktadır? Bilindiği üzere, juri kararlarında mantıklı gerekçe yoktur. Hele çok girift ekonomik suçlarda özgür-bağımsız karar vermeleri şansı çok az bulunmaktadır. Öte yandan, jurili ceza yargısına ABD'de bakıldığından davaların %9'nin *plea bargaining* denilen itiraf pazarlığı ile karara bağlandığı ve bununda adli hatalara gebe bir yaklaşım olduğu unutulmamalıdır. Bu konuda en rasyonel yaklaşım sisteme kısmen da olsa demokrasi ruhunu aşılamak/kamu oyunu yansıtmak üzere meslekten hâkimler yanında sivil/ gönüllü hâkimlere yer verilmesidir. Bu bir bakıma yoğun ölçüde bilirkişiye başvuru geleneği ve kültürünü değiştirmek için bir başlangıçta olabilir. Nitekim, Almanya(önemli suçların yargılan- masında ikisi hâkim altısı sivil olmak üzere, ayrıca ticaret mahkemeleri, patent ve iş mahkemelerinde görev almaktadırlar), İtalya(zirai davalarda, üçü hâkim, ikisi sivil; ufak mahkemelerde, üç hakim, iki sivil, psikolog ve benzeri yer alırken; istinaf mahkemelerinde de sivillere yer verilmekte, temyiz mahkemesi yalnızca profesyonel hâkimlerden oluşmaktadır.), İsveç(üç hâkim ile dört sivil hâkimin yer aldığı, kadı adaletinde olduğu gibi yatay yargılama sisteminin egemen olduğu), İsviçre, İngiltere, Japonya ve Norveç gibi ülkelerde sivil hâkimlere (*lay judges*) sistemde yer verilmiştir. Ülkemiz açısından Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmesine kadar İş Mahkemelerinde siviller yer almakta idi. Yeni Anayasa projelerinin gündeme getirildiği günümüzde buna olanak sağlayıcı düzenlemenin getirilmesi düşünülmelidir. Yargılamada en can alıcı parametre *olguların* saptanmasıdır:Ceza yargılamalarında %90, hukukta ise %70'inde hukuka ilişkin soruların ana mesele değildir. Ceza yargılamasında can alıcı

soru: "*Oldu mu?* veya *olmadı mı?"* şeklinde olgu saptanmasına ("maddi vakıa"), hukukta ise "yaşam olayı" nı saptamaya yöneliktir. Bu saptamayı yapabilmek için hukukçu olmaya da gerek yoktur. Yalnızca saptanan olaya hukuki tanı koyabilmek açısından hukuk bilgisi gereklidir. Bu bağlamda, son zamanlarda eksikliğine tanık olduğumuz yargıda "merhamet"in rol ve işlevine tanık olabiliriz. Kastedilen salt duygusallık olmayıp, insan aklını göreve çağıran, ona ışık veren; kanunlara karşı gelen değil, onları yumuşatan bir duygudur. Katı legalizm (*wooden legalism)* hukuka ne kadar ters ise, aptallık derecesine varan duygusallık ta merhamete o derece terstir. Modern demokrasilerde geliştirilmesine gereksinme duyulan, *ne merhametsiz yargı ve ne de yargısız merhamet olmayıp*; yargılamada merhametin devamlı ve akıllıca kullanılmasıdır.

Kültürel Kalıplar ve Yargılama

Yargılama sürecinde yer alan aktörler, hâkimler, taraflar, avukatlar ile yardımcı personelden oluşmaktadır. Bu kişiler, ne soyut yaratıklar ve ne de benzer mekanik kuklalardır. Her biri kendi bireysel ve sosyal dünyasında, duygu, düşünce, ilgi alanları, alışkanlıkları (bazen de kötü alışkanlıkları) ve ön yargıları olan kişilerdir. İronik bir ifadeyle, hâkimin kararını etkileyenler arasında o sabah kahvaltıda yedikleri de vardır (Türkbağ:2009:95). İşte tüm bu kişilerin ilişkileri ile oluşan ve her adliyeye özgü olan "*adliye kültürü*"[4] zaman zaman sorun kaynağı olabilmekte; yargılama sürecini etkileyerek yargılama hızını yükseltebilmekte(!) veya yavaşlatabilmektedir. Bu durumda, yargının uygun işleyişinde, *de-facto* uygulama, yasalardan daha önemli olmakta; usul hukukunda seçenek ve takdire yer veren fırsatlardan yararlanan aktörler, norm uygulamayı, amaçlananın tam tersi istikamete yöneltmekte veya deforme edebilmektedirler. İşte aktörlerce sistemde sergilenen bu durum, mükemmel detay çalışmalarına karşın adalet sarayı mimarı projesindeki, irrasyonel rüzgarların girmesine olanak veren, açık pencerelerdir. Bu pencereler nedeniyle Hukuk Usulü 30 kez, Ceza Usulü de 28 kez tadilat görmüştür.[5] Ceza usulü bakımından bu tadilatlar yeterli görülmeyerek yeni bir *CMK* 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe konulmuş;[6] hukuk usulünün de aynı gerekçeyle yenilerek 1/10/2011 tarihinde yürürlüğe girecektir.

---

4 Bkz.Y.Fidan. "Örgüt Kültürünün Verimlilik Artışına Etkisi" **Verimlilik Dergisi (MPM)** 1996/2, ss.17-30.

5 Kanunun 435. maddesinden 244'ü(% 56'sı) defalarca değişikliğe uğramıştır. Bu değişikliklerin hedefi akrep ve yelkovanın doğru çalışmasından ziyade hızlı çalıştırılması olmuştur. Bkz. C.Çicek 'Kanun Yapmayı Bilmiyoruz" *Kanun Yapım Sempozyumu* **Hürriyet** (16/01/2011) s.17.

6 Kritiği için bkz. M.T.Yücel. "Yeni CMK ve Sosyal Çıkmazlar" **TBD** Mart-Nisan 2005; S.Selçuk. "Adalet Reformundan Önce Uygulama İyileştirilmelidir" **Yargıtay Dergisi** C.28, S.1-2, 2002, ss.5-38.

Öncelikle yargı reformu bir kalkınma meselesi olarak stratejik bir anlam kazanmalı ve yargı reformuna sistematik bir yaklaşım veya en azından operasyonal bir plan kurgulanmalıdır. Diğer bir anlatımla, yargı reformu ülke kalkınmasına ilişkilendirildiğinde, yargı reformuna sistematik ve uzun soluklu bir angajman temin edebilir. Yargı reformu iyi bir yönetişimi destekleyen hukuk ve siyaset reformunun önemli bir eşiğidir. Unutulmamalıdır ki, *adalet*, *güvenlik* ve *müşterek iyilik*, hukuk üzerinde, tam bir uyum içinde değil, fakat yaşayan bir antinomi içinde, bir tür "*condominium*" oluştururlar. Bu değerlerden herhangi birinin diğerlerine üstünlüğü, Kelsen vari temel bir normla (*basic norm*) belirlenemez. Siyaset tarihinde bu üstünlüğün yalnızca egemen rejim hükmü ile belirdiğine tanık olunmuştur: "Polis devleti" müşterek iyiliğe, "doğal hukuk" adalete, "pozitivizm"de güvenliğe üstünlük tanımıştır. Günümüzde, bu parametrik değerler arasında dengeli bir uyum sağlanması ancak ve ancak demokratik hukuk devletinde, halkın *watch dog*'luğu sayesinde söz konusu olabilirse de, 11 Eylül saldırıları ardından olağanüstü uygula- maların olağan hale geldiği ABD'de hukuk alanında da olağanüstü uygulamaların olağanlaştığına tanık olduk.[7]

Yargı Reformu

Yargı reformu öyle kurgulanmalıdır ki; sonuçları ilgili ve ölçülebilir, tasarım planında yer alan hususlar arasındaki nedensel bağlantılar mantıksal bir açıklamaya açık, planın icrası sırasında elde edilecek verilerin toplanması ve böylece sonuçların dökümante edilmesi ön görülmelidir. *Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Daire Başkanlığı* bu konuda çok önemli bir işlev görebilirse de, bu işlev görülüyor mu sorusunun gündeme getirilmelidir. Bu noktada, analiz ve sorgulayıcı nitelikte kendini adamış özel yetenekli fazlaca insana gereksine olduğu; bunların hâkim sınıfından da olması gerekli değildir. Kuşkusuz, bu konuda önemli bir engel hâkimlerin kendi dışındakiler dışlayıcı bakış açılarıdır. Bu konuda uzun soluklu bir uğraş gerekmektedir: İlk önce 1978 yıllarında cezaevlerinde başlattığım ve 2005 yılı sonrası yargı sistemine giren sosyal hizmet uzmanı/psikologlarla Çin settinde çatlaklara tanık olunmakta ise de, kat edilecek uzunca bir yol olduğu bilinmelidir.

Yargı reformu bağlamında hukuk yargısı ile ceza yargısı yer almaktadır. Sorun bunlardan hangisine öncelik verilmesidir. İlk bakışta insan hakları ihlallerinin yoğun yaşanabildiği, bunlardan sistemdeki ajanların (örneğin kolluk güçleri/savcıların) sorumlu olduğu; özellikle ceza yargısındaki beraat oranı ile buharlaşmanın yoğun olması, suç patlamalarının yerli/yabancı yatırımlar için öcü nitelikte olması göz önüne alınarak ceza yargısına öncelik

---

7 Bkz.J.C.Paye. **Hukuk Devletinin Sonu** (Çev.D.Lüküslü) İmge Kitabevi.

düşünülebilirse de, hukuk yargısındaki süratte hak ihlalleri için proaktif bir işlev görmesini sağlamak bakımından önemli olduğundan her ikisinin eş zamanlı olarak ele alınması gereklidir.

Hukuk usulündeki teorik/kuramsal oluşumlar adaletin gerçekleşmesine yardımcı oluyor mu? Mahkeme kararları gerçekte usuldeki rafine kavramlar sonucu daha mı adil olmaktadır? Diğer bir anlatımla,yargılama süreci, gerçekten bilim adamlarının eserlerinde işlediği üzere, mantıksal soyutlamalardan üretilmiş kesin sonuç sağlayıcı vasıtalar silsilesi midir? Hukuk yargılamasına, hâkimin hakemliği mi, yoksa ceza yargılamasında olduğu gibi hâkimin resen yargılamayı yönlendirmesi (hâkimin aktifliği) mi egemen olmalıdır? Hukuk usulü için yapılacak çalışmalarda temel alınacak kavram ve ilkelerin sosyo-kültürel boyutu nelerdir? Bu ve diğer soruların, kuşkusuz, sistem analizlerine dayalı, adliye kültürü temelli, *multi-disipliner* nitelikli araştırmalarla yanıtlandırılması ilkesi artık benimsenmelidir. Hukukçular ve bilim adamları, pragmatik bir yaklaşımla, enerjilerini artık adaletin gerçekleşmesi ve adalete susamış insanların hizmetine sunmalıdırlar. Bilinmelidir ki, hukuk yargılaması, hâkimler, taraflar ve tutanak katibinden oluşan aktörleriyle diyalektik bir süreç olup; bu kişiler, ne soyut yaratıklar ve ne de birbirine benzer mekanik kuklalardır. Her biri kendi bireysel ve sosyal dünyasında, duyguları, ilgileri, görüşleri/ön yargıları ve alışkanlıkları, bazen kötü alışkanlıkları olan kişilerdir. İşte bu kötü alışkanlıklar adli kültürün bir parçası olarak yer ettiğinde *yargılama sendromuna* tanık olunacaktır.[8] Bu bağlamda, alışkanlık/görenek diye de adlandırılan uygulamaların yargılama sürecinin yavaşlamasındaki payı düşünülenden oldukça fazla olmaktadır. Gerçekte, yargılama sürecinin fizyonomisi hukuk usulü normlarından ziyade onu uygulayanların tutum ve davranışlarıyla şekillenmektedir. Bu teorik yaklaşım karşısında, mahkemenin karara varabilmesi için

---

8 Hukuk Kurultayı'nda (8-11 Ocak 2008, Ankara) bir hâkimin *Hukuk Usulü Atölye Çalışmasında* tanık olduğum izlenimlerini sizlerle paylaşmak istiyorum: Meslektaşlarda 1) Duyarlık kaybı yanında 2) Sorgulama bilincinin yeterince gelişmemiş olmasıdır. Size somut bir örnek vermek gerekirse, mahkeme hâkiminin izinli olması üzerine yerine bakan bir hâkimden bir tedbir istemi izinli hakim baksın denilerek dört gün bekletilmiş: ve kendisinin ileri sorumlu tutulmaması için de havale tarihi bile konulmaması karşısında avukatın hiç tepki göstermemesi bu türdendir.Adil yargılanma ancak diyalektik bir etkileşim ortamında yürütülmelidir. Aksi halde, tarafların ve aktörlerin eşit konumundan ziyade tabiilik durumu söz konusu olacak; düşünme ve eylem aktörlerden yalnızca aktif tarafa özgü olacak; ve *yargısal kölelik* söz konusu olacaktır. Hiç kuşkusuz, dişli avukatlar karşısında hâkimlerde kendilerine çeki düzen vermek ihtiyacını duyacaklardır. Avukatlar *usulü* çok iyi bilmek durumundadır. Yoksa el yordamı/ödünç bilgilerle yargılama haritasında yol almaya çalışacaktır. Kuşkusuz, usule ve etik kurallara saygı hukuka saygı olarak değerlendirilmelidir. Ayrıca Bkz. S. Selçuk. **CMUK Sempozyumu** (9 Nisan 1999-İstanbul) Marmara Üniversitesi, İnsan Hakları, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi, İst., 1999, s. 29.

gerekli kanıtların sunulması ve tartışılması, tanıkların dinlenmesi bakımından her iki taraf eşit haklara *de facto* sahip midir? Mahkemece ispat konusuyla ilgili olarak taraflara eşit/ayrımsız davranılmakta mıdır?

Özetle, yasa metni yargılama açısından belli bir çerçeve sağlamadan biraz fazlasını ifade etmekte ise de, yargılama portresi, renkleri, hafif tonları ve gölgesi ile görenek ve uygulama ürünü olarak (P. Calamandrei) sosyal psikoloji konusu olmaktadır.[9]

Yalnız, ceza yargısı reformu, hukuk yargısı reformundan daha belirgindir. Legal çerçevesi daha basit ve iyi performans bulgularını elde etmek daha kolaydır. Hukuk yargısı açısından standart yapıtsal reformlar (kolluk veya yargının profesyonelleşmesi) ile sonuçları (daha az insan hakları suiistimalleri, az suç işlenmesi) arasında sonuç alınmamış tartışmalar süregelmekte iken, ceza adaleti alanında etki-tepki ilişkilerini görmek ve izlemen daha kolaydır. Öte yandan, ceza adaleti reform sürecinde çeşitli yapıtsal aktörler yer aldığı, güçlü menfaatler söz konusu ve etkili bir reformu kurgulamak için özel bilgiye gereksinme duyulduğu için daha fazla zorluk sergilemektedir. Yalnız, sektör dışı yetkin siviller kolluk reformuna giriştiklerinde veya hiç dosya tozu solumamış akademisyenler usul yasaları yazdıklarında elde edilen sonuçlar kayda değer olmamış ve reformun imkansız olduğu konusunda da bir izlenim yaratmıştır. Sorunun türevlerden ziyade kaynak sorunlara eğilmek olduğu göz önünde tutulmalı ve sistematik bir yaklaşım sergilenmelidir.

Ceza adaleti reform sorunu tüm ülkeler için geçerlidir: Yeni suç türleri, eskimiş yasalar ve usuller, adil yargılama ile hukuk ve düzen amaçları mahkemeler ve diğer aktörler arasındaki yetersiz işbirliğine her ülkede tanık olunmaktadır. Kuşkusuz, bu sorunlarla baş etmek kalkınmakta ve geçiş sürecindeki ülkelerde, özellikle iyi eğitim görmemiş hâkimler, kolluk görevlileri ve savcılar;[10] zaman ve anlamını yitirmiş yapıtsal yönergeler, yetersiz kaynaklar, yoğun politik müdahaleler, sistemin siyasal rakipleriyle mücadele için kullanımı ve yolsuzluk gibi faktörlerin varlığında daha güç ve sancılı olmaktadır. Kuşkusuz, ceza adaleti refor- mundaki zorluklara egemen olan zayıflıklar/engeller de ülkeden ülkeye değişmektedir.

---

9 Yargının Fransa yüzü için Bkz. E.Özkök. "Şüpheliler bekliyor ya ötekiler"; O.Ekşi "Fransa'da bir dava" **Hürriyet** (23/09/2009) s. 17.

10 Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin **Savcılığın Ceza Adalet Sistemi İçindeki Rolüne** dair (2000) 19 sayılı tavsiye kararı Bkz. M.T. YÜCEL. **Türkiye'de Yargının Etkinliği** TBB Ank., 2008, s. 287: iddianamesi ile taraf olduğunu sergileyen Savcının karar merciinden ayrılması kaçınılmaz olmuştur. CMK 170-171. maddelerindeki "yeterli şüphe", " yeterli kanıt" olarak değiştirilmeli; ilk etapta beraat etmesine kesin gözle bakılan sanıklar için artık kamu davası açılmamalıdır. Ayrıca Bkz. S.Dönmezer ve F.Yenisey. **Ceza Adalet Sisteminin Etkinliği** 1998, TESEV, İst., 2000.

Suçlulukla savaşım için ihtiyaç duyulan stratejik bir *eylem planı*dır. Bu doğrultuda adaletin gereği olan *yargılı infaz*, hukukun üstünlüğü ve kamu düzeni açısından gereklidir. Yargılı infazın yok olduğu yerde yargısız infazların olması olağandır. Bu bağlamda şu sorular temel niteliklidir: Ceza veremeyen, vatandaşına güven duygusu içinde yaşama hakkı sağlayamayan devlet olur mu? İşte yanıtlarını da beraberinde getiren bu soru çıkmazından hukukun üstünlüğü kadar hukukun etkinliği ile kurtulacağımız bilinmelidir. Hiç kuşkusuz, "hukuk devletinin en önemli bir niteliği *güvenilir olmasıdır*". Ve bu doğrultuda yargı, siyasi iktidarı da kapsamına almaktadır.

Her reformda başarı için koşullandırıcı iki faktör göz önünde bulundurulmalıdır: 1) Çoğulcu yapıtlara özgü aktörler söz konusu olduğundan reform bunlardan birinin göz ardı edilmesine elvermez. Eğer, yalnızca mahkemeler veya yalnızca kolluk geliştirildiğinde, sonuçun hüsran doğrucu bir dengesizlik şeklinde belirecek; neticede reform edilen kısımda yeni kötülükleri cesaretlendirebilecektir. 2) Ceza adaleti sistemi, zincirindeki tüm aktörlerle çalışmak önemli olduğu kadar onlar arasında işbirliğini teşvik etmek te önemlidir. Oyun kurları, kendi sorumlulukları, paylaşılan işlevleri üzerine anlayış birliğinde olmadıklarında, sistem (*break down*) tıkanacaktır. Bu da belli bir miktar müşterek eğitim, kurumlar arası tartışma ve hatta rol oynama eksersizi yeni usullerin oturtulma- sına yardımcı olabilir.

Legal değişime - kurumsal çevre/ler ve yeni kuralları uygulama kapasitesi göz önüne alınarak- gerçekçi bir biçimde yaklaşılmalıdır. Değişim bedeli göz önüne alınarak finans açısından sürdürülebilir olup olmadığı belirlenmelidir. Örneğin etkin bir denetimli serbesti kurumu uygulaması için bu tür bir değerlendirme yapıldı mı? Öte yandan, siyasal muhalefet kayıtları (örgüt içi veya dışından) ve ekonomik bedeli kısa ve orta vadede gerçekleştirilecek esaslı değişiklikleri gerektirebilir.

Temel soru: Ceza adaletinde olası bir reform girişimin minimal koşulları nelerdir? Bir ceza adaleti reform girişimi içinde bulunduğu sektöral çevreyi yadsıyarak ne ölçüde yol alabilir? Suçla mücadele temel amaç olduğuna bu konuda bir ceza adaleti sisteminin getirisinden ne beklenebilir? Anılan reformun başarısı için sektör dışı gerekli siyasetler neler olmalıdır? Ceza adaleti sistemindeki süregelen iş yükü kabarıklığı karşısında ehemmi mühime tercih yolunda kamu güvenliği açısından önemli davalara (davaları önem sırasına birden ona kadar yıldızlayarak) ağırlık ve öncelik verilmesi, sıralamada beş yıldıza kadar olanlara seçenekler sağlanması daha akılcı ve anlamlı olmaz mı? C. Savcılarına kanunilik ilkesi yerine takdirlik ilkesi getirilemez mi? İlk süzgeç işlevi gören kolluk güçlerine bir iki yıldızlı suçlar için İngiltere ve Fransa örneklerinde olduğu "ihtar"(*cautioning*) getirilemez mi? "*Ceza adaleti reformu için en umut verici olan, sistemin ön hattını/girdi kontrolünü sağlayan mahalli kolluk güçleri ile savcılık teşkilatıdır*."

Ceza adaleti reformunda egemen olan postülat onun kapsamlı (*comprehensive*) olmasıdır. Bu bağlamda, reform sürecinin siyasal ekonomisi? Yolsuzluğa boğulan yapıtlarla karşı nasıl bir yaklaşım sergilenecektir? İşlevden yoksun bir yargı sistemi reformu şimdiye kadar sorgulanır bir liderlikten yoksun Adalet Bakanlığına nasıl terk edilebilir? Yargı bağımsızlığına dokunmaksızın reform dışarıdan nasıl empoze edilebilir? Ceza adaleti sistemi kamu sektöründen ayrık olarak ne ölçüde reform edilebilir?

Ceza adaleti, sade vatandaş için görülür ve anlaşılır olduğundan, kapsamlı bir yargı reformu için oradan başlamak daha isabetli olacaktır. Yalnız sistem bağlamındaki işlevsizlikler onun başarısını engelleyebileceği için bazı sistematik değişimlere öncelik tanınması gerekecektir.

2010 yılında toplam ceza fişi sayısı ve bunlardan TCK madde 58 uygulaması yapılan hükümlü sayısı oranı? İngiltere ve Galler'de tüm suçların yarısı eski hükümlülerce işlenmektedir. Cezaevinden tahliye olanların yarısı, kısa süreli hapse hükümlü olanların % 6'sı, bir yıl içinde yeniden mahkum olmaktadırlar. Devletin mükerrir ve itiyadi suçlulara müdahalesi şimdiye kadar anılan ülke başarı olmadığı gibi, minor suçlarda takip edilen hapis cezası da çok pahalı ve başarısız olmuştur. Şu ilkenin (*ultima ratio*) sisteme egemen olması gerekmektedir: *Ceza adaleti ile hapis cezasına en son çare olarak başvurulmasıdır.* Seçenek yöntemler ve yaptırımlar cezaevlerini tehlikeli suçluların tretmanına yoğunlaşması olanağını sağlayacaktır.

Yeni Türk Ceza Kanunu başarısını(!) sergilemek üzere cezaevi nüfusundaki gelişme aşağıda sergilenmektedir:

Yıl	Tutuklu (%)	Hükmen tutuklu	Hükümlü (%)	Toplam (%)	Değişim
2004	27.565(**47.5**)	4.355 (**7.5**)	26.010(**45.0**)	57.930	100
2005	26.425(**47.3**)	4.587 (**8.2**)	24.858(**44.5**)	55.870	96
2006	34.412(**49.0**)	9.529(**13.5**)	26.336 (**37.5**)	70.277	121
2007	38.028(**42.0**)	15.201(**16.7**)	37.608(**41.3**)	90.837	157
2008	40.832(**43.2**)	15.988(**17.0**)	37.584(**39.8**)	94.409	163
2009	41.717 (**35.7**)	18.889(**16.1**)	56.084(**48.0**)	116.690	201
2010	35.631 (**29.4**)	21.159(**17.5)**	63.927(**52.9**)	120.818	208

Makul Süre/Yargılamada Geçikme

Yargıdaki gecikme/mahkeme harçları, yargıya başvuruyu etkilediği kadar *âdil yargılanma* da aynı derecede etkilenmektedir. Yalnız, yargılama giderleri ve "gecikme"nin bu sonuçtaki payı ne orandadır? Bu oranın adalete

başvuruyu engelleyici bir niteliği var mıdır? gibi soruların işaret ettiği üzere bu alandaki sorunlar düşünüldüğü kadar doğrusal nitelikte değildir. Adalete başvuru açısından önemli bir farkın belirmesi için yargılama giderleri ile gecikmenin ne kadar indirilmesi gerektiği de sorunsallığını korumaktadır. Gider/gecikmede çok az bir indirim sağlandığında, önemli ölçüde bir fark olmayacak; yargıya gider veya gecikme nedeniyle başvurmayanlar yine de başvurmayacaklardır. Öte yandan, giderleri ve gecikmeyi önemli ölçüde azaltmanın yargıdaki yansımaları tahmin edilmekte midir? Yargının daha ciddi sorunlarla karşılaşması ve sonuçta gerçek bir değerin yitirilmesi riski de yok mudur?

A.B.D'deki Rand Araştırma Kuruluşunca yapılan araştırmaya göre, davacıların tatmini için ne gider, ne gecikme ve ne de dava sonucunun kritik bir önemi vardır; önemli olan algılanan adilliktir. Davaya taraf olanlar, yargıda gördükleri âdil işlem oranında tatmin olmaktadırlar. İşte bu doğrultuda, taraflar mahkemece verilecek kararı tahmin edebilmelidirler -*hukuk güvenliği*.

"Yargılama hızının, iş yükü, yargılama oranları, girift davalar ile usul hükümlerinden pek etkilenmediği; ve gerçekte yargılamayı hızlandırma için sağlanan -hâkimler, yeni mahkemeler ve yardımcı personel- ek kaynakların ekseriya başarılı bir sonuç sağlamadığı görülmektedir." Öte yandan, usul reformlarıyla yargılama iyice hızlandırıldığında bunun iyi bir şey olacağı nasıl anlaşılmaktadır?

Ülkemizde yargıdaki gecikmenin ne derecede bir sorun olduğu hakkında adalet istatistikleri dışında yapılmış kapsamlı bir araştırma da yoktur. Herkesin gecikmeden şikayetçi olması kadar duruşma hazırlığının da çok iyi yapılması gerektiğini vurguladıkları görülmektedir. Davaların gecikmesi bakımından davalara özgü yoğunluk derecesi konusunda da halka mal olmuş bir bilgi yok denecek derecede ise de, kulaktan kulağa yayılan duyumların sakıncalı bir hal aldığı görülmektedir. Yalnız yıllık adalet sektöründeki tüketici sayısının yaklaşık 15 milyon olduğu (2007) göz önüne alındığında sistemdeki sorunların ve yetersizliklerin hâkime/ yargıya güven ve saygıyı ne derece etkileyeceği kuşkudan uzak bulun- maktadır.

Özel yetkili ACM Savcılıklarında soruşturma süresi 2000 yılında 823 gün iken 2002'de 905, 2006'da 946 güne yükselmiş; takip eden yıllarda inişle 2009 yılında 642 güne inmiştir(!) Diğer Savcılıklarda ise 2000 yılında 185 gün olan süre, 2009 yılında 310 gün olmuştur.

Şimdi ülke gündemine oturan suç türleri itibariyle yargılama temposunu irdeleyelim. 2009 yılı verilerine göre bu yılda karar verilen dosyaların açıldıkları yıllara göre dağılımına aşağıda yer verilmiştir:

Suç türü	TCK Md.	**2005 ve öncesi**	2006	2007	2008	2009
Kamu barışına	213-222	**9,4**	6,7	15,7	25,8	41,1
Anayasal düzene	309-316	**45,1**	5,3	6,5	18,8	24,3

Genelde ceza mahkemelerindeki ortalama yargılama süreleri dağılımı (2009) şöyledir:

Mahkeme türü	**Süre(gün)**
Özel yetkili ACM	347
ACM	270
Asliye CM	290

Yargıtay Başsavcılığı (2000-2009) verilerine göre, 2000 yılında bir dosyanın görülme süresi 266 gün iken bu sürenin azalmaya yöneldiği ve fakat 2006 yılında başlayan artışla (%77,8) 473 güne ulaştığı; aynı sürede çıkan dosyaların gelenlere oranının %50'den %41,7'ye indiği görülmektedir. Benzer gelişme Yargıtay Ceza Genel Kurulu ile Ceza Daireleri için de geçerlidir: Bir dosyanın görülme süresi 2000 yılında 53 gün iken 2009 yılında 399 gün olmuştur. Öte yandan bozma oranı 2000 yılında %26,8 iken, müteakip yıllarda inişli-çıkışlı bir seyirle 2009 yılında %60,5'e yükselmiştir.

Yukarıdaki istatistik verilerin belgelediği bir gerçek, 2004 yılı ve sonrası beliren yeni Türk ceza siyasetinin etkisi uzun yıllar sürecek bir ceza yargısı krizine ülkeyi soktuğu; yargı mekanizmasının işlemesini geçiktirmiş; avukatların ve özellikle de yüklü bir çalışma temposunda boğulan hakimlerin zamanlarını boşa geçirmelerine neden olmuştur.[11]

USUL VE DEMOKRASİ

Demokratik bir ortamdaki adli süreç, eşitler arasında uygar bir tartışma olduğundan, avukatların demokratik hukuk düzeni için anlam ve önemini

---

11 Bkz. T. Ansay. "İyi Kanun-Kötü Kanun" **Güncel Hukuk** Ocak 2011/1-85, ss.10-11; M.T. Yücel. **Yeni Türk Ceza Siyaseti**, İmge, 2011: Gayri ahlaki (*immoral*) değerlen- dirme,eylemin sonucu tahmin edilmesine karşın göz ardı edilmesi *immoral* bir davranıştır. Yeni TCK tasarımcıları ya kriminoloji/penoloji nosyonları ve gerçeklerinden yoksun oldukları için populist bir yaklaşımla cezaları ağırlaştırdılar (2010 yılı Aralık ayı verilerine göre 100.000 nüfustaki oran 165) veya normatif ceza hukuku bilgisi dışında ülke realitesini, mukayeseli ampirik bilgiyi dışlayarak bu yolu seçtiler. Her iki halde davranışları gayri ahlakidir.

algılamak daha kolay olmaktadır. Bu diyalogda hâkimler kadar avukatlar da vazgeçilemez aktörlerdir. Adli sürecin sonucu ve adaletin kaderi, *tartışmanın* dostça ve âdil bir biçimde gelişmesine bağlı bulunmaktadır. Adalet çarkının uygun işleyişi, hukukun anlamlı oluşundan daha çok, hâkimler ve avukatlar arasındaki iyi ilişkilere dayalı bulunmaktadır!

Adli süreçte hâkimler ve avukatlar, birleşik kaplar sistemine benzer bir konumdadırlar. Her iki grup için kültür ve iyi niyet derecesi eş değerde olduğunda, aynı oranda yükselir veya düşerler. İyi hâkimler, iyi avukatların yetişmesini sağlayabileceği gibi tersi oluşumda ayni derecede geçerlidir. Avukatları sevmeyen, saymayan hâkimler kendilerini de sevmiyor, saymıyorlardır. Ayni şekilde kürsünün onuruna saygıda kusur eden avukatlar da Baronun onurunu rencide etmektedirler.

Usul reformunun en büyük engeli genellikle avukatların birbirlerine itimat etmemesi kadar, hâkimlerin de avukatlara; avukatların hâkimlere itimat etmemesidir. Diğer bir anlatımla, *avukatların birbirlerine, avukatlarla hâkimlerin birbirlerine itimat etmeleri usul reformu için en temel parametredir.*

Objektiflik/Tarafsızlık

Kararı verecek makamlar önyargısız ve objektif olabilme koşullarına sahip olabilmelidir (*Bangalor Yargı Etiği*). Yargı görevi tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmelidir. Bir hâkim için en zor olan medyatik bir davada beliren eğilimlerden/önyargılardan kendini soyutlayabilmesidir. Yargılama sistemini test edecek davalar da bu türden olanlardır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/1 maddesine göre "tarafsızlığın" varlığı, öznel bir sınama (belli bir olayda belli bir hâkimin kişisel kanı ve davranışları) ile nesnel bir sınamayla (hiçbir kuşkuya yer vermeksizin hâkime yeterli güvence verilip verilmediği) irdelenerek belirlenmelidir.[12] Savcı ve hâkimlerin tarafsızlığı yalnızca güvence altına alınmakla kalmayarak, makul bir gözlemcinin de görebileceği açıklıkta olmalıdır. Yargılama sürecine egemen olan bu koşullar âdil yargılamanın temel öğelerini oluşturmaktadır. Bu amaç değerleri sağlamak üzere "çapraz sorgulama" ya başvurulması da gerekmektedir.[13] Öte

---

12 N. Centel. **Ceza Muhakemesi Hakkında Hâkimin Tarafsızlığı** İst., 1996, s.30.

13 *Çapraz sorgu***,** gerçeğin keşfi için var olan en güçlü hukuki motordur. İki ucu keskin bir kılıç olan çapraz sorgulamanın amacı 1.İfadeyi nitelendirme veya açıklama; ve 2. Tanık/bilirkişileri, önyargı, tarafgirlik nedeniyle, çürütmektir. Çapraz sorgulamanın ilkeleri ise şöyledir:
1.Esasa girilmesi; 2.Kısa sorular sorulması ve basit kelimeler kullanılması; 3.Yalnızca yönlen- dirici sorular sorulması; 4.Yanıtını bilmediğin sorunun sorulmaması; 5.Yanıtın dinlenmesi; 6.Tanıkla kavgaya girilmemesi;7.Tanığın açıklamasına izin verilmemesi; 8.Direkt sorgulamada ifadenin tekrarına izin verilmemesi; ve

yandan, tüm teknolojik yeniliklerin adalet hizmetine sunulması, "norm x kanıt= karar" işlevsel denkleminde tümden giderilmesi mümkün olmayan *öznelliğin* en aza indirilmesi için dikey denetim kurumları (Yargıtay) ve hizmet içi seminerler bağlamında özel çaba gösterilmelidir. Kuşkusuz, bu çabaların önleyici tedbirlere dönüştürülmesi dava ekonomisi ve verimlilik açısından önemli ise de, aşağıda yıllar itibariyle Yargıtay Dairelerince verilen kararların (%) oransal dağılımı incelendiğinde bu yönün göz ardı edildiği, ilk derece hâkimlerin performansında *sorun* olduğu görülmektedir.[14] Bu saptama özellikle ilk derece ceza mahkemeleri için çok belirgindir. 2008-2009 yıllarındaki bozma oranının %60 / %58,3'ü bulmasındaki en önemli etken ise yeni ceza siyasetine özgü düzenlemelerdir. Aynı etkinin 1973 yılında da gözlenmesinden hiç ders almayan siyaset mimarlarının ne derece ahlaki davrandıkları sorgulanmalıdır.

Ceza Daireleri

Yıl	Çıkan dava	Onama	Bozma	Onama / Bozma	Ret	Geri Çevirme	Diğer
1986	87,809	57.1	33.0	1.0	4.3	1.4	3.2
1990	86,525	56.5	29.8	1.6	4.3	2.6	5.2
1995	108,916	59.5	27.8	1.5	3.3	2.6	5.3
2000	126,695	57.0	25.1	1.7	3.3	2.2	10.7
2008	197,132	19,2	60,0	2,1	5,1	4,2	9,4
2009	217,893	19,5	58,3	2,1	5,2	4,1	10,8

Hukuk Daireleri

Yıl	Çıkan dava	Onama	Bozma	Onama / Bozma	Ret	Geri Çevirme	Diğer
1986	166,521	54.9	18.9	0.4	7.8	7.0	11.0
1990	238,703	58.7	16.4	0.3	8.4	4.5	11.7
1995	294,367	51.2	22.5	0.5	9.8	5.9	10.1
2000	244,978	54.3	16.6	0.4	10.7	6.1	11.9
2008	325,319	49,4	16,0	0,2	12,1	7,3	15,1
2009	334,346	49,1	16,6	0,2	11,3	7,7	15,1

Tüik. *Adalet İstatistikleri*

9.Vurucu darbenin son söze saklanmasıdır.
Çapraz sorgunun türleri ise 1. İşbirlikçi ve 2. Yıkıcı olup, ikinciye birinciden sonra girişilmelidir. Sorulacak sorular ise, "Evet", "Hayır" veya "Bilmiyorum" yanıtını alacak şekilde formüle edilmelidir. Yalancı tanıklık bağlamında ise, 1.Önceki ifadelerdeki tutarsızlıklar 2.Gerçeğe aykırı beyanlar 3.Ahlaki davranışı ve adli siciline ait bilgiler-sahtekarlık,yalan beyan türü suçlar ortaya konulmalı ve özetle tanıkların güvenirliği sorgulanmalıdır.

14 M.T.Yücel. **Türkiye'de Yargının Etkinliği** Ank., 2008.

2009 yılında hukuk dairelerinde aidiyeti nedeniyle İlgili daireye gönderilen dosyaların çıkan işlerdeki oranı % 14,5 i (48607) bulmaktadır. Buna ek olarak ilk derece hukuk mahkemeleri açısında "ret" ve "geri çevirme" oranları toplamının % 19'u bulduğu görülmektedir. Yıllardır süregelen geri çevirme oranı genelde kırtasiyeciliği önleyici etkili bir çözüm getirilemediğinin göstergesidir.

Başarılı hukuk uygulamasının en temel koşulu olan nitelikli hâkim olmazsa olmaz bir gereksinmedir. Bu bağlamda, hâkimler aydın birer kişi olmanın dürüstlüğü içinde ihtiraslarına karşı uyanık olmalı; tarafsızlığın bir hayal, dürüstlüğün ise bir görev olduğu bilinmelidir. Öte yandan, tüm insanların dava öncesi önyargılı olduğu düşüncesinden hareket eden hâkimin tarafsızlık konusunda bilinçli çaba gösterme olasılığı bir diğerinin kürsünün kendisini şaşmaz bir mantıki hakikat organı yapması inancından fazla olacaktır.

Adliyelerin Kapasitesi ve Etkinliği

Yargısal kurum ve birimlerin müdahalesine sıkça başvurulması ve onların gerçek kapasitesinin mevcut iş yüküne orantısız kalması sonucunda yargılamanın uzaması oldukça doğal karşılanmalıdır. Hiç kuşkusuz, yargılama sürecini/süresini etkileyen en önemli parametre "kapasite limitleri"dir. Karayolu örneğinde olduğu gibi kapasite üstü taşıt, trafiği tıkadığı gibi mahkemedeki kapasiteyi fazlaca aşan iş yükü de sistemi tıkanma noktasına getirebilecektir. Bu nedenle, yasaların hazırlanması sürecinde, yargı dışı çözümlere öncelik verilmeli, halkın uyum gösterebilme yeteneği yanında kontrol için yapılması gerekli harcamanın bedeli de göz önünde bulundurulmalıdır.

Bölgelere Göre Hukuk ve
Ceza Davaları **(1994)**

Bölgeler	**Hukuk**	**Ceza**
Marmara	2101	2832
Ege	2357	3112
Akdeniz	1562	1790
İç Anadolu	2074	2403
Karadeniz	1547	1435
Doğu Anadolu	741	774
Güneydoğu	920	1069

Hukuk davalarının (örneğin gayrimenkulun aynına ilişkin davalar ile tedbir kararları, makul sürede bitirilemeyen, psiko-sosyal gerilimi fazla olan

davaların ceza adaleti için yeni işler yarattığı gibi ceza davalarının da (örneğin adam öldürme/yaralama) hukuk davaları doğurduğuna tanık olunmaktadır. Özetle hukuk ve ceza davaları karşılıklı etkileşim içindedirler.

İşte, genelde mahkemeler ve özelde hukuk mahkemelerindeki etkinliğin toplumsal düzeni sağlamadaki işlevi çok önemlidir. Ne var ki, yıllar itibariyle ilamlı takip oranındaki düşüşler ve diğer göstergeler, hukuk mahkemelerinin etkinliği konusunda iyimser bir tablo sergilememektedir. Anılan ilişkinin ne derece ciddi olabileceğini sergilemek üzere aşağıdaki gazete haberine yer verilmiştir:

> "**Kan Davası- Barıştılar**
>
> *Şanlıurfa'da O. ve D. aileleri arasında 15 yıl önce bir arazi anlaşmazlığı yüzünden başlayan kan davası barışla noktalandı. Komşu köylerde oturan iki ailenin davasında, her İki taraftan toplam 3 kişi öldü. 6 kişi yaralandı. O. ve D. aileleri Birecik'te devlet görevlilerinin girişimleriyle barıştılar*." (**Sabah**, 1/06/1996, s.5)

Özel yasa kapsamına giren suçların çokça işlenmesi halinde, yargılamanın makul süre içerisinde sonuçlandırılması (makul süre/özel bir davadaki gecikmenin önlenmesi) mümkün olamamaktadır. Sonuçta işlenen suçların çoğu, aşağıdaki tabloda görüleceği üzere, zamanaşımı nedeniyle cezasız kalmakta (2009 yılında ceza adaleti sistemindeki toplam düşme karar sayısı 833,144); öte yandan,suçun işlendiği tarih ile hükmün verildiği tarih arasında geçen sürenin uzunluğu sonucu hukukun etkinliği de aşınmaktadır. Hazırlık soruşturmalarında da insan hakları ihlallerine yol açılması nedeniyle Ülkemiz Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince yüksek miktarlarda tazminat ödemeye mahkum edilmektedir.[15]

---

15 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Cumhuriyet savcılarının hazırlık soruşturmalarında noksanlıklara yol açmalarını insan haklarının ihlali olarak kabul edip, Ülkemizi yüksek miktarlarda tazminat ödemeye mahkum etmektedir. Özellikle, Cumhuriyet savcıları tarafından;
1) Güvenlik güçleri hakkında kötü muamele ihbarlarına ilişkin olaylarda, suç mağdurlarının ifadelerinin alınmadığı, kötü muamele iddia ve emarelerine gerekli dikkat ve özenin gösterilmediği, kolluk ile ilgili şikayet veya soruşturmaların yeterince aydınlatılmadan sonuçlandırıldığı,
2) Hazırlık soruşturulmalarında gerekli araştırmanın süratle yapılmayıp, olayla ilgili müşteki, mağdur ve tanık ifadelerinin saptanmasında gecikmelere yol açıldığı, bilgi sahibi olmayan kişilerin imzaladığı tutanakların yasal işlemlere dayanak yapıldığı,
3) Gözaltı kayıtlarının incelenmediği, gözaltındaki şahısların yetersiz olan muayene ve doktor raporları ile yetinildiği, güvenlik güçlerince kendilerine sunulan belgelerdeki çelişkiler, tutarsızlık ve boşluklar konusunda yeterli araştırma yapılmadığı, olayla ilgili kollukça düzenlenen tutanaklardaki eksiklerin giderilmediği ve olay yeri fotoğraflarının çektirilmediği,

Kuşkusuz, suç karşısında hiçbir müdahalenin olmaması halinde de etki kaybı oldukça fazla olmaktadır. Burada söz konusu olan özellikle karanlıkta kalan/faili meçhul suçlardır. İşlenen suçların çoğu faili meçhul kaldığında yasanın etkinliği de o derece zayıflamaktadır. Bu olguların sayısal profilini sergilemek üzere "faili meçhul" (1993-2009) ile "düşme kararları" (1986-2008) oranlarına aşağıdaki tablolarda yer verilmiştir.

Hazırlık Soruşturmasında Faili Meçhul Dosyalar

Yıl	Toplam (**A**)*	Çıkanlar				Faili Meçhul dosya (%)	Faili bulunma **B/A** (%)
		Faili bulunan (**B**)	**Zaman aşımı**	Toplam (**C**)	Kalan **A-C**		
1993	31,8236	5,841	**55,940**	61,781	256,455	17.7	1.8
1994	37,0633	4,350	**54,614**	58,964	311,669	18.6	1.2
1995	45,6766	8,485	**71,843**	80,328	376,438	23.6	1.8
1996	52,3702	7,456	**71,878**	79,334	444,368	25.0	1.4
1997	65,3558	11,194	**96,957**	108,151	545,407	28.1	1.7
1998	70,2022	6,765	**101,770**	107,770	594,252	27.2	1.0
1999	74,1029	6,660	**96,853**	103,513	673,516	27.4	0.9
2000	79,0673	7,422	**117,941**	125,363	665,310	29.4	0.9
2007	2,149,984	8,642	**238,695**	247,337	1,902,647	39,5	0,9
2008	2,282,465	9,943	**244,686**	254,629	2,027,836	40,6	0,4
2009	2,447,003	4,259	**419,952**	472,607	1,974,396	40,6	0,1

A*: Yılı içinde oluşan ve geçen yıllardan kalanı içermektedir.

2000 yılına kadar yükselme trendi sergileyen faili meçhul dosya sayısı, bu trendi izleyerek 2009 yılında %46,6'ya yükselmiştir. CMK 250. madde ile görevli ACM savcılıklarındaki faili meçhul dosyalardaki oran 2000 yılında %64,3 iken azalma ile 2009 yılında yine ciddi bir oran olarak %47'i bulmuştur.

---

4) Otopsi tutanaklarının gerekli ayrıntıyı içermediği, otopsi fotoğraflarının çektirilmesinde fazla duyarlı davranılmadığı,

5) Gerekli deliller toplanmadan takipsizlik ve yetkisizlik kararları verildiği, dilekçe sahiplerine ve suçtan zarar görenlere soruşturma sonuçlarının bildirilmediği belirtilerek, bu ve benzeri insan haklarının ihlali olarak nitelendirilmektedir (Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü 01/01/2006 tarih ve 4 sayılı **Genelgesi**).

İlk Derece Mahkemelerince Verilen Düşme Kararlar

1986-2009					
Yıllar	**Karar Sayısı**	**D**	**Düşme**	**%**	**D**
1986	1,097,794	100	114,838	10.5	100
1987	1,173,763	107	141,123	12.0	123
1988	1,297,992	118	146,987	11.3	128
1989	85,1736	78	225,537	25.9	192
1990	876,057	80	148,554	17.0	129
1991	999,148	91	172,237	17.2	150
1992	1,042,969	95	201,051	19.3	175
1993	1,081,026	98	204,907	19.0	178
1994	1,221,411	111	241,177	19.7	210
1995	1,226,092	112	245,224	20.0	214
1996	1,198,608	109	223,524	18.6	195
1997	1,183,859	108	234,337	20.0	204
1998	133,7820	122	25,6441	19.2	223
1999	1,533,159	140	30,3349	19.8	264
2000	1,683,056	153	36,5174	21.7	318
2006	2,041,259	185	58,267	2.8	50
2008	1,848,906	168	550,726	29.7	479
2009	2,915,644	265	398,401	13,6	346

Yargıtay Ceza Dairelerince Verilen Düşme Kararları

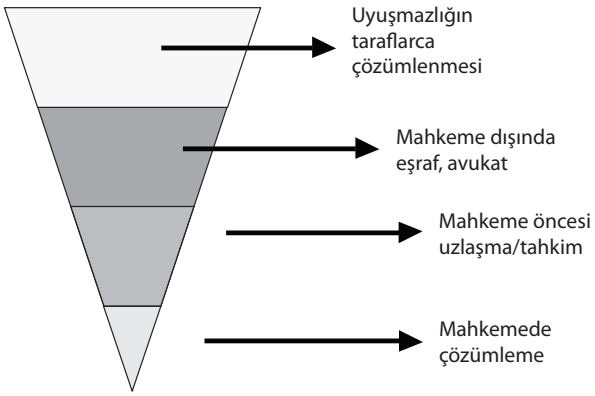
Yıllar	**Düşme**	**%**	D
1986	316	0.4	100
1987	1216	1.2	385
1988	1871	2.0	592
1989	960	1.1	304
1990	1606	1.9	508
1991	1415	1.5	448
1992	2895	2.8	916
1993	440	0.4	139
1994	2917	2.5	923
1995	4439	4.1	1405
1996	4316	3.8	1366
1997	4010	3.2	1269
1998	3809	3.1	1205
1999	6694	5.3	2118
2000	10728	8.5	3395
Toplam	**47.629**		**2000'e göre**
2008	**12348**	**6.3**	**115**
2009	**14791**	**6.8**	**138**

D= Değişim

Ne var ki, her adli sistemin, işlenen tüm suçların saptanmadığı, kolluk güçleri/adliyeye intikal ettirilmediği varsayımına dayalı olduğu göz ardı edilmemelidir. Aksi hal gerçekleştiğinde, tüm suçlar saptanıp, ceza adaleti süreci çalıştırıldığında, kolluk ve adliyenin iş yükü altında çökeceği veya sistem için yapılacak harcamalar tutarı sonuçta elde edilecek yararı sıfırlayacaktır. Bu nedenle, suç olmaktan çıkarılma ve idari para cezasına dönüştürülme süreci dinamik bir nitelik kazanmalıdır. Ayıklama işlemi, kuşkusuz, özel hukuk ihtilafları için de geçerlidir. Gerçekte, ihtilaf konusu işlemlerin tüm işlemlere oranının oldukça minimal olduğu görülmektedir.

Hukuk Davaları

İhtilafların çözümü için yargıya en son çare olarak başvurulması gerekirken, kültürümüzde yargı ilk akla gelmekte; adliyeler tüketicilerle dolup taşmaktadır. Gerçekte olması gereken aşağıdaki ters üçgende olduğu gibi mahkemede çözümlenecek dava sayısı minimal ölçüde olmalıdır.



İşte, özel hukuk ihtilaflarına özgü yukarıdaki şekilde görülen "çözümleme modeli" rasyonel bir ayıklama iken, *de facto* görüntü hiçbir geometrik şekle uygun değildir.Gerçekte bu şekildeki süzgeçleme sonrası mahkeme- ye gelecek (aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar dışında kalan) iş sayısının tüm uyuşmazlıkların %1'inden fazla olmaması arzulanmakta[16] ise de, kültürümüze özgü, "seni mahkemelerde sürüm sürüm sürdüreceğim" tehdidi süzgeci işlevsiz hale getirmektedir.

---

16 Ayrıca bk. R. Wasilewski. **Streitverhütung durch Rechtsanwalte,** Köln, 1990, pp.80-90; Bkz. M.T. Yücel. Hukuk Sosyolojisi, 200 Ank, 2008:Adli Sistem-Kavramsal Modeller Bölümü.

Hukuk davalarında, dava türleri oransal dağılımına bakıldığında (2009),

Dava türü	**%**
Veraset	21,9
Boşanma	10,8
Nüfus	3,4
Kiralananın tahliyesi	2,4
Kadastro	2,1
Tespit	2,3
Nafaka	1,3

Davaların çoğu incir çekirdeğini doldurmayan türden olup; bu dava türleri arasında "çetin dava" diyebileceğimiz dava sayısı minimal ölçüde olduğu görülecektir.[17]

Bazı mahkeme türleri bakımından ilk derecede ortalama yargılama süresi(gün) dağılımı şöyledir:

Yıl	**Asliye**	**Asliye Tic.**	**İş**	**Kadastro**
2000	241	372	274	590
2001	241	383	284	551
2002	242	434	312	468
2003	240	417	322	450
2004	257	376	329	441
2005	279	403	358	332
2006	274	406	397	340
2007	289	410	441	363
2008	305	434	471	503
2009	292	424	436	617

Tablonun sergilediği üzere, mahkeme türlerinden İş (%59), Asliye (%21), Asliye Ticaret (%13)ve Kadastro mahkemelerinde (%5) yargılama süresin- de artışa tanık olunduğu ve bu durumun aşağıdaki tabloda yer alan verilerle bir kez daha kanıtlandığı görülmektedir.

Aynı tür hukuk mahkemelerinde 2009 yılında karara bağlanan davaların açılış yıllarına göre (%) dağılımına aşağıdaki tabloda yer verilmiştir.

Mahkeme	2005/öncesi	2006	2007	2008	2009
Asliye	3,4	3,1	8,0	31,1	52,1
Asliye Tic.	4,2	5,7	15,0	35,6	39,6
İş	5,1	7,5	16,7	37,6	31,3
Kadastro	3,5	10,1	26,5	27,9	32,0

17 Y. Özdil. "Kanuni" **Hürriyet** (9/01/2011), s.3.

Almanya'da mahalli hukuk mahkemelerde ortalama duruşma sayısı 1.5; Bölge Mahkemelerinde 1.7; İstinaf Mahkemesinde ise 1.2' dir. Davalardan üçte birinin duruşma yapılmaksızın karara bağlandığı; yalnızca her beş davadan birinin delil ikamesini içeren bir duruşmayı gerektirdiği saptanmıştır. Bu konuda ayrıntılı verilere aşağıdaki tablolarda yer verilmiştir. 82,000,000 nüfuslu Almanya'da hukuk hakim sayısı 5,350; 15,327 kişiye bir hukuk hakimi düşmektedir.

İlk Derece Hukuk Mahkemelerdeki İş Yükü (2009)

İş Yükü	Mahalli Mahkemeler	Bölgesel Mahkemeler
Yeni Gelen	1,263,012	373,331
Karara Bağlanan	1,279,426	377,779
Hakim sayısı	2071	2159
Her Hakime düşen Yeni Gelen Karara bağlanan	 609 616	 172,9 174,9
Yargılama süresi	4,5 ay	7,9 ay

İkinci Derece Hukuk Mahkemelerindeki İş Yükü

İş Yükü	Bölgesel Mahkemeler	Bölgesel Yüksek Mahke..
Yeni Gelen	60,560	54,516
Karara Bağlanan	61,357	54,184
Hakim sayısı	342	805
Her Hakime düşen Yeni Gelen Karara bağlanan	 177 179	 67 67
Yargılama süresi	5,5 ay	7,5 ay

Bu çıplak verilerden çıkarılacak derslerden ülkemize dönüldüğünde, Gerçekte medeni haklar bakımından sistemdeki yükün icra dairelerinde olduğu unutulmamalıdır. 2009 yılına göre,

Takip türü	**Sayısı**	**%**	**Süre(gün)**
İlamlı	999,812	6,3	517
İlamsız	14,901,174	93,7	659
Toplam	15,900,174	100	

2000 yılına göre artış oranı ilamlı takiplerde %101, ilamsız takiplerde %162 olmuştur.

Yargıtay hukuk dairelerinde çıkan işler bakımından onama ve bozma oranlarına (%) bakıldığında (2000-2009)

Yıl	Onama	Bozma	Onama/bozma
2000	54,3	16,6	0,4
2001	49,5	21,0	0,4
2002	48,9	23,5	0,3
2003	46,0	23,3	0,3
2004	42,2	24,1	0,4
2005	45,1	21,1	0,6
2006	47,5	18,4	0,4
2007	48,8	17,2	0,3
2008	49,5	16,1	0,2
2009	49,2	16,6	0,2

Bu tabloda yer vermediğimiz bir aidiyeti cihetiyle ilgili daireye gönderilme olgusuna ait veriler ise yıllardır ürkütücü boyutunu devam ettirmektedir. Nitekim, 2009 yılındaki bu oran %16,6'yı (48,607) bulmaktadır.

Yargının içinde bulunduğu koşullar adalet çarkının ağır işlemesi ve vatandaşların mağduriyetlerine yol açtığında, bundan herkes etkilenmekte; sonuçta "*adalete güven*" duygusu sarsılmaktadır. Bu nedenle, vatandaşların adalet duygularına/gereksinmelerine daha kolay yanıt verebilecek, daha hızlı, ucuz ve saydam adalet sistemini sağlamak için gerekli tedbirlerin alınması ve güncelleştirilmesi demokratik toplumlar için yaşamsal önem taşımaktadır. Bu bağlamda, yargının verimli ve etkili işlevi için yasal düzenlemeler ötesinde iş dünyasına hakim işletme ilkeleri, stratejileri ve tekniklerinin önemli katkısı olabileceği unutulma- malıdır. Öte yandan, *adli dürüstlük* ve adalet reformunun,tüm reformların temeli olduğu göz ardı edilmemelidir. Adli dürüstlükten yoksunluk, hukukun etkinliğini zayıflatacağı gibi tikel adaletsizlik örnekleri de kümülatif olarak halkın adalete olan güvenini tüketecektir.[18] Bu sosyo-kültürel gerçeklere eklenecek diğer bir gerçek de, temel yasaların yürürlülüğü için çok kısa bir süre verilmesi (YTCK ve CMK örneklerin- de olduğu gibi) sonucu sistemde/uygulamada beliren belirsizlik ve tutarsızlığın kamu düzenindeki etkileridir (örneğin zamanaşımından düşen dava sayısının kabarıklığı). Bu gerçeğe tarihsel açıdan tanıklık etmek üzere Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığınca sosyo-legal bir araştırma projesi geliştirilmeli ve uygulanmalıdır.[19]

---

18 Yargısal mesleki etik kanunu için Bkz. Richmond, P. ve Björnberg,K. **Türkiye Cumhuriyetinde Yargı Sisteminin İşleyişi** (İkinci İstişari Ziyaret Raporu-11-19 Temmuz 2004) Ankara Barosu Avrupa Birliği Merkezi Yayını, s.152 vd; A.Heper. "Yargılama Dolandırıcılığı" **Güncel Hukuk** Temmuz 2009/7-67, s. 36 vd.

19 4-6 Ocak 2006 tarihlerinde yapılan "ortak akıl toplantısı"nda oluşturulan araştırma projeleri dizini için bkz. www. tubitak.gov.tr/tubitak_congtent_files

İstatistik Verilerle Yargısal Performans Standartları(!)

Cumhuriyet Savcılıkları* yıllık toplam iş yükü

Yıl	Toplam	D**	Çıkan	Çıkan/Toplam %
2005	5.677.025	215	2.927.131	51.5
2006	6.272.463	238	3.155.088	50.3
2007	7.070.104	268	3.634.044	51.4
2008	7.254.290	275	3.762.625	51.9
2009	6,065,829	229	3,241,071	53,4

* Cumhuriyet Savcılıkları+CMK 250 Cumhuriyet Savcılıkları
** 1986=100

Çıkan işlerin dağılımı ile beraat oranlarına bakıldığında Savcılarca gerekli ayıklamanın yapılmadığı; performanslarının düşük olduğu görülmektedir.

İtham Oranı(2004-2009)

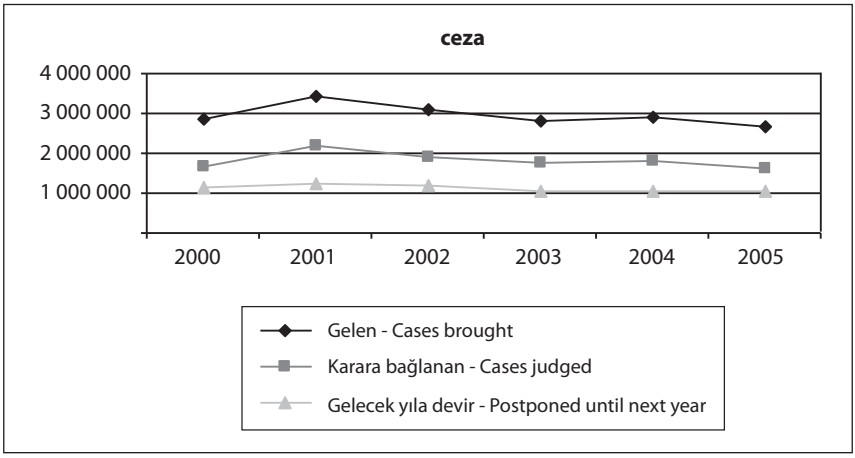
Yıl	CMK.250 C.Savcılığı	Cumhuriyet Savcılığı
2004	43.3	43.1
2005	28.5	32.7
2006	33.7	30.1
2007	38.4	33.6
2008	37.8	37.6
2009(x)	56,6	51,0

(x) 2008 yılı ve öncesi dosya sayısı, 2009 yılında şüpheli sayısı esas alınmıştır.

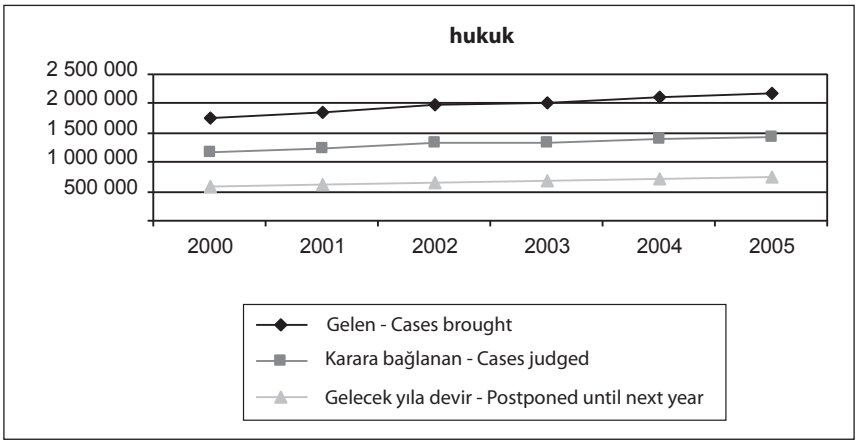
Mahkeme yönetimi de yargı reformunun bir bileşenidir. Sorulması gereken soru, "yönetim nedir?" Yönetim, insanların bir şeyi yapmasını sağlamaktır. Bu doğrultuda mahkeme yönetiminin doğru işler yapmak adına temel ilkeleri şunlardır:

1) Adalete erişim, 2) Davaların makul sürede görülmesi, 3) Eşitlik ve adillik-adil yargılanma, 4) Yargı bağımsızlığı ve hesap verebilirliğinin sağlanması 5) Halkın güven ve itimadı. Dünya Adalet Projesi(*World Justice Project"* nin 35 ülkeyi kapsayan 2010 Hukukun Üstünlüğü (*rule of law*) Endeks verilerine göre Türkiye'nin sıralaması aşağıdaki tabloda sergilenmiştir:

Endeks faktörü	Global (35 ülke)	Bölgesel (5 ülke)	Gelir grubu (7 ülke)
Sınırlı hükümet yetkisi	31	5	6
Yolsuzluğun bulunmaması	16	2	3
Açık, duyurulmuş yasa metni	32	5	7
Düzen ve Güvenlik	18	5	4
Temel haklar	33	5	7
Saydam yönetim	22	2	4
Hukuk uygulaması	26	3	4
Adalete erişim[17]	14	2	3
Etkin yargı	14	2	2



20 Adalete erişim bir insan hakkı olarak, geniş anlamda, kişinin bir talebini mahkemeye taşıması ve mahkemeden karar vermesini beklemesidir. Bu hakkın *de-facto* kullanımı ne ölçüdedir? Halkın yarısının yakasını bir araya getiremediği ülkemizde insanların uğradığı adaletsizlikleri gidermek üzere bu hakkın ne derece kullanıldığını belirlemek amacıyla geniş kapsamlı "nitelikli bir anket" yapılsaydı, bu profil nasıl olurdu? Bkz. "Tuik verilerine göre" **Haber Türk/**Ekonomi (13/03/2011) s.9; Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesini **Adalete Başvuruyu Kolaylaştırıcı Tedbirler** Hakkındaki R(81)2 Sayılı Tavsiye Kararı:2. 4. *Hiç bir davacı avukat yardımından yoksun bırakılmamalıdır.*
1. 11. *Yargılamanın başlatılması şartı olarak Devlet namına işin mahiyeti icabı makul olmayacak derece bir harcın depo ettirilmesi ön görülmemelidir.*
2. 12. *Mahkeme harçları, adaletin tecellisini açıkça engellediğinde mümkünse azaltılmalı veya kaldırılmalıdır. Mahkeme harç sistemi, basitleştirilmek üzere gözden geçirilmelidir.*



Mahkeme türüne göre mahkemelere gelen, karara bağlanan ve gelecek yıla devredilen davalar

2004	2005	2006	2007	2008	2009	
5 340 388	5 243 991	5 455 920	5 934 915	6 064 308	6 211 965	**A (T)**
3 446 984	3 291 539	3 341 669	3 538 959	3 754 604	3 796 985	B
1 893 404	1 952 452	2 114 251	2 395 956	2 309 704	2 414 980	C
2 888 958	2 673 374	2 709 769	3 058 701	3 060 639	2 949 079	**A (C)**
1 832 204	1 622 748	1 571 930	1 714 883	1 848 906	1 722 284	B
1 056 754	1 050 626	1 137 839	1 343 818	1 211 733	1 226 795	C
2 116 746	2 180 305	2 276 843	2 397 875	2 521 418	2 746 968	**A (H)**
1 398 786	1 422 745	1 456 265	1 497 250	1 568 170	1 719 228	B
717 960	757 560	820 578	900 625	953 248	1 027 741	C
334 684	390 312	469 308	478 339	482 251	515 918	**A (İ)**
215 994	246 046	313 474	326 826	337 528	355 473	B
118 690	144 266	155 834	151 513	144 723	160 445	C

T-Toplam; C-Ceza; H-Hukuk; İ-İdari

A. Gelen. **B.** Karara bağlanan -**C**. Gelecek yıla devir

Tabloda toplam işler bakımından gelecek yıla devreden işler toplamın %38.8'i bulmakta; bu oran ceza işlerinde %41.5, hukuk davalarında %37.4 ve idari davalarda ise bu oran %31'dir.

Ceza Mahkemeleri Mahkumiyet/Beraat Oranları

Uluslararası karşılaştırmada ülkemizdeki mahkumiyet oranı oldukça düşük görülmektedir. Nitekim, mahkumiyet oranı İsveç'te %94.7 (1988),

İngiltere'de (%74) Fransa'da %98.9 (1982) Japonya'da %99.97 (1992), Çin'de %98, Rusya %90-99, ABD'de %65-80' dır. Rusya, Çin ve Japonya'daki yüksek mahkumiyet oranları dürüst bir yargılama olmadığının da kanıtı olabilir. Rusya ve Çin'de sisteme girenlerin mahkumiyetine kesin gözle bakılmakta; jurili yargılamada bu olasılık daha az olmakla beraber davaların yalnızca %8'inde juri'li yargılamaya yer verilirken, beraat edenlerin yeniden yargılanmasına çokça yer verilmekte; iki-üç kez beraat sonrası mahkum olanlara tanık olunmakta dır. Japonya'da ki bu yüksek oranı hafifletmek üzere de, gönüllü hâkimlere sistemde yer verildiği dile getirilmektedir.

Ceza Mahkemeleri Karar Dağılımı (%)

Yıl	Mahkumiyet	Beraat	Diğer
2005	40,8	22,2	37,0
2006	46,1	19,9	34,0
2007	48,7	18,4	32,9
2008	35,2	21,2	43,6
2009	38,5	19,5	42,0

Yukarıdaki tabloda yer alan "diğer kararlar" çıkarılarak mahkumiyet/ beraat oranları (%) 2009 yılı verilerine bakıldığında, bu oranların genelde ve özelde çok yüksek olduğu görülmektedir. Şöyle ki,

Mahkeme türü	Mahkumiyet	Beraat
Özel ACM	71,8	28,2
Çocuk	59,6	40,4
Çocuk ACM	72,4	27,6
ACM	70,6	29,4
Asliye	72,7	27,3
Sulh	57,5	42,5
İcra Ceza	31,4	68,6
Fikri ve Sinai	43,4	56,6

CMK 250-Ağır Ceza Mah.Karar Dağılımı(%)
2005-2009

Yıl	Mahkumiyet	Beraat
2005	73,5	26,5
2006	73,9	26,1
2007	73,6	26,4
2008	68,1	31,9
2009	71,8	28,2

İşte, 2009 yılına CMK 250 ACM'si beraat (13942) kararları ele alındığında %28.2'lik;ve genel ceza mahkemelerindeki %33.6'lık (653,178) beraat oranları demokrasinin temelini oluşturan hukukun üstünlüğü açıksından oldukça düşündürücüdür. Öte yandan aşağıdaki verilerin de sergilediği üzere, CMK 250-Özel yetkili Ağır Ceza Mahkemelerindeki yargılama sürecinde, bazı suçlar bakımından, beş yıl ve daha fazla süren davaların oranları hiçte düşük değildir. Bu oranla beraat oranları birlikte değerlendirildiğinde her tutuklama olgusunda sürenin Anayasa m.19/8 ve AİHS m.5/3 bağlamında makul süre testinden geçirilmesi gerekmektedir.[21] Öte yandan aşağıda 2009 yılına ait CMK 250-Özel yetkili ağır ceza mahkemelerindeki beraat oranları (%) farklılığı ötesinde sekiz merkezden altısında beraat oranlarının % 30 ve üstünde olması ülkemize özgü kronik sorunu dile getirmektedir.

Merkezi	Mahkumiyet	Beraat
Adana	71,0	**30,0**
Ankara	60,1	**39,9**
Diyarbakır	75,6	24,4
Erzurum	67,7	**32,3**
İstanbul	58,9	**41,1**
İzmir	68,5	**31,5**
Malatya	71,7	28,3
Van	52,7	**47,3**

Avukatlarca Verilen hizmetin Kalitesi ile Adalet İdea'sı

Avukatın müvekkili ile hukuk sistemine karşı yükümlülüğü hemen hemen aynıdır: hukuk çerçevesinde müvekkilin menfaatlerine olabildiğince hizmet/ temsil etmektir. Müvekkilin menfaatine sadakatle eğilmesi söz konusudur. Bu bağlamda genç meslekdaşlar ile yaşlı meslekdaşların etik davranışlara özgü algılama ve benimseme farklılığı da dikkatlerimizden kaçmamaktadır. Bu konuda bilim ekseninde bulgulardan ziyade yerleşik bir mite tanık olunmaktadır. Bu nedenle, uygulamada kıdemlilerden ziyade genç avukatların hukuk uygulamasında etik yoksunluk içinde olup olmadıkları araştırılmalıdır. Bunun en basit yöntemi ise, disiplin cezası alan kişilerin bu suçu işlediklerinde yaşlarının ne olduğu konusunda bir tarama yapılmasıdır. Bu doğrultuda TBB'liğinde cezai mahkumiyetlere özgü, Adalet Bakanlığı adli sicil veri tabanı örneğinde olduğu gibi, disiplin cezalarına ait bir veri tabanı oluşturulması tavsiye olunabilir.

---

21 Bkz. M.T. Yücel. **Yeni Türk Ceza Siyaseti**, İmge Kitapevi, 2011, s.s.96-106; A.C. Budak. Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, 3.bası, XII Levha, 2010, s.5: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Genel Gerekçesi-"*Yeni kanun tek başına yargının hızlanmasını sağlamaya yeterli değildir.*"

Adli hata ve meslek etiği bağlamında, masum bir kişinin mahkumiyeti (*the innocent convict*)/ haklı bir davanın kaybedilmesi karşısında avukatın tutum ve davranışın ne derece katkıda bulunduğu da sorgulanmalıdır. Türkiye'de bu tür davaların sayısal değerinin ne olduğunu saptamak da çok önemlidir!

Yargılamayı uzatma, zamanaşımı sağlama, iflas mühendisliği, karşı tarafa masraf yükletici istemlerde bulunması gibi taktikler karşısında Baroların/ mahkemelerin tepkilerine ait somut veriler de yoktur. Kuşkusuz, bu durumların tespiti samanlıkta iğne aramaya benzer bir nitelik sergilemektedir. İşte bu zorluk karşısında bu tür tutum ve davranışlar süregelmektedir. Nitekim, enflasyonun yoğun (temerrüt faizinin banka faizinden çok aşağıda) olduğu zamanlarda açılan davalar kötü niyet ürünleridir.

Yargıda kalite ile meslek kuralları arasında doğrusal bir korelasyon olduğu söylemek bir abartı olmayacaktır.

Davaların gecikmesi[22] bakımından davalara özgü yoğunluk derecesi konusunda da halka mal olmuş bir bilgi yok denecek derecede ise de, kulaktan kulağa yayılan duyumların sakıncalı bir hal aldığı görülmektedir. Yalnız yıllık adalet sektöründeki tüketici sayısının (2007) 0-14 yaş grubu ayrık tutulduğunda toplam nüfusun %28'i bulan yaklaşık 15 milyon olduğu göz önüne alındığında sistemdeki sorunların ve yetersizliklerin avukata/hâkime/ yargıya güven ve saygıyı ne derece etkileyeceği kuşkudan uzak bulunmaktadır. Düşünün Ankara Adliyesine günde giren kişi sayısı 60.000 civarındadır. William Suttan profesyonel bir suçlu, bir gün "kendisine neden banka soyuyorsun?" sorusuna "çünkü paralar orada" yanıtı vermesi gibi insanların trete edildiği adliye kültür/ kültürleri, meslek kuralları açısından haklı olarak ilgi odağı olmaktadır.

Etik dışı davranışın her avukatın tamamen bireysel kusuru sonucu mu olduğu? Yoksa avukatın tipik sosyalizasyon süreçlerinden kaynaklan- dığı? Diğer bir değişle, adliye kültürü mü baskın gelmektedir?

Meslek kuralları ihlalini saptamak ne kadar önemli olursa olsun, en önemlisi etik bilinç/genelde ahlaki zekanın (*Phronensis*) kural ihlallerinin önlenmesi ve yargı kalitesinin yükseltilmesindeki rolü- makro düzeydeki adalet bilincine olan katkısı yanında parasal olarak GSMH'daki payının azalmasına katkısı küçümsenmeyecek ölçüde olacaktır. Ne var ki, bu bilincin diğer sektörlerde (sağlık, eğitim, kriminoloji'de) yeterince gelişmediği toplumda meslek kurallarına özgü önleme felsefesi ve bilincinin yerleştirilmesinin ne derece zorlu bir süreç olduğunu da idrak etmekteyim.

---

22 Bkz. M.T. Yücel. **Türkiye'de Yargının Etkinliği,** 4.bası TBB, Ankara, 2008.

Özetle, yargı reformu ve demokratik geçişte sistemdeki tüm aktörlerin (her gruba özgü) etik kuralların içselleştirmesi yanında genelde halkta yeni bir ahlakın kök salarak, nasırlaşan "*doğru söyleyeni dokuz köyden kovarlar, neme lazım", "adam sende, her koyun kendi bacağından asılır",* ve *"bana dokunmayan yıl bin yıl yaşasın"* atasözlerinin egemenliğine son verilerek, "*eğri oturalım, doğru konuşalım*", "*bir elin nesi var, iki elin sesi var, birlikten kuvvet doğar"* deyişleriyle hukuksuzluğa, hukuku sevmeyenlere[23] karşı duruş sergilenmeli; barolar aktivist bir görüntü sergilemelidirler. Unutulmamalıdır ki, kişiler yalnızca vecibeler ve haklara sahip olduğunda varlık göstermektedirler. Eğer, "çıkarlar" dile getirilecekse, seçmenlerin aydınlatılmasından daha yüksek bir kamu çıkarı düşünülebilir mi ve keza toplumun entelektüel ilerlemesinden daha yüksek bir sosyal çıkarı olabilir mi? Çeşitli gerçeklere ve iddialara tanık olan yargı tüketicileri, en iyisini, en akıllısını ve daha fazla yararlı olabilecek alternatif yolları seçebilme konusunda genelde yeterince rasyoneldirler. En azından bu siyasi karar alma yöntemi hatalı olabilirse de, başkaca bir yöntemin fevkalade kötü olacağı unutulmamalıdır. İşte hukukta da yargı toplumsal değişime yanıt vererek, statik olmaktan kurtulmalı; *halkın sesi, hakkın sesine yüceltilmelidir.* Bunun da start alacağı yer hukuk fakülteleridir.

Hukuk fakülteleri, öğrencisine, hukukun, *iyilik* ve *adillik* sanatı olduğunu unutmayacak; hukuk felsefesiyle ve genel kültürle donanımlı olarak, yürürlükteki hukuku demokratik ortam içerisinde eleştirecek; haklı ve haksız yanlarını objektif bir biçimde kamuoyuna açıklayacak bir yetkinlik kazandırmalıdır. O, haksız bir davanın savunucusu olmayacak, insanlık ve adalet uğruna çaba gösterecektir. Aksi takdirde, yürürlükte olan normatif bir düzenlemenin gerçekten hukuk olup olmadığını sormayan, hukuku yalnız fiili bir şey, kanun koyucu ve toplum tarafından önceden verilmiş bir olgu olarak kabul eden hukukçu mesleğini gereği gibi yapamayacak, profesyonellikten uzak kalacaktır.[24] Geldik başlangıçtaki temel sorumuza "nasıl bir yargı istiyoruz?" Suçluluğu kanıtlanıncaya dek her insan suçsuzdur şeklindeki "masumluk karinesi"ne yeniden işlerlik kazandırılması için neler yapılmalıdır? Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bakış açısıyla *silahların eşitliği* nasıl sağlanacaktır? İşlevsel adlı yardım nasıl gerçekleştirilecektir? Ceza davalarında savunmanın yeterliliği masumiyet karinesi ile suçluluğu kanıtlanıncaya kadar masum olan sanığın özel sorunu olmayıp, kamunun sorunu olduğu ne zaman *de facto* gerçekleştirilecektir? İşte tüm bu soruların altında *yasama reformu* yattığı gerçeği göz ardı edilmemelidir.[25] Metoforik bir anla-

---

23 Bkz. Y.Özdil. "Hukuku niye sevmiyorlar?" **Hürriyet** (26/03/2010) s.3.

24 Bkz. M.T. Yücel. **Hukuk Felsefesi**, 3. bası, Ank., 2009, s.48.

25 *Legisprudence*:Bir yasa fabrikası gibi çalışan TBMM'inde rasyonalite bağlamında, amaç-işlev,içsel tutarlılık ve normatif meşruiyet açısından göz ardı edilme-

tımla, yargı veya başka alanda, mevsimler, tohum ve toprak (*zihniyet kalıpları*[26]) elvermezse, hiçbir şey elde edilemez. İtina ve yetenekle incir mahsulü artırılabilirse de, çölde kök salması veya deve dikeninde yetişmesi düşünülemez. Hukuk eğitiminde, talebelerin hukukun bir süreç sonunda oluştuğu, yoksa onların 19. yaş gününde yaratılmadığını bilmeleri gerektir. Modern hukuk, modern ekonominin aksine geçmişteki hukukun bir devamıdır. Eğitim sırasında pratik ağırlıklı, doktrin yanı ağır basan (doktrindeki tutarsızlıklar v.s.) bir metot veya mevcut siyaset ve düzen- lemeleri sorgulayan kuşkucu ve eleştirisel bir yöntem/araştırma bilinci oluşturulabilir. Gerçekte ülkenin doktrinsel irdelemeler yerine pratik ağırlıklı araştırmalara ihtiyacı vardır. Kurumları normatif yanı ile değil, *de facto* görüntüsü ile sergileyen, sorgulayan bir eğitim sistemine yoğun gereksinme vardır. Özetle, hukuka sosyolojik açıdan yaklaşmak üzere yargısal etkililik(*judicial effectiveness*) merkeze alınmalıdır. Bu etkinlik bağlamında gündeme alınması gereken bir hususta sistemde mağdurların nasıl trete edilmesi gerektiğidir.

Suç Mağdurlarının Korunması

Mağdur bilimi (*Victimology*) II. Dünya Savaşı sonrası temelde suçlu-mağdur ilişkini anlama arayışı olarak belirdi. Ve başlangıçta, mağdurun tutum ve davranışı, suçlu davranışın nedenleri arasında gösterildi. Öte yandan, araştırma bulgularına göre, çoğu kamu davalarından sonuç alınamama-

---

mesi gereken temel ilkeler nelerdir? Fazlaca yasa çıkarılması (yasa enflasyonu) "kalite"yi ne derece etkilemektedir? Bkz. L.J.Wintgens(Ed.). **Legisprudence: A New Theoretical Approach to Legislation**, Oxford-Portland:Hart Publishing, 2002; S.Selçuk.**Kısıtlı Demokrasi-Sancılı Hukuk**, Truva Yayınları, 2009, ss.228-31.

26 Bkz. B.Öztürk, D.Tezcan, R.Erdem ve...**Ceza Muhakemesi Hukuku**(Ders Kitabı) Seçkin, 2009, s.5,7: "*Yasada değil,kafada devrim gerçekleştirilmedikçe halkımız layık olduğu bir sisteme kavuşamayacaktır. Mahkemelere düşen görev eski alışkanlıklara göre değil yeni CMK'ya uygun işlem yapmaktır. Burada alt yapı eksikliği bahane olarak gösterilmemelidir. Bu eksikliklerle alakası olamayan, örneğin tutuklama kararı gibi işlerde yasaya uyulmaması düşündürücüdür.";* ayrıca Bkz. M.Sancar ve E. Umit. **Yargıda Algı ve Zihniyet Kalıpları**, TESEV, Kasım 2007; Bkz. T. Giegerich. "Yargının Bağımsızlığı-Kavramsal Çerçeve, Tarihsel Gelişim, Tarafsızlıkla İlişkili ve Türkiye Üzerine Gözlemler" **Yargının Bağımsızlığı, Tarafsızlığı ve Etkiliği** (Uluslararası Sempozyum-10-11/12/2009) Adalet Akademisi: *Bağımsız kafalı ve gerçekten tarafsız hâkimler sınıfı için temel çalışmaya hukuk fakültelerinde yer verilmelidir. Burada, eğitim ideali, mezunların hukuk metinlerini ve yüksek yargının içtihatlarını eleştirmeden ezberleyen değil, hukuk alanında mükemmel bilgiye dayalı eleştirel zekayla gelişimi olmalıdır.* Ayrıca Bkz. *Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığı Temel İlkeleri* 25 Kasım 1985 A/RES/40/32; Avrupa Konseyi *Hâkimlerin Bağımsızlığı, Etkinliği ve Rolü* hakkındaki R(94)12 sayılı Tavsiye Kararı, Uluslararası Barolar Birliğinin *Bağımsız Yargıya özgü Asgari Standartlar.*

sının altında başlangıçta işbirliğine yatkın olan tanıkların en temel gereksinmelerine kayıtsız kalan savcıların tutumu yatarken; tanık/mağ- durlar için ayrı bekleme odası olmaması, sanık ve mağdur aileleri arasın- daki meydan savaşlarına neden olmaktadır.Yapılan araştırmalar mağdur hakları ve güvenliğinin toplumsal savunu yününden ne derece önemli olduğunu ortaya koyması sonucu mağdur bilimi öğrenimi üniversiteler- de yer etmeye başladı. Yeni Türk ceza siyaseti ile mağdur eksenli bir yaklaşım benimsenmiş ise de, bunun gerçekleştirilmesinin çok zaman alacağı; bu konuda en radikal çözümün sanık hakları gibi mağdur hakla- rının da anayasal düzlemde normlaştırılması olacağıdır.

Mağdurların maruz kaldıkları travmanın boyutu cinsel suçların yargılama sürecine bakıldığında görülecektir.Bu konumdaki tanık-mağdurlar ile en yakın aile bireylerinin psiko-dinamik yapısındaki fırtınaları algılamak için insanın hayal gücünün fazlaca zorlanmasına gerek bulunmamaktadır (*Secondary victimization).* İşte, suç mağdurları, ikinci/üçüncü kez mağdur edilmemek üzere, ceza adaleti sürecinde onurlu bir işleme tabi tutulmalı; yargılama süreci hızla sonuçlandırılmalı ve zararları en kısa sürede giderilmelidir.[27] Bu ilkeye karşın ceza adaleti sisteminde "her şey sanki suçluları korumaya yöneliktir". Sistemde mağdurlar açısından büyük bir haksızlık ve dengesizliğe tanık olunmaktadır. Bu durum, Batı dünyasın- daki isimlendirme ile daha da belirgindir: *victim justice* / mağdur adaleti değil, *criminal justice*/ceza adaleti olarak adlandırılmaktadır. Ülkede var olan ceza adaleti süreci "mağdur"u daha da mağdurlaştırılmakta; nerede ise mağdur suçlu konumuna getirilmektedir.[28]

---

[27] 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu 22. maddesinde, terörden zarar gören kamu görevlisi dışındaki vatandaşlara Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonundan öncelikle yardım yapılmasının öngörülmesi çağdaş bir düzenlemedir. Mağdurların korunması hakkında uluslararası belgeler için bk. International Association of Penal Law. **International Protection of Victims** (Ed.M.C.Bassiouni) Sıracusa, İtaly, 1988; World Society of Victimology http://www.victimology.nl/
ABD'de 249 mağduru kapsayan anket sonuçlarına göre,% 70'i mahkemenin "çok yavaş" ve zaman kaybı olduğunu; %86'dan fazlası, suçluların yeterince cezalandırılmadığını; yalnızca %30'nun mahkemelerce mağdurların ihtiyaçlarına eğildiğini belirtmişlerdir (Meddis, 1984a).

[28] **Hüküm giyen suçlu eğitilmekte, çalıştırılmakta/psikiyatrik tedaviye tabi tutulmak**ta; kendilerine "af" sağlamak üzere *kader kurbanı* etiketi yapıştırılmakta;gerçek kurbanla suçlu yer değiştirmekte; aflarla salıverilenler özellikle cinsel sapıklar yeni kurbanlara doğru yelken açmaktadırlar. Psiko-sosyal anketlerle suçluların öz geçmişlerinin profili çıkarılırken, mağdurlara ne olduğu konusunda hiç bir araştırma yapılmıyor. Cinayete kurban gidenler, sanki "temizlendiler". Onlar mağdur potansiyelli kişilerdi; cinayet olma- sa başka bir nedenle X olacaklardı-belki de yolda yürürken kafalarına bir saksı düşerek veya geceleyin evlerine giren bir kamyonla can vereceklerdi. Öte yandan, suç zamanaşımı ile takibattan kurtulan suçlulara karşın mağdurlar yaşam boyu geçirdikleri travmanın etkisine mahkum

Açılış Yıllarına Göre Dağılımı

Madde	2005 ve öncesi	%	2006	%	2007	%	2008	%	2009	%	M*
102-105	1,567	6,2	778	3,1	2595	10,2	9117	35,9	10,995	43,3	329

Tabloda görüldüğü üzere, cinsel suça ilişkin olarak 2009 yılında ilk derece ceza mahkemelerince karara bağlanan davalardan %43'ü (10,995) yılı içinde karara bağlanırken, diğerlerinde bu sürenin en az iki yıl ve bunlardan 1567'sinda (%6,2) beş yıl ve daha fazla olduğu gözlenmiştir. Bu verilerin ilk derece mahkemelerine ait olduğu; bu mahkeme- lerdeki cinsel suçlara ait yargılama süresinin 329 gün ve Yargıtay'da bu suçlara bakan 5. Ceza Dairesinde bir dosyanın görülme süresinin 375 olduğu, ve anılan Dairede bozma oranının %86,3 (onama oranı %13,7) göz önüne alındığında yargılama süresinin ne derece "gayri makul bir süre" olduğu görülecektir.[29]

Sonuç

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesi güvencesindeki adalete başvuru ve adil yargılanma hakkının demokratik toplumun temel bir niteliği olduğu;[30] ve ceza adaleti sisteminin, tüm gerçek demokrasilerin temelini

---

oluyorlar. İşte sistem çeşitli açılardan fire vermektedir. İnsan hakları bildirgelerinde sanıkların korunmasına yönelik hükümler pozitif hukuka yansımış iken mağdurların korunmasına yönelik düzenleme daha yasalaşmamıştır. İlke defa suç işlediklerinde korunan suçlular salıverilme sonrası yeniden suç işlediklerinde sistem yine koruyuculuğunu sürdürmekte; zaman zaman cezai sorumluluk açısından akıl hastalığı devreye girerek (*insanity defense*) farazi açıklamalarla sanığın cezai sorumluluğu olmadığı de hükme bağlanabilmektedir.Kuşkusuz, bu düzenleme de sorgulanarak,gerçekte sanığın suçu işleyip işlemediği/suçlu olup olmadığı saptanmalı; bu saptama sonrası yaptırım ve tretman türü (akıl hastanesi mi, cezaevi mi, yoksa her ikisin mi olacağı) belirlenebilmelidir.

29 **Cumhuriyetin 50. yılında Ceza Adaletinin Reformu İlkeleri Sempozyumu,** İst. Univ.1973,s.292:O.Tosun."*Bugün ülkemizde mahkemeler uyuşmazlıkların çözümlenme- sinde çok geç kalmakta, bu da vatandaşlara azap vermektedir."*

30 Yargılama hukukunda oluşan bu standart, rasyonel usul ve "*fair play*" sağlama arzu- sundan doğan "*due process",* sosyal ve siyasal yargılar için de aynı derecede vazgeçil- mez bir tedbirdir. Bu bağlamda "d*ue process*" yalnızca yargılayacağımız insanlar ve davranışları için değil; ve fakat genel ilkeler ve ihtilaflı kamusal sorunlar için de geçerli olmaktadır. Bu doğrultuda şunlar sağlık verilmektedir: Sosyal araştırmalar yürütülürken mevcut standartların rasyonel ve anlaşılır olmasına dikkat edilmeli; tanık olduğumuz bir ihtilafta, ilgili tüm kanıtlar, ne derece karşıt veya beklenilmeyen türden olursa olsun, derlenerek irdelenmeli; kendimizi ön yargılardan, partizanlıktan, uygun olmayan tarafgir- likten arındırmalı; karşı tarafın kanıtları ve argümanları değerlendirilinceye kadar yargı ertelenmeli; ve hata yapmanın insan için mukadder oluşunu göz önüne alınarak hata yapıldığı anlaşıldığında yargıyı yeniden gözden geçirmeye hazırlıklı olunmalıdır. Uygu-

oluşturan, hukukun üstünlüğünü güvence altına almada kilit rol oynadığını göz önünde bulundurarak; etkili bir infaz sisteminin yokluğunda başka "özel adalet" yöntemlerinin ortaya çıkma ve bunların halkın adalete ve adaletin güvenirliğine olan güvenini olumsuz etkileme riskinin bulunduğuna inanarak, demokratik değerler doğrultusunda, yargı kararları tahmin edilebilir, açığı fazla olmayan, uygulamada yargılanma standardı gözetilen, kaliteli ve etkili süreç sonucu proaktif özelliği olan bir yargılama sistemi anlık bir reform girişimi olmak yerine *bir süreç olarak algılanmalı*; görgül araştırmalarla adalet üretimine ve bütçe olanaklarının akıllıca harcanmasına odaklanılmalı;hukuk fakülteleri soyut irdelemeler mekanı olmak yerine vizyon içeren hipotez ve teorileri test eder/ölçer laboratuarlara dönüştürülmeli; bilişim odaklı yapay zeka laboratuarları ile zenginleştirilmelidir. Etkinlik bağlamında yargılamanın özüne dokunmaksızın yargıya ivme kazandırılmalıdır.[31]

---

lamadaki çarpıcı bir örnek için Bkz. İstanbul 7.ACM başkanı yargılama devam ederken ve savunma daha yapılmadan hükmünü verdiği ortaya çıkmış: **Hürriyet** (9/03/2006) s.5.

31 Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararları için Bkz.M.T.Yücel. **Türkiye'de Yargının Etkinliği**, TBB, Ank., 2008, ss.255-324; Adalet Akademisi. **Mahkemelerin Yönetimi ve Adaletin Kalitesi Semineri,** ss. 121-383**;** Uluslararası Savcılar Birliği. **Savcılar için İnsan Hakları El Kitabı**, Ankara Barosu Yayını 2007.

Basın Kanunu'ndaki Dava Açma Süreleriyle İlgili Düzenlemenin Değerlendirilmesi

*Sinan ALTUNÇ**

I. Giriş

Basın Kanunu (Bas.K.)'nun 26. maddesinde yer alan dava açma süreleri son dönemde özellikle Anayasa Mahkemesi (AYM)'nin 28.04.2011 tarihli ve 2009/66 E., 2011/72 K. sayılı kararıyla gündeme gelmiştir. Bu karar Bas.K.m. 26/1'deki basılmış eserler yoluyla işlenen veya Bas.K.'da öngörülen diğer suçlarla ilgili ceza davalarının günlük süreli yayınlar yönünden iki ay içinde açılması koşulunu iptal etmiştir. Maddede geçen "iki ay" ibaresi iptal edilmekle Bas.K.'da günlük süreli yayınlar bakımından artık herhangi bir dava açma süresi öngörülmemektedir.

Öte yandan AYM'nin anılan kararından önce de Bas.K.'daki dava açma süreleri ile ilgili kamuoyuna yansımamakla beraber uygulamada karşılaşılan sorun, Bas.K. m. 26'daki "ceza davasının açılması" ibaresinden ne anlaşılması gerektiğidir. Bu mesele Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK)'nun yürürlüğe girmesinden itibaren gündeme gelmiştir. Bunun sebebi CMK'da kamu davasının açılabilmesi için iddianamenin kabul edilmesi koşulunun getirilmiş olmasıdır. Mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (CMUK)'nda iddianamenin düzenlenmesi kamu davasının açılması için yeterli olduğundan ve Bas.K. da CMUK döneminde yürürlüğe girdiğinden, özellikle Yargıtay'ın kararlarında bu meselenin nasıl halledileceği üzerinde görüş ayrılığı ortaya çıkmıştır.

Her ne kadar AYM "iki ay" ibaresini iptal ederek bu meseleyle ilgili tartışmaları sona erdirmiş gibi görünse de, hem bu iptal kararının kararın Resmi Gazete'de yayımından itibaren bir sene sonra yürürlüğe girecek olması, hem de bu iptal kararının sonuçları hakkında şimdiden başlayan tartışmalar, bizi bu konu hakkında çalışmaya sevk etmiştir. Biz de bu çalışmada

---

* Yrd. Doç. Dr., Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

yukarıda bahsedilen meselelerle ilgili kendi kanaatimizi ortaya koymaya çalışacağız. Ancak bunu yaparken dava açma sürelerine ilişkin birtakım hususlara da değinmek istiyoruz. Bu anlamda çalışmamızda dava açma süresinin hukuki niteliğinin yanı sıra, Bas.K. m. 26'nın genel bir incelemesi yapılacaktır. Arkasından ise, yukarıda bahsettiğimiz hukuki meseleyle ilgili görüşlerimizi paylaşacağız.

II. Kavram ve Hukuki Nitelik

A. Kavram

Bas.K. m. 26'da dava açma süreleri düzenlenmektedir. Bu maddeye göre, *"Basılmış eserler yoluyla işlenen veya bu Kanunda öngörülen diğer suçlarla ilgili ceza davalarının günlük süreli yayınlar yönünden iki ay, diğer basılmış eserler yönünden dört ay içinde açılması zorunludur"*.

Bu maddeden de anlaşılacağı üzere, basın yoluyla işlenen veya Bas.K.'da yer alan suçlarla ilgili olarak kamu davası açılabilmesi için belli bir süre şartı öngörülmüştür. Bu süre basının verdiği haberlerle ilgili olarak uzun süre ceza tehdidi altında kalmasını engellemek, böylelikle de basın özgürlüğünü teminat altına almak amacıyla getirilmiştir.

Bas.K. m. 26'nın başlığı her ne kadar "Dava süreleri" olsa da, biz "dava açma süresi" terimini kullanmayı tercih edeceğiz. Dava açma süresi olarak Basın Kanunu'nda iki farklı süreden bahsedildiği görülmektedir. Bunlardan ilki günlük süreli yayınlar için öngörülen iki aylık süre, diğeri ise diğer basılmış eserler bakımından öngörülen dört aylık süredir.

Bu sürelere yabancı hukuklarda da rastlamak mümkündür. Bu anlamda Fransa'da 1881 tarihli Basın Özgürlüğü Hakkında Kanun'un 65. maddesinde, kanunda öngörülen suçlarla ilgili olarak üç aylık dava açma süresine yer verilmektedir. Bu süre yayınların türü bakımından farklılık arz etmemektedir. Bununla beraber Almanya'da Bremen Federe Devleti Basın Kanunu'nun 24. maddesinde cürüm niteliğindeki suçlar bakımından bir yıl, cünha niteliğindeki suçlar bakımından ise altı aylık, basın düzenine aykırılık şeklindeki fiiller bakımından ise üç aylık sürelerin belirlendiği görülmektedir.[1] Bunların yanında, İtalya ve İsviçre'de ise basın suçları bakımından özel bir dava açma süresi öngörülmemiştir.[2]

Bu düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, dava açma süresi belirleyen yabancı hukuklarda temel alınan husus yayının türünden ziyade, ortaya çıkan suçun ağırlığıdır.

---

1 **İçel** Kayıhan / **Ünver** Yener, Kitle Haberleşme Hukuku, 8. Bası, İstanbul, 2009, s. 286, dn. 82.

2 **Kunter** Nurullah / **Yenisey** Feridun / **Nuhoğlu** Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakamesi Hukuku, 18. Bası, İstanbul, 2010, s. 664, dn. 30.

B. Hukuki Nitelik

Ceza muhakemesi hukukunda asıl ceza davasının süresinde açılması bir ceza muhakemesi şartıdır. Buna göre de, Bas.K. m. 26'daki dava açma süresi içinde kamu davasının açılması gereklidir.[3]

Bas.K.'daki dava açma süresinin hukuki niteliğinin hak düşürücü süre olduğu belirtilmektedir.[4] Nitekim Yargıtay da bu hususla ilgili vermiş olduğu kararlarında bu sürelerin dava zamanaşımı süreleri değil hak düşürücü süreler olduğunu belirtmektedir.[5]

Bas.K.'daki dava süresinin hak düşürücü süre olmasından dolayı, bu sürenin uzaması veya kesilmesi mümkün değildir.[6] Bununla ilgili istisna yine Bas.K. m. 26/6'da yer almaktadır. Buna göre, kamu davasının açılması izin veya karar alınmasına bağlı olan suçlarda, izin veya karar için gerekli başvurunun yapılmasıyla dava açma süresinin durduğu belirtilmiş, ancak durma süresinin iki ayı geçemeyeceği ifade edilmiştir. Buradan da anlaşıldığı üzere, bunun gibi özel bir hükmün varlığı halinde sürenin durması mümkündür. Bunun dışında bir sebepten dolayı Türk Ceza Kanunu (TCK) m. 67'deki durma ya da kesilme söz konusu olmaz[7]. Diğer bir deyişle TCK'daki dava zamanaşımına ilişkin hususlar burada uygulanamaz. Örneğin milletvekilli süresinin dolmasına kadar zamanaşımı süresi dursa dahi, Bas.K.'daki dava süreleri geçtiyse eğer dava açılması söz konusu olmayacaktır[8].

III. Dava Açma Süresinin Başlaması

A. Genel Olarak

Dava açma süresinin ne zaman başlayacağı ile ilgili Bas.K. m. 26'da çeşitli olasılıklara yer verilmiştir. Kural, bu sürenin basılmış eserlerin Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edilmesinden itibaren başlamasıdır. Öte yandan, bazı durumlarda basılmış eserler Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edilmemiş olabilir. Bu durumda ise süre suç teşkil eden fiilin Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından öğrenilmesinden itibaren başlayacaktır.

Ancak Bas.K. m.26'da dava açma süresinin başlaması ile ilgili başka düzenlemeler de vardır. Buna göre, Bas.K. m. 26 /3'e göre, "*sorumlu müdürün*

---

3 **Kunter / Yenisey / Nuhoğlu**, s. 663.

4 **Erman** Sahir / **Özek** Çetin, Açıklamalı Basın Kanunu ve İlgili Mevzuat, 4. Baskı, İstanbul, 2000, s. 289.

5 Yarg. 4. CD., 28.11.2007, E. 2007/7328, E. 2007/10102.

6 **Erman / Özek**, s. 290.

7 **Özek** Çetin, Türk Basın Hukuku, İstanbul, 1978, s. 710.

8 **Özek**, s. 710.

ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin karşı çıkmasına rağmen yayımlatıldığı iddia edilen eserden dolayı yayımlatan aleyhine açılacak dava yönünden süre, sorumlu müdür ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili hakkında verilecek beraat kararının kesinleşmesinden itibaren başlar". Bu husus Bas.K. m. 11 ile bağlantılıdır. Zira anılan maddede ceza sorumluluğu düzenlenmektedir. Buna göre, kural eser sahibinin sorumlu olmasıdır. Ancak kanunda sayılan sebeplerle eser sahibinin sorumluluğuna gidilemediği durumlarda süreli yayınlarda sorumlu müdür ve yayın yönetmeni, genel yayın yönetmeni, editör, basın danışmanı gibi sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili sorumlu olur. Öte yandan sorumlu müdür ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili bu eserin yayımlanmasına karşı çıkmışlarsa, sorumluluk bu halde yayımlatana ait olacaktır. Süresiz yayınlar bakımından da benzer bir düzenleme vardır. Bas.K. m. 11/3'e göre, süresiz yayınlarda eser sahibinin sorumluluğuna gidilemediği hallerde, yayımcı; yayımcının sorumluluğuna gidilemediği hallerde ise basımcı sorumlu olmaktadır. Görüldüğü üzere, Bas.K. m. 26'da bahsedilen olasılık sadece süreli yayınlar açısından geçerlidir. Zira hem sorumlu müdür ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkiliden söz edilmekte hem de yayımlatandan bahsedilmektedir. Diğer bir deyişle ele alınan kişiler süreli yayınlarda görevli olan kişilerdir. Öte yandan süresiz yayınlar bakımından bu çeşit bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Sözü edilen bu durumda, dava açma süresi sorumlu müdür ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili hakkında verilecek beraat kararının kesinleşmesinden itibaren başlayacaktır. Burada yayımlatan hakkında dava açılabilmesi için önce sorumlu müdür ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkiliye karşı bir davanın açılmış ve bu davanın da beraat ile sonuçlanmış olması gerekmektedir. Burada bahsedilen beraat kararı sorumlu müdür ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin ceza sorumluluklarının olmadığını ortaya koyacak bir karar niteliğindedir. Beraat kararından bahsedildiği için CMK m. 223'e göre değerlendirme yapmak gereklidir. CMK m. 223 hüküm çeşitlerinden bahsederken beraat kararını saymakta ve hangi hallerde beraat kararının verildiğini belirtmektedir. Buna göre, CMK m. 223/2'de, yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması, yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması, yüklenen suç açısından failin kast veya taksirinin bulunmaması, yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen olayda bir hukuka uygunluk sebebinin bulunması ve yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması durumlarında beraat kararının verileceği ifade edilmiştir. Dolayısıyla Bas.K. m. 26'da ele alınan beraat kararının bu durumlardan birine göre verilmesi gerekir. Bu durumda varılacak sonuç yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması seçeneğidir.

Bu açıdan önemli bir başka husus da yayımlatan aleyhine açılacak dava yönünden sürenin başlaması için, sorumlu müdür ve bağlı olduğu yetkili

hakkında verilen beraat kararının kesinleşmesi gerektiğidir. Dolayısıyla ilk derece mahkemesi tarafından verilmiş beraat kararı hakkında kanunyoluna gidilmişse bu kural uygulama alanı bulamayacaktır.

Yine dava açma süresinin başlaması ile ilgili özellik arz eden bir başka durum ise, sorumlu müdürün eser sahibini bildirmesi üzerine ortaya çıkmaktadır. Bu durumda dava açma süresi sorumlu müdürün eser sahibi ile ilgili yaptığı bildirimden itibaren başlayacaktır. Bu durum eser sahibinin ceza sorumluluğu olmasına karşın, Bas.K. m. 11 gereğince sorumlu müdürün sorumluluğuna gidildiği hallerde söz konusu olabilir. Buna göre, sorumlu müdürün eser sahibini bildirmesi için, Bas.K. m. 11'deki esaslar uyarınca sorumlu müdür ve onun bağlı olduğu yetkiliye karşı dava açılmış olması gerekli midir? Kanaatimizce sorumlu müdürün eser sahibini bildirmesi için kendisine karşı dava açılmış olması şart değildir. CMK m. 160'a göre başlamış bir soruşturmanın her aşamasında sorumlu müdürün yapacağı bildirim dava açma süresinin (yeniden) başlamasına yol açacaktır.

Ancak böyle bir dava açılmış ise de bu davanın yine dava açma süresi içinde açılmış olması gereklidir. Dolayısıyla Bas.K. m. 26'daki genel kurallar çerçevesinde eser sahibinin belli olmamasından ötürü dava açma süresi içerisinde sorumlu müdür ve onun bağlı olduğu yetkili aleyhine dava açıldıktan sonra, sorumlu müdürün eser sahibini bildirmesi üzerine dava açma süresi yeniden işlemeye başlayacaktır.

Bu düzenleme ile ilgili dikkat çekici husus bildirimin sorumlu müdür tarafından yapılacağının belirtilmesidir. Diğer bir deyişle, kanun bildirimin sadece sorumlu müdür tarafından yapılabileceğini öngörmüştür. Bu noktada akıllara birtakım sorular gelebilir: Bildirimi sorumlu müdür değil de bir başkası yaparsa veya savcı eser sahibini resen tespit ederse ne olacaktır? Bu olasılıklarda dava süresi işlemeye başlamayacak mıdır? Kanunun lafzına göre, sorumlu müdür değil de bir başkası eser sahibinin kim olduğunu bildirirse, sürenin bu bildirim tarihinden itibaren başlaması mümkün değildir. Örneğin eser sahibinin kim olduğunu bilen bir gazete çalışanı bu bilgiyi Cumhuriyet savcısına iletirse iki aylık dava açma süresinin yeniden başlaması söz konusu olmayacaktır. Cumhuriyet savcısı kendisine gelen bu bilgiyi yapmakta olduğu soruşturmada kullanmakla beraber, başlamış olan sürenin yenilenmesi söz konusu olmayacaktır.

B. Şikâyete Tabi Suçlarla İlgili Düzenleme

Dava sürelerinin başlaması ile ilgili bir başka husus, kanunun deyimiyle kovuşturulması şikâyete bağı suçlarda dava açma sürelerinin ne zaman başlayacağıdır.

Öncelikle her ne kadar Bas.K. sadece kovuşturması şikâyete bağlı suçlar tabirini kullansa da, TCK m. 73'te soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suçlar tabirinin kullanıldığına dikkat etmek gereklidir.

Bas.K. m. 26/5'te, *"Kovuşturulması şikâyete bağlı suçlarda dava açma süreleri, suç için kanunun öngördüğü dava zamanaşımı süresini aşmamak şartıyla, suçun işlendiğinin öğrenildiği tarihten başlar"* demektedir. Esasen bu fıkradaki hükmün ikinci fıkradakinden farkı yoktur. Zira, Bas.K. m. 26/2'de de *"Bu süreler basılmış eserlerin Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edildiği tarihten başlar. Basılmış eserlerin Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edilmemesi halinde yukarıdaki sürelerin başlama tarihi, suçu oluşturan fiilin Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından öğrenildiği tarihtir. Ancak bu süreler, Türk Ceza Kanununun dava zamanaşımına ilişkin maddesinde öngörülen süreleri aşamaz."* denmektedir. Her iki durumda da Cumhuriyet savcısının suçun işlendiğini öğrendiği tarih dava süresinin başlangıcı olacaktır. İki düzenleme arasındaki tek fark 26/5'te Cumhuriyet savcısından bahsedilmemesidir. Bunun için maddenin şöyle anlaşılması gereklidir. Eğer şikâyet hakkına sahip olan kişi bu suçun işlendiğini Cumhuriyet savcısından sonra öğrenirse, dava süresi işte o öğrenme tarihinde başlayacaktır.[9]

Buradaki bir başka problem TCK m. 73'te "fiilin ve failin öğrenilmesi"nden bahsedilirken, Bas.K. m. 26/5'te "suçun işlenmesinin öğrenilmesi"nden bahsedilmesidir. Dolayısıyla Bas. K. dava sürelerinin başlaması bakımından failin öğrenilmesini gerektirmiyor gibi görünse de, TCK m. 73 genel kanun niteliğinde olduğundan, Bas. K. m. 26'daki bu düzenlemeyi hem fiilin hem de failin öğrenilmesi olarak kabul etmek gereklidir. Nitekim Yargıtay'ın bahsedilen düzenleme hakkındaki yorumu da bu yöndedir.[10]

IV. Kamu Davasının Dava Açma Süresi İçerisinde Açılması Meselesi

A. Kamu Davasının Açılması

Bilindiği üzere Bas.K. 2004 yılında yürürlüğe girmiştir. Bu tarihte yürürlükte olan CMUK ise 2005 yılında yürürlükten kaldırılmış ve yerine

---

9 **Özek**, s. 708.

10 "Şu halde Basın Yasasında dava açma süresinin başlangıcı yönünden şikayete tabi suçlarla diğer suçlar arasında bir ayrım yapılmış, kamu adına kovuşturulması gerekli suçlar yönünden sürenin başlangıcı bakımından 26/2. maddedeki kural kabul edilmiştir. **Şikayete tabi suçlarda da süre başlangıcı için mağdurun fiili ve faili öğrenme tarihi esas alınmakla birlikte**, bu öğrenme tarihinin ilgili suç için kanunda öngörülen dava zamanaşımı süresini aşmaması gerektiği ifade edilmiştir." (Yarg. 4. CD., 24.02.2010, E. 2010/1753, K. 2010/3239, www.kazanci.com).

CMK yürürlüğe girmiştir. Bu iki kanun arasında bazı farklılıklar olduğu bilinmektedir. Konumuzu ilgilendiren farklılık ise, yukarıda da yer bahsettiğimiz kamu davasının ne zaman açılmış sayılacağıdır. CMUK hükümlerine göre, Cumhuriyet savcılığının iddianame düzenlemesi ile kamu davasının açılması söz konusu olmaktaydı. Ancak CMK'nın yürürlüğe girmesi önemli bir soruyu ortaya çıkarmıştır. Buna göre, CMK kamu davasının açılabilmesini iddianamenin kabulüne bağlamaktadır. Bu anlamda CMUK'tan farklı olarak Cumhuriyet savcısının iddianame düzenlemesi kamu davasının açılması için yeterli değildir; bu iddianamenin kabul edilmesiyle kamu davası açılmış olur (CMK m. 175/1).

Bas. K. m. 26/1'de ceza davalarının bu süreler içinde "açılması" zorunluluğundan bahsedilmektedir. Dolayısıyla bizim çözmemiz gereken husus, Bas.K.'da geçen "ceza davasının açılması" ibaresinin nasıl yorumlanması gerektiğidir.

Buna göre, ceza davası açılması için iddianame düzenlenmesi yeterli görüldüğünde, dava açma süreleri olarak belirtilen iki ve dört aylık süreler sona ermeden iddianamenin düzenlenmesi gerekecektir. Öte yandan ceza davası açılmasından anlaşılan iddianamenin kabulü olursa, o vakit dava sürelerinin bitiminden önce iddianamenin kabul edilmesi gerekecektir.

Kamu davasının açılması bakımından başka olasılıklar da vardır. Buna göre, Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair karara karşı CMK m. 173 uyarınca yapılan itirazın yerinde bulunması durumunda yeniden iddianame düzenlenmesi ve mahkemeye verilmesi söz konusu olmaktadır. Bunun dışında iade edilen iddianamenin CMK m. 175/4 uyarınca tamamlanarak, dosyanın mahkemeye gönderilmesi mümkündür. Bu gibi durumlar kamu davasının açılması sürecini uzatmaktadır.

Basın suçları bakımından kamu davasının açılması ile ilgili Yargıtay'ın CMK yürürlüğe girdikten sonra vermiş olduğu kararlar mevcut olmakla birlikte, uygulamada birlik sağlanamadığı görülmektedir. Bu anlamda Yargıtay kimi kararlarında davanın süresi içinde açılmış sayılabilmesi için iddianamenin kabulünün gerektiği yönünde görüş bildirirken, kimi kararlarında ise iddianamenin düzenlenmesinin yeterli olduğunu belirtmiştir. Üstelik bu farklılık aynı dairenin verdiği kararlarda görülmektedir. Örneğin Yargıtay 4. CD'nin E. 2010/11463, K. 2010/20271 sayılı ve 07.12.2010 tarihli kararında, kamu davasının açıldığı tarih olarak iddianamenin kabul edildiği tarihi göz önünde tutmuştur.[11] Ancak yine 4. CD'nin E. 2008/13793, K.

---

11 "…günlük süreli yayınlarda hak düşürücü nitelikte olan iki aylık sürenin, günlük yayının yapılıp C. Savcılığına teslim tarihi olan 29.05.2006 günü başlayacağı ve **iddianamenin kabul edildiği** 01.08.2006 tarihine kadar iki aylık sürenin dolduğu anlaşıldığından…" (www.kazanci.com).

2010/11566 sayılı ve 14.06.2010 tarihli kararında bu görüşün aksi görülmekte ve kamu davasının iddianamenin düzenlendiği tarihte açılmış sayılması gerektiği, aksi düşüncenin yasa koyucunun amacına aykırılık teşkil edeceği belirtilmiştir.[12]

Yargıtay'ın aynı dairesinin bu husustaki çelişkisinin çözüme kavuşturulmasının gerekli olduğu açıktır. Bu anlamda, kanaatimizce CMK m. 175'teki açık hüküm gereğince kamu davasının açılmış sayılabilmesi için iddianamenin kabul edilmesi gerekmektedir. Bu hususun basın suçları bakımından tartışma yaratması, özellikle günlük süreli yayınlar bakımından dava açma süresinin iki ay olması ve bu sürenin iddianamenin kabulü prosedürünün devreye girmesiyle oldukça kısıtlanmasından dolayıdır. Ancak bu endişe sebebiyle gayet açık olan kanun hükmündeki ifadelerin farklı şekilde yorumlanması mümkün olmamalıdır.

Nitekim AYM de bu endişeleri taşıdığını 28.04.2011 tarihli kararında ortaya koymuştur. Mahkeme iki aylık süre ile ilgili verdiği iptal kararında, gerekçe olarak CMK m. 174'te iddianamenin kabulü için öngörülen onbeş günlük sürenin dava açma süresine dahil olması, iddianamenin iadesinden sonra yeniden iddiname düzenlenmesi, şüphelinin ifadesinin alınması, adli para cezasını gerektiren suçlarda ön ödeme önerisinde bulunulması gibi durumlarda iki aylık dava açma süresinin fiili olarak kısalması ve buna bağlı olarak da sürenin kaçırılması sonucunun doğabileceği, ayrıca dava açmanın Cumhuriyet savcısının inisiyatifinde bulunduğu da gözetildiğinde iki aylık sürenin yeterli ve makul olmadığı sonucuna varmıştır.[13]

Netice itibariyle AYM, Yargıtay'ın içine düştüğü bu sorunu kendi kararında ele almıştır. Bu anlamda, iddianamenin kabulü için öngörülen sürenin dava açma süresine dâhil olduğunu belirterek aslında kamu davasının açılabilmesi için iddianamenin düzenlenmesini yeterli gören Yargıtay içtihadına katılmadığını ortaya koymuştur. Ancak bu uygulamanın getirdiği değişiklikten de rahatsız olduğunu belirtmiş ve bu meselenin çözümünü iki aylık dava açma süresinin iptalinde bulmuştur.

---

12 "…1412 sayılı CYY uygulamasında kamu davasının iddianamenin düzenlendiği tarihte açılmış sayılması karşısında, Cumhuriyet Savcılığı'na tanınan 2 aylık dava açma süresinin, sonraki herhangi bir yasayla değiştirilmediği ve 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren **5271 sayılı CYY'nin 175. maddesi hükmünün, 5187 sayılı Basın Yasası'nı düzenleyen yasa koyucunun amacına aykırı biçimde yorumlanması suretiyle kısaltılamayacağı gözetilmeden**, sanık hakkında 20.07.2006 tarihli iddianameyle 2 aylık süre geçirilmeden açılan kamu davasının yasal olmayan gerekçeyle düşürülmesine karar verilmesi…" (www.kazanci.com).

13 AYM, 28.04.2011, 2009/66 E., 2011/72 K. (06.07.2011 tarih ve 27986 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır).

AYM, bahsedilen iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihi, kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasından itibaren bir sene sonrası olarak belirlemiştir. Burada gaye elbette, bu süre içerisinde kanunkoyucuya yeni bir düzenleme yapması için süre tanımaktır.

Ancak kanunkoyucu bu süre içerisinde yeni bir düzenleme yapmazsa bunun sonucu ne olacaktır? Buna göre TCK m. 66 ve devamı maddelerdeki dava zamanaşımına ilişkin genel kurallar uygulanacaktır. Ancak bu durum da Bas.K. anlamında bir karmaşaya sebebiyet verecektir. Zira Bas.K. m. 26'da günlük süreli yayınlar dışında kalan basılmış eserler bakımından dört aylık dava açma süresi mevcuttur. Bunun neticesinde günlük süreli yayınlar söz konusu olduğunda dava zamanaşımı süresi dışında herhangi bir süre sınırlaması olmayacakken, bunların dışında kalan basılmış eserler bakımından dört aylık süre var olacaktır. Bu nedenle kanunkoyucunun AYM'nin kararının Resmi Gazete'de yayımlandığı 06.07.2011 tarihinden itibaren başlayan bir yıllık süreci iyi değerlendirmesi gerekir. Kanaatimizce bu süreçte Bas.K. m. 26'da yapılacak düzenlemenin etraflıca düşünülmesi gereklidir. Bu anlamda sadece iptal edilen "iki aylık" ibaresinin yerine yeni bir süre getirmekle yetinilmemelidir. Dolayısıyla günlük süreli yayınların dışındaki diğer basılmış eserlerle ilgili dört aylık sürenin de bu kapsamda ele alınmasında fayda vardır.

Bunun dışında diğer bir olasılık, kamu davasının açılması kavramıyla ilgili bir değişiklik yapılmasıdır. Zira gerek Yargıtay'ın kararlarında, gerekse AYM'nin iptal kararında özellikle üzerinde durulan husus, CMK'daki iddianamenin kabulü müessesesi ile dava açma sürelerinin fiili olarak kısalmasıdır. Dolayısıyla Bas.K. m. 26'daki hükmü kamu davasının açılması olarak değil de iddianamenin düzenlenmesi olarak değiştirmek, diğer bir deyişle Bas.K.'nın yürürlüğe girdiği tarihteki ceza muhakemesi kurallarını bu şekilde bir değişiklikle yeniden uygulamak başka bir seçenek olarak düşünülebilir.

V. Sonuç

Bas.K.'daki dava açma süreleri basın özgürlüğünün korunması bakımından önem taşımaktadır. Ancak bu sürelerle ilgili tartışmalar da devam etmektedir. Özellikle CMUK döneminde yürürlüğe giren ve onun muhakeme kurallarına tabi olan Bas.K.'nın CMK'nın sistemi karşısındaki durumunun da irdelenmesi gereklidir. Bununla ilgili adımları Yargıtay atmış fakat 4. CD.'nin birbirinden farklı iki ayrı içtihadı bu girişimleri sonuçsuz bırakmıştır. AYM verdiği iptal kararı ile uygulamada da gittikçe önemli bir problem haline gelen bu durumla ilgili bir çizgi çekmiştir. AYM mevcut kanuni düzenlemelerin uygulanması zorunluluğu ile bunların uygulanmasından doğan

rahatsızlığın doğurduğu sıkıntıyı kararına yansıtmış ve günlük süreli yayınlar bakımından öngörülen iki aylık dava açma süresinin iptaline karar vermiştir.

İçinde bulunduğumuz durum Bas.K.'da bahsedilen dava açma süresi kavramı üzerine yeniden düşünülmesini gerektirmektedir. Öte yandan AYM verdiği karar ile hukukçulara bu anlamda bir şans da tanımıştır. Bu şansın iyi değerlendirilmesi gerekir.

Kanaatimizce, AYM'nin verdiği bir senelik süre içerisinde sadece iptal edilen "iki aylık" ibaresiyle ilgili değil, tüm maddeyle ilgili bir çalışma yapılmalıdır. Bu yapılırken yukarıda bahsettiğimiz birtakım hususlar göz önünde tutulabilir. Bu noktada yabancı hukuki düzenlemelerden yararlanmak da mümkündür. Bu bakımından Alman hukukundaki suçun ağırlığına göre süre belirlemek düşünülebilir. Ancak hukukumuzda artık cürüm-kabahat ayrımı olmadığından bu düzenlemeyi kanunda o suç için öngörülen cezaya göre yapmak tercih edilebilir. Öte yandan, AYM'nin sadece iki aylık süreyi iptal etmesinden yararlanarak, Fransız hukukunda öngörüldüğü gibi, yayının türü fark etmeksizin hepsi için tek bir dava açma süresi belirlenebilir.

5941 sayılı Çek Kanunu'na Göre Gerçek Kişilerin Temsilci Aracılığıyla Çek Düzenlemesi ve Gerçek Kişi Tacirin Ticari Mümessilinin Çek Düzenleme Yetkisi

*H. Ali DURAL**

I. Giriş

5941 sayılı Çek Kanunu[1], muhatap bankanın yükümlülükleri, çek türleri, çek yapraklarının şekli, muhatap bankanın her çek yaprağı başına sorumluluğu, çekin karşılıksız çıkması halinde hamilin başvuru hakları gibi birçok konuda 3167 sayılı Kanun'a göre oldukça yeni düzenlemeler içermektedir. 5941 sayılı Çek Kanunu'nun getirdiği yeni düzenlemelerden biri de, gerçek kişilerin temsilci aracılığıyla çek keşide etmelerine ilişkin 5/3 maddesidir. Gerçekten anılan düzenlemede, gerçek kişilerin kendileri adına çek düzenlemek için temsilci tayin edemeyecekleri belirtildikten sonra, gerçek kişilerin temsilci aracılığı ile çek düzenlenmesi halinde hukuki veya cezai sorumluluğun kendilerine ait olacağı düzenleme altına alınmıştır.

Bu düzenleme, birçok sorunu beraberinde getirmektedir. Öncelikle, gerçek kişilerin temsilci kullanarak çek düzenlemeleri halinde, bu durum çekin geçerliliğini etkileyecek midir? Bir diğer ifadeyle 5941 sayılı Çek Kanunu'nun 5/3 maddesiyle bir temsil yasağı mı getirilmektedir? Yoksa sadece çekin temsilci aracılığıyla düzenlenmesi halinde hukuki ve cezai sorumluluğun kime ait olduğu mu düzenlenmiştir? Bu sorulara verilecek cevap, özellikle, tacir adına kambiyo taahhüdünde bulunma yetkisini kanundan alan ticari mümessilin çek düzenleme yetkisi açısından hukuki durumunun ne olacağını da doğrudan ilgilendirmektedir. Çünkü, 5941 sayılı Çek Kanunu'nun 5/3 maddesinin bir temsil yasağı getirdiğinin kabulü halinde, ticari mümessile iyiniyetli kişilere karşı tacir adına kambiyo taahhüdünde bulunma yetkisini veren BK. m. 450/1'in, 5941 sayılı Çek Kanununu m. 5/3 maddesi karşısında

---

* Yard. Doç. Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 RG.14.12.2009, S. 27438.

çek keşide etme açısından uygulanabilirliği sorunu ortaya çıkacaktır. Dolayısıyla bu sorulara verilecek cevaplar, ticari hayatı yakından ilgilendirmektedir.

Biz bu çalışmamızda, öncelikle 5941 sayılı Çek Kanunu'nun 5/3 maddesi ile getirilen hükmü, çekin geçerliliğine etkisi ve hükmün amacı açısından madde hakkında öğretide ileri sürülen görüşler çerçevesinde inceledikten sonra, bu düzenlemenin ticari mümessilin tacir adına çek düzenleme yetkisini ortadan kaldırıp kaldırmadığını inceleyeceğiz. Belirtmek gerekir ki, çalışmamızda konu özel hukuk boyutu ile ele alınacak olup, konunun ceza hukuku boyutu ele alınmamıştır.

II. 5941 sayılı Çek Kanunu'nun gerçek kişilerin temsilci vasıtasıyla çek keşide etmelerine ilişkin 5. maddenin 3. fıkrası

1. Fıkranın Getirdiği Düzenleme:

5941 sayılı Çek Kanunu'nun *"Ceza sorumluluğu, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı"* başlığını taşıyan 5. maddesinin 3. fıkrası, "*Çek hesabı sahibi gerçek kişi, kendisi adına çek düzenlemek*[2] *üzere bir başkasını temsilci veya vekil olarak tayin edemez. Gerçek kişinin temsilcisi veya vekili olarak çek düzenlenmesi halinde, bu çekten dolayı hukuki ve cezai sorumluluk çek hesabı sahibine aittir"* düzenlemesini getirmektedir.

Hemen belirtelim ki, fıkrada yer alan 2. cümle Tasarı'da yer almamaktaydı; anılan fıkra "*Çek hesabı gerçek kişi, kendisi adına çek düzenlemek üzere bir başkasını temsilci olarak tayin edemez"* şeklindeydi. Alt Komisyon'da, düzenlemeye *"veya vekili"* ibaresi eklenmiş; bu değişiklik Adalet Komisyonu tarafından da benimsenmiş ve fıkra "*Çek hesabı sahibi gerçek kişi, kendisi adına çek düzenlemek üzere bir başkasını temsilci veya vekil olarak tayin edemez*" şeklini alarak TBMM Genel Kurulu'na sunulmuştur[3]. TBMM Genel

---

2 5941 sayılı Çek Kanunu'nda "keşide etmek" yerine "düzenlemek" fiilinin tercih edilmesinin haklı eleştirisi için bkz. **Kendigelen, Abuzer,** Çek Hukuku, İstanbul 2007, 417 (Yazarın bu eleştirisi, atıfta bulunduğumuz *Çek Hukuku* adlı kitabının arkasında yer alan ve Hukuki Perspektifler Dergisi, Eylül 2006, s. 177-185'de yayımlanan "Çek Kanunu Taslağının Hukuki Açıdan Değerlendirilmesi" adlı makalesinde yer almaktadır).

3 Belirtmek gerekir ki, "veya vekili" ibaresinin eklenmesine gerek olmadığı gibi, bu ibarenin eklenmesi isabetli de olmamıştır; zira temsilci, kendisine temsil yetkisi veren kişi adına ve hesabına hareket eder ve temsilcinin yapmış olduğu hukuki işlemin bütün hüküm ve sonuçları temsil olunan üzerinde doğar (BK. m. 32/1). Vekalet sözleşmesi uyarınca "vekil" olan kişi ise, sözleşmeyle kendisine verilen işin yapılmasını üstlenir. Verilen işin niteliği, vekalet veren adına ve hesabına bir hukuki işlem yapmayı gerektirmiyorsa, kendisine ayrıca bir temsil yetkisi verilmesi

Kurulu'nda yapılan görüşmelerde, milletvekilleri tarafından verilen önerge doğrultusunda fıkraya "*Gerçek kişinin temsilcisi veya vekili olarak çek düzenlenmesi halinde, bu çekten dolayı hukuki ve cezai sorumluluk çek hesabı sahibine aittir*" cümlesi eklenerek 5. maddenin 3. fıkrası yukarıda belirttiğimiz gibi son şeklini almıştır.

Fıkranın gelişim sürecini bu şekilde belirttikten sonra, fıkranın gerekçesinin de bu süreç dikkate alınarak yansıtılması gerekmektedir. Fıkranın Tasarı'da yer alan şekline ilişkin gerekçesi "*Üçüncü fıkrada çek hesabı sahibinin gerçek kişi olması halinde, ikinci fıkrada benimsenen ilke çerçevesinde, kendisi çek düzenlemek üzere başkasını temsilci olarak tayin edemeyeceğine ilişkin hüküm düzenlenmiştir*" şeklindedir[4]. Görüldüğü üzere gerekçe, düzenlemenin sebebi ve amacı açısından herhangi bir açıklama içermemektedir. Buna karşın, fıkraya TBMM Genel Kurulu'nda eklenen ikinci cümlenin gerekçesi, ilgili önergede "*hükmün sonucunu tereddüde yer bırakmayacak şekilde göstermek*" olarak ifade edilmiştir[5].

Fıkranın getirdiği düzenleme hakkında öğretide ileri sürülen görüşlerin belirtilmesine geçmeden önce, iki hususun üzerinde durulması gerektiğini düşünüyoruz. Öncelikle, fıkrada sadece gerçek kişilerin temsilci kullanarak çek keşide etmesine bir yasaklama getirilmektedir. Tüzel kişinin çek keşide etmek için bir temsilci tayin etmesine ise herhangi bir yasak getirilmemektedir[6]. İkinci olarak fıkra, gerçek kişilerin yasal temsilcilerinin çek keşide etmesine herhangi bir sınırlama getirmemektedir[7]; zira 5941 sayılı Kanun

---

söz konusu değildir. Kendisine temsil yetkisi verilen vekil, aynı zamanda BK. m. 32 uyarınca temsilci sıfatına sahiptir. Bu yüzden fıkrada sadece "temsilci" denmiş olsaydı dahi bunun, ayrıca kendisine temsil yetkisi verilen vekili de kapsayacağı kuşkusuzdur. Gerek olmamakla birlikte, fıkrada mutlaka vekile değinilmek isteniyorsa bunun "temsil yetkisine sahip vekil" şeklinde bir ekleme yapılarak sağlanması hukuken çok daha isabetli olurdu (Aynı yönde bkz. **Kırca, İsmail,** 5941 Sayılı Çek Kanunu, Konferans (22 Ocak 2010), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2010/III, s. 8, dn.4).

4 Gerekçede yollama yapılan 5. maddenin 2. fıkrası, "*Birinci fıkra hükmüne göre çek karşılığını ilgili banka hesabında bulundurmakla yükümlü olan kişi, çek hesabı sahibidir. Çek hesabı sahibinin tüzel kişi olması halinde, bu tüzel kişinin mali işlerini yürütmekle görevlendirilen yönetim organının üyesi, böyle bir belirleme yapılmamışsa yönetim organını oluşturan gerçek kişi veya kişiler, çek karşılığını ilgili banka hesabında bulundurmakla yükümlüdür*".

5 http://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem23/yil4/bas/b030m.htm

6 **Kırca,** s. 26.

7 Aynı yönde **Reisoğlu, Seza,** Yeni Çek Kanunu ve Hukuki Sorunlar, Bankacılar Dergisi, Mart 2010, S. 72, s. 53. Aksi görüş, **Çağlar, Hayrettin,** 5941 sayılı Çek Kanunu Hükümlerine Göre, Ticaret Şirketi Yöneticilerinin, Temsilcilerinin ve İmza Yetkililerinin Çek Hesabı Açma ve Çek Düzenleme Yasağı, GÜHFD, C. XIII, S. I-II, (Haziran-Aralık 2009), s. 3. Yazar, Kanunkoyucu'nun m. 5/3'te gerçek kişinin adına çek hesabı açtırma yetkisi verdiği vekil veya *yasal temsilciye* çek

yasal temsilciyi de içeren düzenleme yaptığı maddelerde "yasal temsilci" hukuki terimini özellikle kullanmaktadır[8]. 5941 sayılı Çek Kanunu m. 5/3'de ise, "yasal temsilci" terimi kullanılmayarak "temsilci veya vekil" terimleri kullanılmıştır. Bunun yanısıra, fıkrada yer alan "tayin edemez" ibaresi, açıkça çek hesabı sahibinin iradesi ile tayin ettiği temsilciyi hedef almaktadır. Dolayısıyla fıkra, çek hesabı sahibinin yasal temsilcisine değil, iradi temsilcisine yönelik bir düzenleme içermektedir.

2. Fıkranın Getirdiği Düzenleme Hakkında Öğretide İleri Sürülen Görüşler

Öğretide, 5941 sayılı Kanun'un 5. maddesinin 3. fıkrasının getirdiği düzenlemenin hem lehinde ve hem aleyhinde görüşler ileri sürülmektedir. Belirtmek gerekir ki, düzenlemenin lehinde ileri sürülen görüşler, Tasarı'nın hazırlanması için Adalet Bakanlığı tarafından kurulan Bilim Komisyonu üyeleri tarafından ileri sürülmektedir.

Gerçekten Bilim Komisyonu başkanı *Tekinalp*'e[9] göre;

> *"Bu hüküm öncelikle bankaların, hesap sahibinin temsilcisi veya vekili adına, yani onların adlarını ve "temsilci"/ "vekil" sıfatlarını taşıyan çek defteri bastırma taleplerini reddetmeleri için öngörülmüştür. Aksine hareket eden bankalar basiret ilkesini ihlalden sorumlu olur. İkinci olarak, bu hüküm, gerçek kişilerin temsilci veya vekil aracılığıyla çek düzenlemeleri çekin kıymetli evrak niteliğine uygun düşmediği için öngörülmüştür. Vekaletin ve temsil belgesinin çekle dolaşması mümkün değildir. Vekaletin veya temsil belgesinin gerçekliği, genel vekaletnamelerdeki yetki hükmünün yorumu, yetkinin aşılıp aşılmadığı bir çok uyuşmazlığa sebebiyet verir. Hesap sahibinin defterini veya bazı çek yapraklarını vekil veya temsilciye bırakması anormal bir durumdur. Üçüncü olarak, vekaletle işlemin sınırlandırılması hukuka aykırı değildir. Bunun bilinen örneği BK. m. 388 f. 3'tür. Dördüncü olarak, hüküm bir yasak getirmemekte, geçersizlik öngörmemektedir. Nihayet, sorumluluğun hesap sahibine yüklenmesi hem BK. m. 32 vd. hem de TK. M. 590 ile tam uyumludur; ilke tekrarlanmıştır".*

---

düzenlenme yetkisi vermediğini, bu durumda küçük veya kısıtlı olan tacir adına işlem yapmaya yetkili yasal temsilcinin çek düzenleme yetkisinin olmamasının, ticaret hayatı açısından ciddi sakıncalar doğuracağını ileri sürmüştür. Ancak Yazar, görüşünü kaleme alırken herhangi bir gerekçe belirtmediğinden, kendisinin, m. 5/3'ün yasal temsilciye çek düzenleme yetkisi vermediği kanaatine nasıl ulaştığı anlaşılamamaktadır.

8 Örneğin m. 2/3 ve m. 2/10.

9 **Poroy, Reha/ Tekinalp,Ünal,** Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 20. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 312 No. 511b.

Bilim Komisyonu'nun bir diğer üyesi *Özgenç*[10], m.5/3'ü ceza sorumluluğu açısından değerlendirmektedir. Yazar, fıkranın ilk cümlesinin çekin karşılıksız çıkması halinde ceza sorumluluğunun kime terettüp ettiğini belirleme bakımından 3167 sayılı Kanun uygulamasında karşılaşılan tereddütler göz önünde bulundurularak kaleme alındığını; TBMM Genel Kurulu'nda fıkraya eklenen ikinci cümlenin yanlış anlaşılmaya elverişli şekilde formüle edildiğini; bu ifade biçimine göre sanki vekilin karşılıksızdır işlemine tabi tutulan çek dolayısıyla hiçbir surette hukuki ve cezai bakımdan sorumlu tutulamayacağını ve fıkranın bu şekilde anlaşılmasının hükmün konuluş amacıyla ve hukukun genel prensipleriyle bağdaşmayacağını; çek hesabı sahibinin hukuki ve cezai sorumluluğunun kabulünün, vekilin de tazminat ve ceza hukuku bakımından sorumlu olmasına engel teşkil etmediğini ifade etmektedir[11]. Yazar aynı zamanda, yasağa rağmen gerçek kişi hesap sahibine vekaleten bir başkası tarafından keşide edilen çekin hukuken geçerli olduğunu[12]; yasağa rağmen vekaleten çek keşide edilmesi halinde çek hesabı sahibinin hukuki ve cezai sorumluluktan kurtulamayacağını belirtmektedir[13].

Reisoğlu, m. 5/3'den; çek hesabı sahibi tarafından yasağa aykırı olarak, çek keşidesi için üçüncü kişilere özel vekâlet verilmesi ve vekilin, temsilcinin çek keşide etmesi halinde vekaleten çekilen çeklerin geçerli olup olmadığı hususunun açıkça anlaşılamadığını; maddenin lafzının ve TBMM'de eklenen cümlenin, her iki tür yoruma müsait olduğunu; vekâleten keşide edilen çekin geçersiz olduğu görüşünün hem m. 5/3'ün lâfzına ve TBMM'de ilave edilen ikinci cümleye dayandırılabileceğini, hem de çek hesabı sahibi için cezai yaptırımın bulunmasının bu tür çeklerin hükümsüzlüğünün delili olarak ileri sürülebileceğini; buna karşılık bu tür çeklerin geçerli olduğunu, 5/3. maddede geçersizlikten söz edilmediğini; TBMM'de ilave edilen cümle ile Yasa Koyucunun, sadece çek hesabı sahibinin vekâleten çek keşidesinden caydırılmasının amaçlandığını, çekin niteliğinin ve çek lehdarlarının ve hamillerinin korunmasının çekin geçerliliği ile mümkün olduğunun da savunulabileceğini ve nihai kararı Yargının vereceğini ifade etmektedir[14].

---

10 **Özgenç, İzzet,** Çek Kanunu, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010, s. 80-81.

11 **Belirtmek gerekir ki, Yazarın, çekin karşılıksız çıkması halinde vekilin tazminat**la sorumlu tutulması gerektiğine ilişkin görüşüne BK. m. 32/1 ve TTK. m. 590 karşısında katılma olanağı yoktur.

12 **Özgenç,** s. 81.

13 **Özgenç,** s. 83.

14 **Reisoğlu,** s. 54. Yazara göre, Yargı karar verinceye kadar *"…bankaların gerçek kişilere vekaleten çekilen ve süresinde ibraz edilen çekleri geçerli sayarak işlem yapmaları uygun olacaktır. Zira çek sonradan mahkemelerce geçersiz sayılsa bile, bankanın çekin karşılığı varsa bunu ödemesi, hesap sahibine karşı ödediği meblağı rücu etmesini engellemeyecek, çek geçersiz olsa da; çek keşidesi geçerli bir havale talimatı olmaya devam edecektir. Çekin karşılığının olmaması halinde ise; hesap*

Kırca, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü'nde vermiş olduğu Konferansın "Tartışmalar" bölümünde m. 5/3'de getirilen yasağın ihlali halinde bunun yaptırımının belirlendiğini; yasağın ihlalinin çekin geçerliliğini etkilemediğini; yasağın mantığını anlamak konusunda özel bir çaba sarfetmek zorunda kaldığını; konuya sırf ceza hukuku açısından yaklaşmak suretiyle birer özel hukuk kurumu olan çek ve temsil kurumları üzerinde bu kadar oynamanın, pek isabetli olmadığını ifade etmiştir[15].

Pulaşlı[16], bir kişinin, gerçek kişinin temsilcisi veya vekili olarak çek keşide etmesi halinde bu çekin geçerli olduğu görüşünü savunmaktadır.

Arslan/Kayançiçek[17]*,* konuya ceza hukuku açısından yaklaşarak m. 5/3 hükmünde açıkça vekaleten düzenlenen çekleri geçersiz olacağından söz edilmediğini ve Kanunkoyucu'nun TBMM'de fıkraya ilave ettiği cümleyle çeki fiilen keşide eden vekili cezadan muaf kılmayı değil, aksine iştirak kurallarının esnekliği karşısında çek hesabı sahibini cezalandırma zorluğunu aşmayı amaçladığını gerekçe göstererek, böyle bir çekin geçerli olduğunu kabul etmek gerektiğini savunmaktadırlar. Yazarlara göre ayrıca, m. 5/1'de gerçek kişileri temsilen veya vekaleten keşide edilen çeklerin karşılıkları bulunmadığında karşılıksızdır işlemine tabi tutulmuş olması, bu çekin geçerli göründüğünün açık bir kanıtıdır. Öte yandan, çekin niteliğinin ve çek lehtarları ile hamillerinin korunmasının, çekin geçerliliği ile mümkün olduğu esasından hareket edildiğinde de bu sonuca ulaşmak mümkündür. Bunun yanısıra yazarlar, bu görüşlerinin yetkisiz temsil açısından da sorun yaratmayacağını; zira TTK. m. 590'nın varlığı karşısında temsile yetkili olmayan kişinin çek düzenlemesi olasılığında hesap sahibi gerçek kişi açısından 5/3 hükmünün uygulanmasının mümkün olmadığını savunmaktadırlar.

3. Görüşümüz ve Önerimiz

5491 sayılı Çek Kanunu m. 5/3 c. 1'de, gerçek kişinin, çek keşide etmek için temsilci (veya temsil yetkisini haiz vekil) tayin etmesi ve bunun sonu-

---

sahibinin itibarının zedelendiği iddiası iyi niyet kurallarına aykırı olduğu için dinlenmeyecektir. Buna karşılık bankanın işlem yapmayarak iade ettiği çek geçerli sayılırsa, geçerli sayılan çekin karşılığının, hamiline ödenmemesi (Md 7/5) veya çekte karşılıksız işlemi yapmaması nedeniyle (Md 7/3) banka görevlisi bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılabilecektir" (s. 54).

15 **Kırca,** s. 41-42.

16 **Pulaşlı, Hasan,** Çek Hukuku ve İlgili Mevzuat, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 52 dn. 47. Yazar, "*Gerekçede yasaklamanın nedeni hakkında hiçbir açıklama yoktur. Yasaklama hakkındaki muhtemel sebeplere ilişkin kafa yormak bir yana bırakılırsa…"* demek suretiyle m.5/3'deki düzenlemenin herhangi bir amacının bulunmadığını dolaylı yoldan ifade ettiği kanaatindeyiz.

17 **Arslan, Çetin/Kayançiçek, Murat,** 5941 sayılı Çek Kanunu Şerhi, Ankara 2010, s. 385-386.

cunda da gerçek kişinin temsilci aracılığıyla çek keşide etmesi yasaklanmıştır[18]; cümlede yer alan "tayin edemez" ifadesi Kanunkoyucu'nun gerçek kişinin temsilci aracılığıyla çek düzenlemesine yönelik yasaklama iradesini açıkça göstermektedir. Fıkranın 2. cümlesinde ayrıca gerçek kişinin temsilci aracılığıyla çek keşide etmesinin yaptırımı da düzenlenmiştir. Buna göre, gerçek kişi hesap sahibinin temsilci aracılığıyla çek keşide etmesi halinde, bu çekten dolayı hukuki ve cezai sorumluluk çek hesabı sahibine ait olacaktır. Görüldüğü üzere, bu hüküm gerçek kişinin temsilcisinin çek keşide etmesi halini çek açısından bir geçersizlik sebebi saymamış, yasağa aykırı davranışa sorumluluk yönünden yaptırım öngörmüştür. Belirtmek gerekir ki, cezai sorumluluk açısından getirilen yaptırım bir yana bırakılacak olursa, m. 5/3 c.2'de öngörülen yaptırım, özel hukuk açısından, BK. m. 32/1'de *"salâhiyetar bir mümessil tarafından diğer bir kimse namına yapılan akdin alacak ve borçları, o kimseye intikal eder"* şeklinde düzenlenen temsile ilişkin temel ilkeden farklı sonuç getirmemektedir. Bunun yanısıra, 5941 sayılı Çek Kanunu m. 5/3, TTK. m. 730/1 b.3'ün yapmış olduğu yollama ile çekler hakkında da uygulanan TTK. m. 530'da "*Temsile salâhiyetli olmadığı halde bir şahsın temsilcisi sıfatiyle bir poliçeye imzasını koyan kimse, o poliçeden dolayı bizzat mesul olur ve poliçeyi ödediği takdirde temsil olunan haiz olabileceği haklara sahip olur. Salâhiyetini aşan temsilci için dahi hüküm böyledir"* şeklinde ifade edilen kuralda da herhangi bir değişiklik yapmamaktadır. Kısaca ifade etmek gerekir ki, 5941 sayılı Çek Kanunu m.5/3 c.2'de gerçek kişinin temsilci aracılığıyla çek düzenlemesi yasağının yaptırımı olarak düzenlenen hüküm, BK. m. 32/1 ve TTK. m. 590'da düzenlenen temel ilkelerde değişiklik yapmayarak bu ilkeleri tekrar etmektedir[19]. Hal böyle olunca, gerçek kişinin temsilci aracılığıyla çek keşide etmesini yasaklayıp, daha sonra yaptırım olarak BK. m. 32/1'de ifade edilen temel ilkeyi öngören m. 5/3, temsile ilişkin temel ilkeleri tekrar etmek dışında, en azından özel hukuk sorumluluğu açısından, bir anlam ifade etmemektedir.

Buna karşın, madde gerekçesinde böyle bir düzenlemenin hangi amaca yönelik olduğu hususunda herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Bu durumda, hükmün amacını tespit etmede, Tasarıyı hazırlayan Bilim Komisyonu üyelerinin görüş ve açıklamaları yol gösterici olabilecektir.

Yukarıda da belirtildiği gibi *Tekinalp,* konuya özel hukuk boyutundan yaklaşarak yasağın temel olarak iki amaçla getirildiğini belirtmektedir. Bu amaçlardan ilki, bankaların hesap sahibinin temsilcisi veya vekili adına, yani onların adlarını ve "temsilci"/ "vekil" sıfatlarını taşıyan çek defteri bastırma taleplerini reddetmeleri gerektiğidir. Ancak Yazar'ın ileri sürmüş olduğu bu gerekçe, gerçek kişi hesap sahibinin temsilci aracılığıyla çek keşide

---

18 Fıkranın bir yasak getirmediği hakkında **Poroy/ Tekinalp** s. 312 No. 511b.

19 **Poroy/Tekinalp,** s. 312 No. 511b.

etmesinin ve dolayısıyla da çek yaprağında temsilcinin adının ve "temsilci/ vekil" olduğunun belirtilmesinin ne gibi bir sakıncası olduğunu açıklamaktan uzaktır. Kaldı ki, böyle bir amaç taşınıyor ise, buna ilişkin düzenlemenin çek yapraklarının baskı şeklini düzenleyen 2. madde de yapılması gerekirdi.

Tekinalp'in m. 5/3'de yer alan yasağın amacına ilişkin yaptığı bir diğer açıklama ise, gerçek kişinin temsilci aracılığı ile çek düzenlemesinin çekin kıymetli evrak niteliği ile bağdaşmadığı; vekaletin ve temsil yetkisinin çekle birlikte dolaşmasının mümkün olmadığı; vekaletin veya temsil belgesinin gerçekliğinin, genel vekaletnamelerdeki yetki hükmünün yorumunun, yetkinin aşılıp aşılmadığının bir çok uyuşmazlığa sebebiyet verdiği ve hesap sahibinin çek karnesini veya bazı çek yapraklarını temsilciye bırakmasının anormal bir durum olduğu yönündedir. Yazarın bu görüşlerine de katılma imkanı bulamamaktayız. Öncelikle belirtmek gerekir ki, kıymetli evrakın bir türü olan kambiyo senetlerinin (poliçe, bono, çek) temsilci aracılığıyla düzenlemelerini yasaklayan herhangi bir düzenleme bulunmadığı gibi, tam tersine BK. 388/3 vekilin özel olarak yetkilendirilmek şartıyla kambiyo taahhüdünde bulunabileceğini düzenlemektedir[20]. Aynı şekilde BK. m. 450/1, ticari mümessilin özel olarak yetkilendirilmesine dahi gerek olmaksızın iyiniyetli üçüncü kişilere karşı kambiyo taahhüdünde bulunmaya yetkili olduğunu hüküm altına almıştır. Görüldüğü üzere, Kanunkoyucu aralarında çekin de bulunduğu kambiyo senetlerinin temsilci aracılığıyla düzenlemesini anormal bir durum olarak görmemiş, kambiyo senetlerinin temsilci aracılığıyla düzenlenebileceğini hükme bağlamıştır. Kaldı ki Kanunkoyucu, temsil yetkisinin var olup olmadığı, temsilcinin temsil yetkisini aşıp aşmadığı gibi hususları da öngörerek, yetkisiz temsil halinde kambiyo senedinden doğan sorumluluğun yetkisiz temsilciye ait olduğunu düzenlemiştir. Bunun yanısıra, m. 5/3'deki yasağa getirilen yaptırım, temsile ilişkin genel kurallardan herhangi bir farklılık arzetmediğinden *Tekinalp*'in ileri sürdüğü sakıncalara da bir çözüm getirmemektedir. Kanunkoyucu'nun amacı *Tekinalp* tarafından ileri sürülen sakıncaları gidermek olsa idi, temsile bağlanan sonuçları tekrar eden bir hüküm yerine, bu sakıncaları gideren çok daha farklı bir düzenleme getirilmesi gerekirdi.

Yukarıda açıkladığımız bu gerekçelerle biz, 5941 sayılı Çek Kanunu'nun 5/3 maddesinde getirilen düzenlemenin amacının, gerçek kişi hesap sahibini

---

20 *Tekinalp,* m. 5/3 hakkında yapmış olduğu açıklamalarda vekaletle işlemin sınırlandırılmasının hukuka aykırı olmadığını, bunun bilinen örneğinin BK. m. 388/3 olduğunu belirtmektedir (**Poroy/Tekinalp,** s. 312 No. 511b). Kanaatimizce, BK. m. 388/3, aralarında kambiyo taahhüdünün de bulunduğu bazı işlemlerin yapılması için bir sınırlandırma getirmemekte, sadece bu işlemlerin yapılabilmesi için özel olarak vekilin yetkilendirilmesini aramaktadır. Bir diğer ifadeyle, maddede sayılan işlemlerin hiçbir suretle vekil tarafından yapılmayacağını düzenlememektedir. Hüküm, vekalet vereni koruma amacıyla konulmuştur. Buna karşın, 5941 sayılı Çek Kanunu m. 5/3, vekil açısından bir yasaklama getirmektedir.

temsilen çek keşide edilmesi durumunda özel hukuk sorumluluğuna ilişkin genel kurallarda değişiklik yapmak olduğunu düşünmüyoruz. Buna karşın, Tasarı'yı hazırlayan Bilim Komisyonu'nun bir diğer üyesi *Özgenç*'in hükmün amacına ilişkin yaptığı açıklamalar[21], hükmün amacının ceza sorumluluğuna ilişkin olduğunu göstermektedir. Hükmün yer aldığı 5. maddenin başlığının "ceza sorumluluğu, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı" olması da *Özgenç*'in hükmün amacının ceza sorumluluğuna ilişkin olduğunu destekler niteliktedir. Ayrıca, 5941 sayılı Çek Kanunu'nun 5/3 maddesinin gerekçesinde çek hesabı sahibinin kim olduğunu düzenleyen m.5/2'ye yollama yapması, m. 5/2'nin de karşılıksız işleminin cezai yaptırımını düzenleyen m. 5/1'e atıfta bulunması, m. 5/3'ün amacının, gerçek kişinin temsilci aracılığıyla çek keşide etmesi halinde karşılıksız çek düzenleme suçunun failinin hesap sahibi mi yoksa temsilci mi olduğu yönündeki tereddütleri gidermek olduğunu ayrıca göstermektedir. Ceza sorumluluğunu düzenlemek amacıyla getirilen hükmün, hukuki sorumluluktan bahsederek ve fakat hukuki sorumluluğa ilişkin genel kurallarda hiçbir değişiklik yapmayarak hükmün anlaşılmasını zorlaştıran ve üzerinde tartışma yaratacak şekilde farklı görüşlerin ileri sürülmesine sebebiyet veren böyle karmaşık bir düzenleme getirmesi son derece isabetsiz olmuştur.

Bu sebeple biz, hükmün bir an önce *"Gerçek kişi hesap sahibinin temsilcisinin düzenlediği çeklerden dolayı cezai sorumluluk hesap sahibine aittir"* şeklinde değiştirilmesini öneriyoruz.

III. 5941 sayılı Çek Kanunu m. 5/3'ün Getirdiği Düzenlemenin Ticari Mümessilin Gerçek Kişi Taciri Temsilen Çek Düzenleme Yetkisine Etkisi

BK. m. 450/1 uyarınca ticari mümessil ticari işletme sahibi adına iyiniyetli üçüncü kişilere karşı kambiyo taahhüdünde bulunmak yetkisine sahiptir. Ticari mümessilin bu yetkisi, BK. m. 451 uyarınca iyiniyetli üçüncü kişilere karşı sınırlandırılamaz. İşte 5941 sayılı Çek Kanunu m. 5/3'de getirilen düzenleme, gerçek kişi tacirin ticari mümessilinin BK. m. 450/1'den kaynaklanan gerçek kişi tacir adına çek keşide etme yetkisine ilişkin öğretide farklı görüşlerin ileri sürülmesine neden olmuştur.

Kırca, 5491 sayılı Çek Kanunu'nun ticari mümessilin çek keşide etmesi konusunda bir istisna getirmediğini ve ticari mümessilin yasağa rağmen çek keşide ederse çekin geçerli ve adına çek keşide edilen hesap sahibinin hukuken sorumlu olacağını belirtmektedir[22].

---

21 **Özgenç,** s. 80-81. Aynı yönde **Arslan/Kayançiçek**, s. 385-386.

22 **Kırca,** s. 41.

Pulaşlı, 5491 sayılı Çek Kanunu m. 5/3'le, Borçlar Kanunu'nun gerçek kişi tacirlerin ticari mümessilleri ile ticari vekillerinin kendi adına çek düzenlemesine ilişkin hükümlerin uygulamasını hukuken ortan kaldırdığını ve giderek ilgi ettiği sonucuna varılabileceğini; gerçek kişi tacirler için büyük bir handikap oluşturan bu hükmün kaldırılarak yerine, en azından gerçek kişi tacirlerin kendi adına çek düzenlemek üzere vekil tayin etmesine ilişkin bir düzenlemenin yapılmasının yerinde olacağını ifade etmektedir[23].

Çağlar, çek düzenleme yetkisinin gerçek kişi tacir adına bir başkası tarafından kullanılamayacağının m. 5/3 de açıkça ifade edildiğini belirtmektedir[24]. Yazar, Kırca'ya atıfta bulunarak her ne kadar doktrinde bunun teorik olarak mümkün olduğu ifade edilmiş ve ticari mümessilin çek düzenlemesinin yasaklanmadığı ve böyle bir durumda ticari mümessilin düzenlediği çekin diğer unsurlarının tamam olması halinde geçerli olacağı ifade edilmişse de, gerçek kişi adına ticari mümessil tarafından çek düzenlenmesi halinde çek hesabı sahibine ve ticari mümessile uygulanacak yaptırımların ağırlığının, fiilen buna engel olacağını savunmuştur[25].

Kanaatimizce, 5941 sayılı Çek Kanunu m.5/3'ün gerçek kişi tacirin ticari mümessilinin çek düzenleme yetkisine herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Şöyle ki;

BK. m. 450/1'de ticari mümessilin temsil yetkisinin kapsamına iyiniyetli kişilere karşı tacir adına kambiyo taahhüdünde bulunmak, dolayısıyla çek keşide etmek kanun gereği dahildir. Bir diğer ifadeyle, gerçek kişi tacir, ticari mümessili ile arasındaki iç ilişkisinde ticari mümessiline çek düzenleme yetkisini vermemiş olsa dahi, bu sınırlamayı iyiniyetli çek hamiline karşı ileri süremez (BK. m. 451) Oysa ki, 5941 sayılı Çek Kanunu m. 5/3'ün lafzından gerçek kişinin iradi olarak bir kimseyi çek düzenlemek için tayin edemeyeceği, bir diğer ifadeyle bir kimseye vereceği temsil yetkisinin kapsamına çek düzenleme yetkisini dahil edemeyeceğini düzenlemektedir. Kaldı ki, 5941 sayılı Çek Kanunu m. 5/3'ün genel olarak gerçek kişilerin temsilci ara-

---

23 **Pulaşlı,** s. 52. Yazar'ın "giderek ilga ettiği" ifadesinden, BK m. 450/1'in sadece gerçek kişi tacirin ticari mümessilin çek düzenlemesi açısından ilga edildiğini kastettiğini düşünmekteyiz; zira m. 5/3'ün - BK. m. 450/1'de kambiyo taahhüdünde bulunmaktan bahsedildiğinden - gerçek kişi tacirin ticari mümessilinin poliçe ve bono düzenleme yetkisini ortadan kaldırıcı bir etkisi olmadığı gibi tüzel kişi tacirin ticari mümessilinin çek düzenleme yetkisi açısından bir etkisi bulunmamaktadır.

24 **Çağlar,** s. 3. Belirtmek gerekir ki, hüküm, genel olarak gerçek kişilerin temsilci aracılığıyla çek düzenlemesini hüküm altına almaktadır. Hükümde, ticari mümessillere ilişkin olarak açık bir düzenleme yer almamaktadır.

25 **Çağlar,** s. 3, dn.3. Bu görüşün eleştirisi için bkz. **Arslan/Kayançiçek** s. 285 dn.1193.

cılığıyla çek düzenlemesine yasak getirdiği, oysa ki, BK. m. 450/1'de özel olarak ticari mümessilin kambiyo senedi düzenlemek yetkisinin düzenlendiği, bu sebeple m. 5/3'ün sonraki tarihli olmasına rağmen BK. m. 450/1'e göre genel hüküm niteliğini kazandığı, bu sebeple ticari mümessile ilişkin özel hüküm niteliğindeki BK. m. 450/1'in uygulama alanını kaldırmadığı da rahatlıkla ileri sürülebilecektir[26].

Mamafih, yukarıda da belirttiğimiz üzere, m.5/3 temsilin hukuki sonuçlarına ilişkin kurallarda herhangi bir değişiklik yapmadığından, ticari mümessilin gerçek kişi taciri temsilen çek keşide etme yetkisi bulunduğu kabul edilsin veya edilmesin gerçek kişi tacirin ticari mümessilinin keşide ettiği çeklerden dolayı hukuki sorumluluk çek hesabı sahibi gerçek kişi tacire ait olacaktır.

IV. SONUÇ:

Yukarıda ayrıntılarıyla açıkladığımız üzere, 5941 sayılı Çek Kanunu'nun gerçek kişi hesap sahibinin temsilci aracılığıyla çek keşide etmesini yasaklayan ve yaptırım olarak hukuki ve cezai sorumluluğun çek hesabı gerçek kişiye ait olacağını düzenleyen m.5/3 hükmü, özel hukuk sorumluluğu açısından BK. m.32/1'de düzenlenen temsile ilişkin genel ilkeyi tekrar etmektedir. Bu sebeple biz, hükmün, yasağa aykırılık halinde ceza sorumluluğunu düzenlemek amacını taşıdığını, bu yapılırken de hukuki sorumluluktan bahsedilerek hükmün anlaşılmasını zorlaştıran karmaşık bir yapıya büründürüldüğünü düşünmekteyiz. Bu gerekçeyle hükmün *"Gerçek kişi hesap sahibinin temsilcisinin düzenlediği çeklerden dolayı cezai sorumluluk hesap sahibine aittir"* şeklinde değiştirilmesini öneriyoruz. Bunun yanı sıra, Çek Kanunu m.5/3'ün gerçek kişi tacirin ticari mümessilinin BK. m.450/1'den kaynaklanan çek keşide etme yetkisine herhangi bir etkisinin olmadığı; zira, BK. m.450/1'in Çek Kanunu m.5/3 karşısında özel hüküm olduğu sonucuna varmaktayız.

---

26 Hiç kuşkusuz bu görüşümüze karşılık, 5941 sayılı Çek Kanunu m. 5/3'ün BK. m. 450 karşında özel hüküm niteliğinde olduğu ileri sürülebilir. Ancak bu şekilde bir yorum, ticari mümessilin temsil yetkisini kaldırılması sonucunu doğurması sebebiyle amaca uygun olmayacaktır.

Ceza Muhakemesi Hukukunda Belirti ve İspat Değeri

*R. Barış ERMAN**

Giriş

Türk ceza muhakemesi hukukunda, ispat araçlarının farklı kategoriler altında incelendiği ve bu kategoriler altında "belirti"lere de yer verildiği görülmektedir. Bununla birlikte, belirti kavramı, özellikle öğreti kaynaklı bir konudur. Belirti kavramının, mevzuatta ve Yargıtay içtihatlarında tutarlılıkla kullanıldığı söylenemez.

Öğretide, belirtinin temel nitelikleri konusunda büyük ölçüde bir görüş birliği bulunmasına karşın, bu durum belirtinin kapsamına giren ispat araçları ve belirtilerin ispat değeri gibi konularda derin tartışmaların doğmasını engellememektedir.

Aşağıdaki çalışmada, belirti kavramının farklı yaklaşımlarla tanımlanması ve belirti ispatı konuları incelenmektedir. Bu incelemede, özellikle Türk öğretisinde yerleşmiş bulunan belirti kavramı ile buna bağlı tartışma ve görüşler açıklanmış, sonrasında ise belirti kavramının temelini oluşturan Alman öğreti ve uygulaması çerçevesinde, Türk mevzuatındaki tartışmanın dışına çıkılarak belirti kavramının özüne uygun bir biçimde yeniden tanımlanması bakımından bazı denemelerde bulunulmuştur.

Gerçekten, belirti (Indiz) kavramı, özellikle Alman öğreti ve uygulamasında 19'uncu yüzyıldan beri yerleşmiş olup, *Feuerbach* tarafından ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir[1]. Türk hukukunda da 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, bazı istisnalar dışında tamamen 1877 tarihli Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'ndan (StPO) iktibas edilmiş olduğundan[2], ispat huku-

---

* Yrd. Doç. Dr., İstanbul Bilgi Üniversitesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 Nakleden: Nack, Armin; "Indizienbeweisführung und Denkgesetze", NJW 1983, s. 1035.

2 Öztürk Bahri / Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Sırma, Özge / Saygılar,

kuna ilişkin mehaz kanun bakımından geçerli olan saptamaların Türk ceza muhakemesinin de temelini oluşturduğu kabul edilmelidir.

İspat hukuku, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu çerçevesinde de temel kavramları etkileyen bir değişikliğe uğramamış olup, halen Alman hukukunun etkisi bu hukuk dalında hissedilmektedir. Bu nedenle, aşağıdaki çalışmada Alman kaynaklarından yararlanılarak, belirti ve delil kavramları arasındaki ayrıma ve bu ayrımı ortaya koyan ölçütlere ilişkin çıkarımlarda bulunulmaya çalışılmıştır.

A. Türk Mevzuatında Belirti Kavramı

1. İspat Hukuku İle Bağlantısı Bulunmayan "Belirti" Terimleri

Öncelikle saptanmalıdır ki, Türk mevzuatında, "belirti" kavramını tanımlayan veya hukuki niteliğini belirleyen herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Bununla birlikte, Anayasa ile, bazı kanun ve yönetmeliklerde, "belirti" kavramı karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan bir kısmının, ispat hukuku ile ilgili bulunmadığı veya ispat hukukundaki "belirti" kavramını açıklamakta yararsız kaldığı görülmektedir. Aşağıda, söz konusu "belirti" ibaresini barındıran bu gibi hükümler incelenmektedir:

a) Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda yer alan belirti kavramı

Anayasa'nın "Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği" başlığını taşıyan 19'uncu maddesinde, tutuklama tedbiri ile bağlantılı olarak belirti kavramına yer verilmiştir. Buna göre:

> **Madde 19 -** Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yokedilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabilir.

Anayasa'da yer alan bu hüküm, tutuklama nedenleri ilgili olup, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 100'üncü maddesi anlamında "kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olgular"a karşılık gelmektedir. Gerçekten, öğretideki bir görüşe göre, Anayasa'nın 19'uncu maddesinde yer alan "belirti" kavramı, "kuvvetli şüphe sebebi"ni ifade etmek için kullanılmıştır[3].

Yasemin F. / Alan, Esra; Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 3.b., Seçkin, Ankara, 2010, s. 33.

3 Nurullah / Yenisey, Feridun / Nuhoğlu, Ayşe; Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. b., Beta, İstanbul, 2010, s. 928, dn. 31: *"Mülga kanunda ve ondan naklen Anayasada belirti (emare) tabiri varsa da burada delillerin bir çeşidi olan belirti değil, fakat mesela sanık beyanı ve belgeyi de içine alan 'şüphe sebepleri', 'şüphelenmeyi haklı gösteren sebepler' kasdedilmiştir. Mehaz ka-*

b) Türk Ceza Kanunu'nda yer alan belirti kavramı

Türk Ceza Kanunu, "sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu" başlığını taşıyan 280'inci maddesinde, "belirti" kavramına yer vermiştir. İlgili maddeye göre:

> **Madde 280 -** (1) Görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir **belirti** ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bu hususta gecikme gösteren sağlık mesleği mensubu, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Maddede geçen "belirti" terimi, "bir suç işlendiğinin açıkça anlaşılması veya buna yönelik şüphe doğuracak bir takım izlerin bulunması" olarak tanımlanmaktadır[4].

Bu noktada belirtilmelidir ki, bir sağlık mesleği mensubu, adli bir merci olmaması nedeniyle, neyin "suçun işlendiği yönünde bir belirti" olup neyin olmadığını saptayabilecek durumda bulunmamaktadır. Bunun dışında, söz konusu madde hekimin ihbar yükümlülüğünü aşırı derecede geniş tutarak, sağlık mesleği mensuplarını resmi kolluk gücü konumuna indirgemekte ve bunun sonucunda hastaların sağlıklarını riske atarak hekimlere başvurmaması tehlikesine neden olmaktadır[5].

Her durumda, Türk Ceza Kanunu'nda yer alan bu "belirti" teriminin, ceza muhakemesi hukukundaki "belirti" kavramı ile aynı içeriğe sahip olmadığı, ancak suç tipinin kendi kapsamı çerçevesinde anlaşılması gerektiği görülmektedir.

c) Ceza muhakemesi mevzuatında yer alan belirti kavramları

Türk ceza muhakemesi mevzuatında da, belirti kavramı tanımlanmamakta ve özellikle Ceza Muhakemesi Kanunu'nun İkinci Kitabının "Delillerin Ortaya Konulması ve Tartışılması" başlığını taşıyan Dördüncü Bölümü altında bu terime hiç yer verilmemektedir. Bununla birlikte, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun iki farklı maddesinde, söz konusu terime rastlanmaktadır.

---

nundaki 'Verdachtsgründe' tabirinin 'şüphe sebepleri' yerine 'emare (belirti) diye tercüme edilmesi, belirti genel mahiyette temsili delillerin adı olduğu için, hatalı olmuştur".

4 Hakeri, Hakan; Tıp Hukuku, 3.b., Seçkin, Ankara, 2010, s. 497.

5 Bu konudaki ayrıntılı eleştiriler için özellikle bkz. Ünver, Yener; "Türkiye'de Ceza Hukuku Alanında Yapılan Yakın Tarihli Düzenlemelerde Tıp Hukukuna İlişkin Birkaç Sorun", in: Demirhan Erdem, Ayşegül / Öncel, Öztan / Namal, Arın / Ünver, Yener / Doğan, Hanzade (ed.), Uluslararası Katılımlı I. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu Sempozyum Kitabı, y.y., İstanbul, 2005, s. 111; ayrıca bkz. Ünver, Yener; "Deliller ve Değerlendirilmesi", Legal Hukuk Dergisi, Ağustos 2005, s. 2886-2887.

İlk olarak, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun ölünün adli muayenesine ilişkin olan 86/2'nci maddesinde "tıbbi belirti" kavramı yer almaktadır:

> **Madde 86 –** (2) Ölünün adlî muayenesinde **tıbbî belirtiler,** ölüm zamanı ve ölüm nedenini belirlemek için tüm bulgular saptanır.

Bunun dışında, kişilere ne zaman kelepçe takılabileceğine ilişkin CMK m. 9'da ve aynı hükmü tekrarlayan Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği m. 7'de de belirti kavramı geçmektedir:

> **Madde 93 –** (1) Yakalanan veya tutuklanarak bir yerden diğer bir yere nakledilen kişilere, kaçacaklarına ya da kendisi veya başkalarının hayat ve beden bütünlükleri bakımından tehlike arz ettiğine ilişkin belirtilerin varlığı hâllerinde kelepçe takılabilir[6].

Son olarak, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin arama emri veya kararı aranmadan yapılabilecek aramalara ilişkin 8'inci maddesinin d bendinde de aynı kavrama rastlanmaktadır:

> **Madde 8 –** Aşağıdaki hâllerde ayrıca bir arama emri ya da kararı aranmaz:
>
> **d)** Herhangi bir sebeple hukuka uygun şekilde yakalandıktan sonra kolluk güçlerinin elinden kaçmakta olan kişilerin veya işlenmekte olan veya henüz işlenmiş olan veya pek az önce işlendiğini gösteren **belirtilerin** olduğu suçun failinin yakalanması amacıyla takibi sırasında girdikleri araç, bina ve eklentilerinde yakalanması amacıyla yapılacak aramalarda, (...)

İfade edilmelidir ki, yukarıdaki kullanımlar, "belirti" kavramına ceza muhakemesi hukukunda hangi anlamın yüklenmesi gerektiği konusunda herhangi bir çıkarımda bulunmaya yeterli değildir.

Gerçekten, CMK m. 86'da kullanıldığı şekliyle "belirti" terimi, ispat hukukunu değil, tıp mesleğini ilgilendiren bir terim olarak ve yalnızca "tıbbi belirti" bağlamında kullanılmıştır. Bu belirtilerin ne olduğunu saptayacak kişi de herhangi bir adli merci değil, ölü muayenesini gerçekleştiren hekim olacaktır.

CMK m. 93'te ise, yine şüpheli veya sanığın işlemiş olduğu iddia edilen suç ile ilgisi bulunmayan, önleyici bir tedbir kapsamında "belirti" kavramına yer verildiği görülmektedir. Dolayısıyla bu terimin de ispat hukuku bakımından yapılacak bir çıkarımda kullanılması mümkün değildir.

Son olarak, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m. 8'de yer alan "belirti" kavramı, hem bir koruma tedbiri ile, hem de bu koruma tedbirinin ilgili olduğu, işlendiği iddia edilen suç ile ilgili olarak kullanılmış olduğun-

---

6 Bu hüküm, Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 7'nci maddesinde tekrarlanmıştır.

dan, konumuza diğer ibarelerden daha yakın biçimde kullanıldığı kabul edilebilir. Bununla birlikte, söz konusu hüküm gerçekte Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 2'nci maddesinin (j) bendinde yer alan "suçüstü" tanımının bir tekrarı olup, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun ilgili hükmünde şu şekilde geçmektedir: "(...) Fiilin pek az önce işlendiğini gösteren **eşya veya delille** yakalanan kimsenin işlediği suçu (...)".

Bu durumda, iki olasılık bulunmaktadır: Ya yönetmeliğin kanunun lafzını genişlettiği, ya da yönetmelikte "belirti" ile "delil" kavramlarının eşanlamlı kullanıldığı sonucuna ulaşılmalıdır. İlk yorumun kabul edilmesi halinde, yönetmeliğin ilgili hükmünün yasa hükmüne aykırı olması ve yasayı kişi özgürlüklerini kısıtlayacak şekilde genişletmesi nedeniyle kanunilik ilkesine ve dolayısıyla hukuka aykırı olduğu sonucu ortaya çıkacaktır. İkinci yorum olasılığının kabulü ise, belirti kavramının açıklanması bakımından söz konusu hükmün herhangi bir yararının bulunmadığı anlamına gelecektir.

Bu konuda hangi yorum benimsenirse benimsensin, ceza muhakemesi mevzuatında kullanılan "belirti" ibarelerinin, ispat hukukunda belirti kavramını açıklamak hususunda yetersiz kaldığı görülmektedir.

2. İspat aracı türü anlamında kullanılan "emare" kavramı

a) Genel olarak

Belirti teriminin Türk ceza ve ceza muhakemesi mevzuatında tutarlı bir biçimde kullanılmadığı, yukarıdaki örneklerden de görülmektedir. Bununla birlikte, ispat hukuku bakımından anlam taşıyabilecek şekilde, kanun ve yönetmeliklerin bazı hükümlerinde "emare" sözcüğünün kullanıldığı görülmektedir. Gerçekte belirtinin eşanlamlısı olduğu hususunda herhangi bir kuşkuya yer olmayan bu kavrama, çeşitli düzenlemelerde benzer bağlamlar içinde yer verilmesinin nedeni anlaşılamamaktadır. Bununla birlikte, "emare" teriminin geçtiği düzenlemeler, istisnasız ispat hukukundaki "belirti" kavramı ile ilgisi kurulabilecek hükümlerdir.

b) Türk Ceza Kanunu'nda yer alan emare kavramı

Türk Ceza Kanunu'nun "Suç Uydurma" başlığını taşıyan 271'inci maddesindeki suç tipi, emare kavramına yer vermektedir. Buna göre:

> **Madde 271 -** (1) İşlenmediğini bildiği bir suçu, yetkili makamlara işlenmiş gibi ihbar eden ya da işlenmeyen bir suçun **delil veya emarelerini** soruşturma yapılmasını sağlayacak biçimde uyduran kimseye üç yıla kadar hapis cezası verilir.

Bu düzenlemede emare kavramının tanımına yer verilmemekle birlikte, emarenin "delil" kavramına bir alternatif olarak anlaşıldığı görülmektedir.

Bir başka deyişle, emarelerin delillerden farklı bir nitelikte bulunduğu yönünde bir anlayış, suç tipinin düzenlenmesine hakim olmuştur.

c) Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer alan emare kavramı

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "Gözaltı" başlıklı 91'inci maddesinde de yine emare kavramına benzer bir şekilde yer verilmiştir:

> **Madde 91 -** (2) Gözaltına alma, bu tedbirin soruşturma yönünden zorunlu olmasına ve kişinin bir suçu işlediğini düşündürebilecek emarelerin varlığına bağlıdır.

Söz konusu hükümde, delil teriminin geçmediği, yalnızca "emare" kavramının kullanıldığı görülmektedir. Bununla birlikte, aynı maddenin devamında "Gözaltı süresinin dolması veya sulh ceza hâkiminin kararı üzerine serbest bırakılan kişi hakkında yakalamaya neden olan fiille ilgili yeni ve yeterli **delil** elde edilmedikçe ve Cumhuriyet savcısının kararı olmadıkça bir daha aynı nedenle yakalama işlemi uygulanamaz" ifadesine yer verilmektedir. Dolayısıyla, emare ile delilin birbirinden farklı anlamlarda ve birbirlerini dışlar şekilde kullanıldığı anlaşılmaktadır. Maddenin lafzından, emareler ile deliller arasındaki ilişki veya emarelerin ispat gücü ile ilgili bir çıkarımda bulunmak mümkün bulunmamaktadır. Ancak öğretide, gözaltına alınmada kullanılan emare kavramının, "basit şüphe sebebi"ni karşılayacak şekilde anlaşıldığı[7], yeniden yakalama için ise yeterli şüphenin gerekli olduğu yönünde yorumlar yapılmaktadır[8].

d) Yönetmeliklerde yer alan emare kavramları

Yukarıda incelenen hükümlerin yanında, Yakalama Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin "Tanımlar" başlıklı 4'üncü maddesinin 5'inci ve son fıkraları ile, yakalama ile ilgili olarak aynı yönetmeliğin 5 ve 6'ncı maddelerinde "emare" sözcüğü kullanılmıştır. Dikkat çeken nokta, bu kullanımda her seferinde "delil, iz, eser ve emare" kalıbına yer verilmiş olmasıdır[9].

---

7 Bkz. Centel, Nur / Zafer, Hamide; Ceza Muhakemesi Hukuku, 7.b., Beta, İstanbul, 2010, s. 324.

8 Centel / Zafer, s. 327.

9 Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 4/5'inci maddesi, gecikmesinde sakınca bulunan hal terimini tanımlamaktadır: *"Gecikmesinde sakınca bulunan hâl: Derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun **iz, eser, emare ve delillerinin** kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması ihtimalinin ortaya çıkması hâlini (…)"*
Aynı yönetmeliğin 4/son maddesi ise, yakalama kavramını tanımlamaktadır: *"Yakalama: Kamu güvenliğine, kamu düzenine veya kişinin vücut veya hayatına yönelik var olan bir tehlikenin giderilmesi için denetim altına alınması gereken veya*

Aynı kullanıma, başka yönetmeliklerde de rastlamak mümkündür: Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti Dinlenmesi Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik m. 3/f altında, yine gecikmesinde sakınca bulunan halin tanımlanması bağlamında "iz, eser, emare ve deliller"den söz edilmektedir. Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik m. 3 f. 7 çerçevesinde de yine gecikmesinde sakınca bulunan hal tanımı aynı şekilde yapılmıştır.

Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik m. 4/ç, 17/4 ve 27 kapsamında da, yine aynı şekilde sayılan ispat araçlarına bu kez gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme tedbirleri bakımından yer verilmiştir.

Yukarıda sözü edilen bütün hükümlerde, emare teriminin, deliller, izler, ve eserlerden oluşan bir kategorinin dördüncü öğesini oluşturacak şekilde kullanıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, mevzuata hakim bulunan anlayış açısından, belirti ile eşanlamlı bulunan bu terimin, delillerin haricinde, farklı bir ispat aracı olarak tasavvur edildiği görülmektedir.

Bununla birlikte, söz konusu anlayış, aşağıda görüleceği üzere, öğretideki genel yaklaşım ile bağdaşmamaktadır. Gerçekten, Türk ceza muhakemesi öğretisinin çoğunluğu, belirtiyi "deliller" üst başlığı altında incelemektedir.

B. Belirti Kavramının Hukuki Niteliği Bakımından Yapılan Ayrımlar

1. Belirti kavramına delillerin ileri sürülüş yöntemi bakımından yapılan ayrım içinde yer veren görüşler

a) Delil ve belirti kavramları arasındaki ilişki bakımından yürütülen tartışma

Türk öğreti ve uygulamasında, belirtiler ile delillerin birbirinden farklı ispat araçlarını betimlediği konusunda neredeyse bir görüş birliği bulunmaktadır. "Delil" kavramı, "ceza uyuşmazlığını oluşturan olayın bir parçasını ispat edebilecek nitelikte olan", yani olayı temsil eden veya olayın bir parçasını oluşturan, akla, maddi gerçeğe ve hukuka uygun ispat araçları olarak tanımlanmaktadır[10].

---

suç işlediği yönünde hakkında ***kuvvetli iz, eser, emare ve delil*** *bulunan kişinin gözaltına veya muhafaza altına alma işlemlerinden önce özgürlüğünün geçici olarak ve fiilen kısıtlanarak denetim altına alınmasını (...)".*

10 Öztürk ve diğerleri, s. 265.

Belirtiler ise, kimi zaman deliller üst başlığı altında incelenmekle birlikte, sadece uyuşmazlığı oluşturan olayı değil, "o olayın dahil olduğu daha genel bir olayı temsil eden" ispat aracı olarak tanımlanmaktadır[11].

Bu kavramları birbirinden ayıran ölçütler ise, öğretinin kendi içinde ve uygulamada farklılıklar göstermektedir. Belirti olarak adlandırılan ispat araçlarına, delillerin ileri sürülüş yöntemleri bakımından yapılan ayrımda yer verilmektedir. Öğretide sıklıkla karşılaşılan bu ayrıma göre, *"delillerin üç çeşidi vardır: (1) Beyan, (2) Belge, (3) Belirti"*[12]. Bunlardan "beyan" ve "belge" delillerinin somut olaya münhasır, yani ispat olunacak olayı doğrudan doğruya ispat eden deliller olduğu, buna karşılık ispat edilecek hususun da dahil olduğu daha geniş bir gerçekliğin ispatına yarayan delillerin "belirti" olarak adlandırıldığı ifade edilmektedir[13].

Yine başka bir tanıma göre, "ispat edilecek olayın dolaylı olarak ispatına yardımcı olan ve olaydan geriye kalan her türlü iz ve esere belirti denir"[14].

Bu ayrım içerisinde, belirtilerin kendi içinde tabii ve sun'i belirtiler olarak ikiye ayrıldığı, tabii belirtilerin suçun doğal bir kalıntısı olarak sanığın iradesi dışında ortaya çıktığı, buna karşılık sun'i belirtilerin ise ispat amacıyla meydana getirildiği ifade edilmektedir[15].

Bunun haricinde, başka kaynaklarda "deliller" başlığı altında farklı ayrımlara yer verildiği de görülmektedir. Bir görüşe göre deliller, *sanık açıklamaları ve ikrarı, tanık beyanları, başka kişilerin açıklamaları, belgeler, görüntü veya ses kaydeden araçlarla açıklama* ve *belirtiler* olarak altıya ayrılmaktadır[16]. Diğer bir yaklaşım ise, delilleri *açıklamalar* ve *izler* olarak ikiye ayırmakta, sanık, tanık ve tanık dışında kalanların beyanları ile yazılı açıklama (belge) ve görüntü-ses kaydeden araçlarla açıklama gibi vasıtalı açıklamalar dışında kalan, suçla ilgili her türlü (materyal, şekil, baskı ve durum) izler arasında ayrım gütmektedir[17]. Buna göre, "delil olma nitelik-

---

11 Kunter, Nurullah; Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 7.b., Kazancı, İstanbul, 1981, Kn. 357.

12 Kunter / Yenisey / Nuhoğlu, s. 1345.

13 **Bkz. Feyzioğlu, Metin; "Belirtilerin Şüphenin Yenilmesindeki İşlevi ve Benzer İs**tinadlara Ait Delil Araçlarının Somut Olayın Çözümünde Birlikte Değerlendirilmesi", Ankara Barosu Dergisi, yıl: 57, 2000, Sy. 1, s. 20.

14 Koca, Mahmut; "Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller", CHD Aralık 2006, yıl:1, Sy. 2, s. 219.

15 Kunter / Yenisey / Nuhoğlu, s. 1392-1393; Ünver, Yener / Hakeri, Hakan; Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. b., Seçkin, Ankara, 2010, s. 585-586.

16 Yaşar, Osman; Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, 2.c., Seçkin, Ankara, 2009, s. 1780.

17 Bkz. Öztürk, Cemal; "Delillerde Farklı Bir Sınıflandırma Anlayışı", Terazi, Yıl 1, Sy. 2, Ekim 2006, s. 73.

lerine sahip olan eşya, emare, şekil, baskı ve belirtiler iz delilleri oluştururlar"[18].

Bunun yanında, belirli bir ispat vasıtasının delil olarak mı, yoksa belirti olarak mı sınıflandırılacağı konusunda da kesin bir görüş birliği bulunmamaktadır. Öncelikle, üzerinde görüş ayrılığı bulunmayan hususlara yer vermek gerekirse: Olay yerinde bulunan parmak izi, tabanca, bıçak gibi suçta kullanılan veya sahte para gibi suçtan hasıl olan eşya, sanığın kan grubu, hatta suçtan önceki ve sonraki davranışları ve ruhsal durumu dahi birer belirti olarak gösterilmektedir[19].

Sonraki dönemlerde, bu listeye başka ispat vasıtalarının da girdiği görülmektedir. Örneğin, şüpheli veya sanığın olay anında başka bir yerde olduğunun ispatlanması anlamına gelen "alibi", bir görüşe göre belirtidir[20]. Yine, öğretinin bir bölümü tarafından "delil değerlendirme aracı" olarak sınıflandırılan "bilirkişi" ve "keşif" delillerinin de diğer bazı yazarlar tarafından "belirti" kavramı altında değerlendirildiği görülmektedir[21].

Bu bağlamda, iletişimin denetlenmesi yoluyla elde edilen ses kayıtları ile teknik araçlarla izlemede kaydedilen görüntülerin de "belirti delil" olduğu bazı yazarlar tarafından ifade edilmektedir[22]. Bu görüşe göre, "bant kayıtları 'belirti delili' olarak kabul edilirler ve bu nedenle keşfin konusunu oluştururlar"[23]. Aksi yöndeki görüşlere göre ise, usulüne uygun olarak doldurulup muhafaza altına alınmış bulunan bant kayıtları tek başına delil olarak kabul edilmelidir[24].

b) Belirtilerin ispat değeri bakımından yürütülen tartışma

aa) Genel olarak belirtilerin ispat değeri bakımından yürütülen tartışma

Ceza muhakemesi öğretisinde, özellikle son dönemde "delil" ve "belirti" kavramlarının, birbirlerini dışlamaz şekilde kullanıldığı görülmektedir.

---

18 Öztürk, s. 75.

19 Kunter, Kn. 357.

20 Öztürk ve diğerleri, s. 301; Özbek, Veli Özer / Kanbur, M. Nihat / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar / Tepe, İlker; Ceza Muhakemesi Hukuku, 2.b., Seçkin, Ankara, 2011, s. 616.

21 Bkz. Centel/Zafer, s. 254 vd., Ünver/Hakeri, s. 586.

22 Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1392.

23 Şen, Ersan; Türk Hukukunda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir, 3.b., Seçkin, Ankara, 2009, s. 113; Centel / Zafer, s. 405.

24 Özbek ve diğerleri, s. 616, Öztürk ve diğerleri, s. 298.

Hatta, bir delilin belirli koşullar altında "belirtiye yaklaştığı"[25] veya "belirti" olarak adlandırılan bir ispat aracının "önemli bir delil" niteliğinde olduğu[26] şeklinde ifadeler, ceza muhakemesi öğretisinde yer almaktadır.

Yine, belirti olarak adlandırılan ispat araçlarının tek başlarına mahkumiyete esas teşkil edemeyeceği, ancak diğer delillerle desteklenirse böyle bir ispat değeri kazanabileceği sıklıkla dile getirilen bir görüştür[27]. Ancak, aynı görüşler, belirtilerin bir araya gelmesi neticesinde kişi hakkında mahkumiyet hükmü kurulması bakımından yeterli olabilecekleri sonucuna ulaşmaktadır[28]. Benzer bir görüşe göre, "belirtilerin asıl fonksiyonu, somut olaya münhasır delil araçlarının değerlendirilmesinde kendini gösterir"[29].

Diğer yandan, belirtilerin insan iradesi dışında olduklarından, objektif olmaları nedeniyle insan eseri olan beyan ve belge gibi delillere nazaran daha önemli olduğu da ileri sürülmektedir[30].

Bu gibi ifadeler, deliller ile belirtiler arasında ispat değeri bakımından bir derecelendirme yaratıldığı izlenimini uyandırmaktadır ve delillerin mahkumiyet hükmünü kurmada belirtilere göre daha değerli olduğu anlayışını, yani giderek kanuni delil sistemini çağrıştırmaktadır.

Halbuki, "deliller hiyerarşisi" kavramı hukuk düzeni ile bağdaşmayan, delil serbestisi ilkesi ve vicdani kanaat sistemi ile çelişen bir kavramdır[31]. Bazı delillerin diğerlerinden daha değerli veya önemli olduğu ya da belli delillerin her koşulda başka delillerle desteklenmesinin şart olduğu görüşü kabul edilmemelidir[32].

---

25 Özbek ve diğerleri, s. 616. Özbek'e göre, özellikle ses ve görüntü kayıtları, tek başına mahkumiyet kararı verilmesine yeterli olmamaları nedeniyle, "belirti'ye yaklaşmaktadır.

26 Yaşar, s. 1760: "Belirtiler de kanıtlamaya yardımcı olan olay ve izlerdir. Fren izi, kan, tükürük, meni, kovanlar teknolojinin yardımıyla ve DNA analizi nedeniyle önemli delil niteliğine bürünebilirler".

27 Bkz. Feyzioğlu, ABD 2000, s. 21; Parlar, Ali / Hatipoğlu, Muzaffer / Yüksel, Erol Güngör, Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller Çapraz Sorgu ve İspat, Yayın Matbaacılık, Ankara, 2008, s. 466.

28 Bkz. Feyzioğlu, ABD 2000, s. 22; Öztürk ve diğerleri, s. 301.

29 Feyzioğlu, Metin; Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, US-A, Ankara, 1996, s. 90.

30 Koca, CHD 2006, s. 219.

31 Ünver, Yener; "Ceza Yargılaması Hukukunda İspata İlişkin Bir Yargıtay İBK'nın İncelenmesi", İÜHFM c. LV, 1996, s. 194.

32 Eroğlu, s. 8.

bb) Ses ve görüntü kayıtlarının ispat değeri bakımından yürütülen tartışma

Belirtelim ki, ses ve görüntü kayıtlarının delil olarak mı, yoksa belirti olarak mı sınıflandırılması gerektiğine ilişkin olarak Türk ceza muhakemesi öğretisinde yürütülen tartışmada da, konu büyük ölçüde belirtilerin ispat değeri bakımından ele alınmakta, ses ve görüntü kayıtlarının tek başına delil olarak kabul edilmesinin mümkün olup olmadığı "tartışılarak" çeşitli sonuçlara varılmaktadır. Buna göre, "ses ve/veya görüntü bantları usulüne göre doldurulup muhafaza altına alınmamış ve yine usulüne uygun bir şekilde mahkemeye delil olarak sunulmuş değilse, söz konusu bantlar hiçbir şekilde, tanıklık veya ikrar gibi delil vasfını haiz olamaz. Ancak bir belirti olarak değer taşıyabilir"[33].

Yargıtay da, benzer değerlendirmeler neticesinde ses ve görüntü kayıtlarına "tek başına delil" değeri tanımamaktadır. Buna göre, "teyp bantlarının tek başına delil vasfını haiz olamayacağı düşünülmeden ve dosyada sanıkların suç konusu sözleri sarf ettiklerine dair banttan başka hiçbir delil bulunmadığı gözetilmeden yazılı şekilde mahkumiyet kurulması bozmayı gerektirmiştir"[34]. Bu ifade de yine deliller hiyerarşisini akla getirmektedir.

---

[33] Öztürk ve diğerleri, s. 299. Belirtilmelidir ki, Öztürk v.d. diğer yandan delil hiyerarşisi görüşüne karşı çıkmakta, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi karşısında bu gibi bir tartışmaya yer olmadığını ifade etmektedirler (krş. aynı eser, s. 301).
Bu bağlamda, Öztürk v.d., usulüne uygun doldurulmuş ve muhafaza altına alınmış olup, içerik itibariyle muhakeme konusu olay hakkında delil olabilecek bir düşünceyi içeren bant kayıtlarının "belge delili" niteliğinde olduğunu savunmaktadır (Öztürk ve diğerleri, s. 298). Belirtelim ki, usul kurallarına uyularak alınmış ve muhafaza edilmiş bulunan bant kayıtlarının, örneğin bir tanığın adli merciler karşısındaki beyanına ilişkin görüntü kaydının belge niteliğinde olduğu, esasen Alman öğretisinde savunulan ve azınlıkta bulunan bir görüştür (Bu görüş için bkz. Diemer, Herbert; in: Hannich, Rolf (ed.) Karlsruher Kommentar zur StPO, 6.b., Beck's, München, 2008, § 249, Kn. 48).
Ağırlıklı görüşe göre ise, bant kayıtları keşfe tabi nesneler olarak delil niteliğinde kabul edilmektedir. Bunun nedeni olarak, ani bir biçimde konuşulmuş olan sözün, yazıya dökülmüş olması gereken bir "belge"nin hazırlanmasındaki düşünsel muhakemeden geçmemiş olduğu, bu nedenle de nitelik itibariyle farklı bulunduğu yönündeki düşüncelerdir. Bununla birlikte, Alman içtihatları iletişimin denetlenmesi yoluyla ulaşılan ve yazıya dökülen kayıtların "belge" niteliğinde olduğu yönünde gelişmiştir (Bkz. Roxin, § 28, Kn. 9).
Belirtelim ki, yukarıdaki tartışma, ses ve görüntü kayıtlarının delil veya belirti olarak nitelendirilmelerine değil, bunların delillerin ileri sürülmesi bakımından hangi kategori (beyan, belge, bilirkişilik, keşfe tabi nesne) altında değerlendirileceklerine ilişkin bir tartışmadır. Dolayısıyla, çalışma kapsamında bu sorun daha derinlemesine incelenmeyecektir.

[34] Ygt. 9. CD, 5 Ekim 1984 t., E. 1984/1835, K. 1984/2346 s. K. için bkz. Öztürk ve diğerleri, s. 298.

Yine, ses ve görüntü kayıtlarının delil niteliği bakımından Türk öğretisinde yürütülen tartışma, bu delillerin güvenilirliğine ilişkin gerekçeleri de barındırmaktadır. Buna göre, manyetik kayıtlar üzerinde tahrifat yapılması mümkün olduğundan, bunların doldurulma ve muhafazasına ilişkin esaslar belli edilmemiş ise, uyuşmazlık konusu olayı temsil edebilmeleri mümkün olmadığından, delil olarak nitelendirilemezler[35].

Belirtelim ki, Anayasa Mahkemesi de bir kararında benzer gerekçelerle ses bantlarına dayanılarak dokunulmazlığın kaldırılması kararı verilmesini yerinde görmemiştir[36].

Bu konuda aksi yöndeki görüş ise, ses kayıtlarının tahrif edilmeye ve taklide müsait olmasının, sırf bu özellikleri nedeniyle "belirti delili" sayılarak mahkumiyete tek başına esas teşkil edemeyeceklerini kabul etmeye yeterli bulunmadığını, vicdani delil sistemi çerçevesinde inandırıcı bulunup bulunmayacaklarına göre bir sonuca varılması gerektiğini savunmaktadır[37].

cc) Değerlendirme

Yukarıda yer alan tartışmalar, esas itibariyle, ispat vasıtalarının delil veya belirti olarak sınıflandırılmasını değil, bunların güvenilirliğini veya ispat değerini ilgilendiren tartışmalardır. Burada ifade etmek gerekir ki, söz konusu tartışmada, belirli bir ispat vasıtasının delil olma niteliği ile bunun güvenilirliği ve ispat değeri arasındaki farklılık sıklıkla görmezden gelinebilmekte, bu da sonuçtan nedene doğru bir çıkarsama yapılmasına neden olmakta ve dolayısıyla doğru ve hukuk mantığına uygun sonuçlara ulaşmayı engelleyebilmektedir.

Bu bağlamda vurgulanmalıdır ki, bir ispat aracının güvenilir olup olmadığından hareketle, onun delil veya belirti niteliği yönünde çıkarsamada bulunmak yerinde değildir. Gerçekten, tanık beyanının güvenilmezliği karşısında, belirtiye dayanan ispatın hata payından söz etmenin kişiyi yanlış yönlendirdiği, gerçekte her türlü delilin az veya çok dolaylı olması nedeniyle, bunların her birinde belirli bir hata payının bulunduğunun kabul edilmesi-

---

35 Öztürk ve diğerleri, s. 299.

36 Kararın uzun bir özeti ve değerlendirilmesi için bkz. Şen, s. 116, dn. 63.

37 Şen, s. 118. Kayıtların "belirti delil" niteliğinde olduğunu savunan Şen'e göre, bununla birlikte, "ses kayıtlarının tahrif edilmeye ve taklide müsait olması, sırf bu özellikleri sebebiyle 'belirti delili' sayılıp, tek başına mahkumiyete esas teşkil edemeyeceğini kabul etmek isabetli olmayacaktır. Çünkü vicdani delil sisteminde önemli olan, somut olayın özellikleri ve önüne gelen hukuka uygun yolla elde edilmiş delillerin hakimin vicdanındaki değeri, inandırıcılığı, ikna ediciliği ve şüphesini yenip yenemediğidir".

nin gerektiği de ifade edilmektedir[38]. Buna göre, "sanık beyanı ve belgeler hakimi bağlamadığı gibi, hakim hükmünü emare [belirti] ispatına da dayandırabilir"[39]. Delillerin bütünsel bir değerlendirme çerçevesinde birbirlerini desteklemeleri gerektiği kuralı yalnızca belirli ispat araçları bakımından değil, bütün deliller bakımından kabul edilmelidir[40].

Dolayısıyla, cihazlarla yapılan ses veya görüntü kayıtları bakımından da, materyalin delil özellikleri taşıması ve hem hukuka uygun, hem de güvenilir bulunmasının önemli olduğu kabul edilmelidir[41]. Deliller hiyerarşisinin kabul edilmediği vicdani delil sisteminde, belirli bir ses veya görüntü kaydının güvenilirliği konusunda şüphe sebebinin bulunmaması ve bu kaydın olayı ispat etmesi durumunda, bunların diğer delillere göre daha aşağı düzeyde görülmesi bir anlam ifade etmemektedir[42].

Bu durum, "belirti" kavramına tamamen şekli bir anlam yüklenmeye çalışılmasının bir sonucudur. Bu nedenle, öncelikle belirti kavramını düşünsel içerik bakımından tanımlayan ayrım incelenerek, buna dayalı bir sonuca ulaşılması daha sağlıklı bir yöntem olacaktır.

2. İspat aracının düşünsel içeriğine göre yapılan ayrım

a) Düşünsel içeriğe göre asli olay ve belirti olay arasındaki ayrım

aa) Genel olarak

Öncelikle saptanmalıdır ki, belirti, esas olarak elde bulundurulan ispat aracının şeklî içeriğine göre değil, düşünsel içeriğine göre tanımlanması gereken bir kavramdır. Bir başka deyişle, bir belge delilinin veya beyan delilinin belirti olayları ispat etmesi olanaklı iken, bir bant kaydının veya bir nesnenin, işlendiği iddia edilen suçun kurucu unsurlarını, yani asli olayı ispatlayan bir delil olarak ortaya çıkması da söz konusu olabilir.

---

38 Kühne, Hans-Heiner, Strafprozessrecht, 7.b., C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2007, § 50, Kn. 756.

39 Ünver, İÜHFM 1996, s. 194.

40 Bu yönde, bkz. Yıldız, Ali Kemal, "Ceza Muhakemesinde İspat ve Delillerin Değerlendirilmesi", yayımlanmamış doktora tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2002, s. 138.

41 Bkz. Ünver, Yener; "Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız", CHD, Aralık 2006, yıl:1, Sy.2, s. 128.

42 Bkz. Yıldız, Ali Kemal; "Ses ve/veya Görüntü Kayıtlarının İspat Fonksiyonu", CHD, Aralık 2006, yıl:1, Sy.2, s. 260.

Buna göre, delillerin ileri sürülüş yöntemlerine göre yapılan sınıflandırmada "belirti delili" gibi bir kategoriye yer bulunmamaktadır. Deliller, ileri sürülüş yöntemlerine göre beyan, belge, bilirkişilik ve keşfe tabi nesneler olarak sınıflandırılabileceği gibi, bu sınıflandırmanın başka şekillerde, örneğin sanık beyanı, tanık beyanı, bilirkişilik ve maddi deliller (belgeler ve keşfe tabi nesneler) olarak[43] yapılması da mümkündür. Delillerin ileri sürülüş yöntemine göre yapılan bu şekildeki ayrımlar, çalışmanın konusunun dışında kalmaktadırlar.

Bu anlayışta, ispat araçlarının ispatladıkları olgular, niteliklerine göre "asli olay" *(Haupttatsache)* ve "belirti olay" *(Indiztatsache)* olarak adlandırılmakta, bunların çeşitli şekillerde bir araya gelmesi halinde ise bir "belirtiler dizisi" veya "belirtiler zinciri"nden söz edilmektedir[44].

bb) Asli olay ve belirti olay kavramları

İspat vasıtasının düşünsel içeriğini temel alan ayrıma göre, asli olay, doğrudan doğruya, maddi-hukuki kurallar altında değerlendirilen maddi vakıayı ifade eder. Buna göre asli olay, kendisi vasıtasıyla cezalandırılabilirliği gerekçelendiren veya ortadan kaldıran bütün hususları kapsar[45], yani dış dünyada gerçekleştirildiği iddia edilen fiilin, kanunda düzenlenen suç tipinin tipik anlamda oluşmasını ve cezalandırılabilirliği sağlayan bütün unsurları (maddi ve manevi unsurlar, hukuka aykırılık, kusurluluk, unsurların dışında kalan öğeler) bu asli olayın parçasını teşkil eder[46]. Bunlar, bir sanığın mahkeme tarafından üzerine atılı suçtan suçlu bulunması ve hakkında mahkumiyet hükmü kurulması için ispatlanması gereken her bir öğedir[47]. Muhakemede tespit edilen her olayın ispat edilmesi gereklidir. Maddi olaylar dışında, failin kastının, saikinin vb. ispat edilmesi de zorunludur[48].

Örnek olarak, rüşvet anlaşmasının yapıldığı ana tanık olmuş kişinin beyanı, asli olayı ispatlayan bir delildir. Yine, bir kişinin diğer bir kişiyi kas-

---

43 Kühne, s. 459 vd.

44 Bkz. Eroğlu, Fulya; Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma Suretiyle Elde Edilen Delillerin İspat Açısından Değeri, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2009, s. 7.

45 Roxin, Claus; Strafverfahrensrecht, 25.b., Beck, München, 2005, § 24, Kn. 7. Eserin ispat hukukuna ilişkin bölümünün Türkçe çevirisi için bkz. İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:4, Sayı:8, Güz 2005/2, s. 265-289 (çev. Yener Ünver).

46 Kindhäuser, Urs; Strafprozessrecht, Nomos, 2006, § 20, Kn. 8.

47 Bkz. Fischer, Thomas, in: Hannich, Rolf (ed.) Karlsruher Kommentar zur StPO, 6.b., Beck, München, 2008, § 244, Kn. 4.

48 Ünver, CHD, Aralık 2006, s. 103.

ten öldürdüğünü mahkemedeki sorgusunda ikrar etmesi, asli olaya ilişkin bir delildir. Yine, üzerinde tahrifat yapılmış bir çekin üzerindeki el yazısının belirli bir kişiye ait olması da, tahrifatın o kişi tarafından gerçekleştirildiğini, yani asli olayı gösteren bir delil olarak değerlendirilmelidir.

Buna karşılık, doğrudan doğruya söz konusu fiilin tipik anlamda gerçekleşmiş olduğuna ilişkin bulunmayan, ancak şüpheli veya sanığın belirli bir suçu işlemiş olduğu şüphesini kuvvetlendiren yan olayları, yani suçun tipiklik içeriğini doldurmamakla birlikte, buna işaret eden olaylar, belirti olaylar olarak adlandırılır. Bu belirti olaylar, asli olaydan önce veya sonra gerçekleşmiş olabileceği gibi, asli olayın dahil olduğu olaylar zincirini genel olarak temsil eden bilgiler de içerebilir.

Örnek olarak, şüphelinin, maktulün evinden üzerinde kanlı giysilerle çıkması, onun kasten öldürme suçunun faili olduğu şüphesini pekiştiren bir özellik taşısa da, ispat edilmesi gereken asli olayın, yani suç tipinin tipik unsurlarından birinin parçasını oluşturmamaktadır[49]. Bu durum, iddia edilen fiilin tamamlanmasından sonraki bir olayı temsil etmektedir. Bu nedenle, bu olay bir "belirti olay" olarak tanımlanmaktadır[50]. Belirti olayla eşanlamlı olarak, "ispat göstergesi" *(Beweisanzeichen)* teriminin kullanıldığı da görülmektedir[51].

Dikkat edilmelidir ki, belirti olayların ispatında kullanılacak araçlar da, yine delillerdir ve delillerin ileri sürülüş yöntemlerine tabidirler. Yani, bir tanık beyanının da, bir parmak izinin de, bir belgenin de belirti olayları temsil eden deliller ortaya çıkması mümkündür. Örnek olarak, şüphelinin olaydan kısa bir süre önce olay mahalline elinde suç aleti ile geldiğini, ya da maktul ile olay öncesinde tartıştığını gören bir tanığın beyanı, bir "belirti olay"ı temsil etmektedir.

Belirti olaylar dahilinde, "yardımcı olaylar"dan da *(Hilfstatsachen)* söz edilmektedir. Bunlar, belirli bir ispat aracının güvenilirliğini veya ispat değerini saptamada kullanılan olaylar olup, belirti kavramının bir alt grubunu oluşturdukları kabul edilir. Örnek olarak, tanıklardan birinin akıl sağlığının yerinde olmaması, bir yardımcı olaydır[52].

Tekrar vurgulanmalıdır ki, bu ayrım çerçevesinde "belirti" terimi hiçbir zaman bir ispat vasıtasını betimlemek için değil, ancak bu ispat vasıtasının temsil ettiği olayı nitelendirmek için kullanılmaktadır. Yani belirti, kasten

---

49 Eroğlu, s. 7.

50 Pfeiffer, Gerd; StPO, 5.b., Beck, 2005, §261, Kn. 5.

51 Bkz. Rahlf, Joachim; in: Joecks, Wolfgang / Miebach, Klaus (ed.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Beck, München, c.5, 2007, BtMG § 30, Kn. 48.

52 Kindhäuser, Kn. 12.

öldürme suçunun işlenmesinden sonra şüphelinin elinde yakalanan kanlı bıçak değil, şüphelinin elinde kanlı bir bıçakla suç mahallinin çevresinde bulunmuş olmasıdır.

Buna göre, "Belirtiler, asli olaylara ilişkin olumlu veya olumsuz çıkarımların yapılmasını sağlayan olaylardır. Birincil belirtiler, yani *temel oluşturan* olaylardır: Bunlar, hakimin kovuşturma sırasında algıladığı, hüküm sırasında betimleyici cümlelerle naklettiği maddi vakıalar veya maddi vakıaya ilişkin öğelerdir, yani tanıkların beyan ve davranışları, bilirkişilerin anlatımları, belgelerin lafzı, keşfe tabi nesnelerin yapısı, sanığın açıklamaları ve tepkileri, soru ve isnatlar ile yanıtların seyridir" [53].

cc) Belirtiler zinciri ve belirtiler dizisi

Belirti olaylar bir araya gelerek, bir "belirtiler zinciri" *(Indizienkette)* veya "belirtiler dizisi" *(Indizienreihe)* oluşturabilir. İki belirtinin birbirinden bağımsız olarak aynı belirti olayı temsil etmesi durumunda, bir "belirtiler dizisi"nin söz konusu olduğu kabul edilmektedir. Sanık ile maktul arasında, olay öncesinde gerçekleşen tartışmaya iki farklı kişinin tanıklık etmesi, buna örnek olarak gösterilmektedir[54].

İki belirti delilinin birbiriyle bağlantılı olarak ortaya çıkması halinde ise bir "belirtiler zinciri"nden söz edilir. Belirti zincirine örnek olarak, dolaylı surette ortaya çıkan ve bir belirti olayı temsil eden deliller verilmektedir. Olayın öncesindeki tartışmayı tanığın bizzat görmüş olmayıp, bu bilgiyi başka birinden edinmiş olduğu hallerde bu durum söz konusudur[55].

dd) Türk öğretisinde ispat aracının düşünsel içeriğine ilişkin görüşler

Belirtelim ki, belirti ile delil kavramlarını, ispat aracının şekli değil düşünsel içeriğine bağlayan görüşlere, Türk öğretisinde de rastlanmaktadır. Buna göre, "mahkemenin hükümle çözmesi gereken asıl olayı ispatlayan delillere *doğrudan doğruya deliller* denilmektedir. Örneğin, bir insan öldürme olayını kanıtlayan delil, doğrudan doğruya delildir. (...) Hakkında karar verilmesi gereken esas olaya bağlı yan olayları açıklayan deliller ise *dolaylı delil* veya *belirti delili* olarak adlandırılır"[56].

---

53 Fischer, Karlsruher Kommentar, § 244, Kn. 5,6.

54 Eroğlu, s. 7; Kindhäuser, § 20, Kn. 10.

55 Kindhäuser, § 20, Kn. 11.

56 Centel/Zafer, s. 207. Ancak ifade edilmelidir ki, delilin temsil ettiği olayın elde edildiği kaynağın, olay ile olan bağlantısının doğrudan mı, yoksa dolaylı mı olduğuna ilişkin bir ayrımı ifade eden "doğrudan doğruya delil" ve "dolaylı delil"

Yine Türk öğretisinde, "fiili işlenirken gören bir tanık veya görüntü tesbit eden bir video kamera"nın, belirtilerin karşısında, doğrudan doğruya delil örnekleri olarak verildiğini görmekteyiz[57].

Yıldız da, ispatı gereken olayı doğrudan doğruya ispatlayan her şeyin delil olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır: *"ses ve/veya görüntü kayıtları da bütün diğer deliller gibi, davada ispatı gereken olayı doğrudan doğruya ispatlama yeteneğine sahip olabilecekleri gibi; ancak dolaylı olarak ispatlama yeteneğine de sahip olabilirler. Örneğin hukuka uygun olarak yapılmış bir ses kaydında, sesi kaydedilen kişinin başkasına yönelik hakaretamiz nitelikteki açıklamaları, herhangi bir sahtelik şüphesinin bulunmaması durumunda doğrudan delil olarak kullanılabilecektir".*

Esasen, delil ve belirti ayrımının öğretide genellikle dayandırıldığı *Kunter* de yukarıdaki görüşle bağdaştırılabilecek belirlemelerde bulunmuştur. *Kunter*`e göre, bir ispat aracının *"müşahhas olayı temsil edip etmediği hususunda çok dikkatli bir araştırmaya ihtiyaç vardır. Mesela olay yerinde bulunan parmak izi, suçtan evvel veya sonra da meydana gelmiş olabilir. Yine bunun içindir ki tabii belirti adı verilen delillerin tek başına ispat kuvveti yoktur"*[58]. Bu bağlamda, bir ispat aracının belirti mi yoksa delil mi olduğu, onun kendi şeklî içeriğine değil, neyi temsil ettiğine, yani düşünsel içeriğine göre belirlenmektedir.

b) Belirti ispatı

aa) Kavram

Ceza yargılamasının temel amacı, maddi hakikatin araştırılmasıdır. Bunun için, vicdani delil (delil serbestisi) sistemi getirilmiştir. Ceza davasında her şey delil olabilir ve bu delillerin ispat gücü hakimler tarafından serbestçe, vicdani kanaate göre tespit edilir[59]. Bu serbesti, hem her şeyin delil olarak kabul edilmesi serbestliğini, hem de delillerin serbestçe değerlendirilmesi serbestliğini ifade eder[60].

---

kavramları, belirti veya belirti olay kavramları ile eşanlamlı olmayıp, delillerin elde ediliş yöntemi ile ilgilidir.

57 Feyzioğlu, ABD 2000, s. 22. Yine burada da, "doğrudan doğruya delil" teriminin "asli olay", belirti teriminin ise "belirti olayı ispatlayan delil" yerine kullanıldığını görmekteyiz.

58 Kunter, Kn. 357. İfade edelim ki, Öztürk v.d. de, olay yerinde bulunan ve suçun işlenmesinde kullanılan silahı, olayın bir parçasını oluşturması nedeniyle delil olarak kabul etmektedir (Öztürk ve diğerleri, s. 265). Bu kabul, ancak ispat aracının düşünsel içeriğine göre yapılan ayrım çerçevesinde mümkün olabilir.

59 Ünver, İÜHFM 1996, s. 188.

60 Ünver, İÜHFM 1996, s. 193.

Belirti olaylar, suç tipinin şüpheli veya sanık tarafından işlendiğini doğrudan göstermedikleri için, ancak düşünsel içeriklerinin ilişkili olduğu konuları kanıtlamış kabul edilebilirler. Bununla birlikte yan olaylar, doğrudan doğruya önem taşıyan asli olay bakımından çıkarım yapılmasında kullanılabilirler. Örnek olarak, sanığın başka yerde bulunduğuna yönelik bir "alibi" savunmasını çürüten veya sanığın ceza sorumluluğunun ortadan kalkmış olduğuna yönelik savunmasının aksini kanıtlayan deliller, tek başlarına sanığın suçlu olduğunu kanıtlayamasalar da, pek çok belirti olayın bir araya gelmesi, hakimin vicdani kanaatini oluşturması bakımından etkili olabilecektir[61]. Bu şekilde, belirti olaylara dayanılarak yapılan ispata, **belirti ispatı** *(Indizienbeweis)* adı verilmektedir. Tanımlamak gerekirse, belirti ispatı, hüküm bakımından doğrudan doğruya önemli bulunan asli olaylara, yardımcı olaylar (belirtiler, delil göstergeleri) vasıtasıyla çıkarım yoluyla ulaşılmasıdır[62].

Belirti olaylar, suç tipinin şüpheli veya sanık tarafından işlendiğini doğrudan göstermediklerinden, ancak düşünsel içeriklerinin ilişkili olduğu konuları kanıtlamış sayılırlar. Bununla birlikte, söz konusu yan olaylar, doğrudan doğruya önem taşıyan asli olay bakımından olasılığa dayalı bir çıkarım yapılmasında kullanılabilirler[63]. Örnek olarak, sanığın başka yerde bulunduğuna yönelik bir "alibi" savunmasını çürüten veya sanığın ceza sorumluluğunun ortadan kalkmış olduğuna yönelik savunmasının aksini kanıtlayan bir belirti delili, tek başlarına sanığın suçlu olduğunu kanıtlayamasalar da, pek çok belirti olayın bir araya gelmesi, hakimin vicdani kanaatini oluşturması bakımından etkili olabilecektir[64].

bb) Belirti olayların ispat değeri

Belirti olaylara ispat değeri tanınması için, bir belirti dizisinin **kesintisiz** olması gerektiği ve ispatladığı yan olayların asli olayla aralarındaki bağlantının da ortaya konmasının zorunlu bulunduğu kabul edilmektedir[65].

Belirti ispatı, mantık kurallarına dayalı bir çıkarımdan kaynaklanmalı ve bilimsel verileri temel almalıdır. Örnek olarak, bir restoranda yediği midyeden Hepatit A hastalığı kaptığını iddia eden bir kişinin durumu gösterilebilir[66]. Bu örnekte asli olay, mağdurun hastalığının restoranı işletenlerin

---

61 Roxin, § 15, Kn. 20.

62 Pfeiffer, §261, Kn. 15.

63 Bkz. Eroğlu, s. 9-10, Kindhäuser, § 20, Kn. 10-11.

64 Roxin, Claus; Strafverfahrensrecht, 25.b., Beck, München, § 15, Kn. 20.

65 Engelhart, Hanns; in: Gerd, Pfeiffer (ed.) Karlsruher Kommentar zur StPO, 6.b., Beck, München, 2008, § 267, Kn. 18.

66 Örnek için bkz. Nack, s. 1036.

sorumluluğu çerçevesinde meydana gelmiş olmasıdır. Bu olay hakkında hüküm verilebilmesi de, hastalığın ilgili restoranda yenilen midyeden kaynaklanmış olduğunun kanıtlanmasını gerektirmektedir.

Midyenin Hepatit A hastalığının tipik bir taşıyıcısı olması, doğrudan asli olayla ilgili olmayıp, genelgeçer bir bilimsel veri olarak mantıksal çıkarıma dahil edilebilir. Bunun haricinde, mağdurun, temel olayı kanıtlamak amacıyla, aynı dönemde aynı restoranda midye yiyen 30 farklı kişinin de aynı hastalığa yakalandığını göstermesi durumunda, öncelikle bu olayın tespitinin mahkemeyi bir **belirti olaya** götürdüğü kabul edilmelidir, zira 30 kişinin aynı anda Hepatit A hastalığına yakalanmış olması da başlı başına asli olayı ispatlamak bakımından yeterli değildir.

Bu belirti olaya ispat değeri tanınabilmesi için ise, öncelikle asli olayın, belirti olayın gösterdiği olasılık haricinde bilimsel ve mantıklı bir açıklamasının bulunup bulunmadığı tespit edilmelidir. Aynı dönemde aynı restoranda midye yiyen 30 kişinin, yedikleri midye haricinde bir nedenle aynı zaman dilimi içinde Hepatit A hastalığına yakalanmalarının olasılığının saptanması ve bunun, Hepatit A'nın midyeden kaynaklanması halinde oluşacak olasılık ile karşılaştırılması gerekmektedir. Bu tespit, kural olarak bilirkişi incelemesini gerektirecektir. Bütün verilerin, hastalığın tek mantıklı ve bilimsel açıklamasının midye olduğunu göstermesi durumunda, belirti olaylara dayanılarak hüküm kurulabilecektir[67].

Aynı yöndeki bir örnekte, "üç kadının evlendikten sonra sanık lehine vasiyetname düzenleyip aynı şekilde ölmelerinin bir tesadüf olamayacağı" gerekçesiyle sanık aleyhine hüküm kurmada tek başlarına ispat değeri taşımayan belirti olayların bütünsel değerlendirme çerçevesinde kullanıldığı görülmektedir[68].

Bununla birlikte, sanığın üzerine atılı suçu işleyip işlemediği konusunda son kararı verecek olan makam, mahkemedir. Mahkeme bunu, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi çerçevesinde, vicdani delil sistemi kapsamında gerçekleştirecek ve bir sonuca varacaktır. Dolayısıyla, belirti olayların bir bütün olarak değerlendirilmesi neticesinde, sanığın suçu işlediği yönünde vicdani kanaatin oluşması halinde, mahkumiyet hükmünün kurulması mümkündür[69]. Ancak bu noktada vurgulanmalıdır ki, belirti olaylar da, aksi kanıtlanıncaya kadar masum sayılma hakkı bakımından asli olaylarla benzer koşullara tabidirler. Yani, sanığın suçluluğunu gösteren belirti olayların hükme esas alınabilmesi için, bunların **sabit bulunması** gerekir, zira kişiler

---

67 Nack, s. 1036.

68 Bkz. Feyzioğlu, ABD 2000, s. 34, özellikle dn. 29.

69 Bkz. BGH 5 StR 456/99, 5.7.2000 t. K., NStZ-RR 2000, s. 334.

yalnızca olasılıklara ve şüphe nedenlerine dayanılarak mahkum edilemezler[70].

Gerçekten, vicdani delil sistemi, delillerin keyfi değerlendirilmesi anlamına gelmeyip, delil değerlendirmesinde belirli kurallara uymayı gerekli kılmaktadır[71]. "Hür vicdana göre karar verilmesi ilkesi, hukukun buna hiçbir usul ve esas getirmeyeceği, sınırlama koymayacağı anlamına gelmez"[72]. Belirtelim ki, Yargıtay da delillerin değerlendirilmesi bakımından belirti olayları sanığın lehine ve aleyhine bir biçimde bütünsel bir değerlendirmeye tabi tutmakta, ancak buna ilişkin terimleri kullanmamaktadır[73]. Yargıtay 10'uncu Ceza Dairesi'nin bir kararına göre, "dosyadaki belge ve bilgilerden, sanıkların ticaretini yaptıkları kabul edilen ve iletişimin tespiti tutanağında 'cıgara' olarak belirtilen suça konu maddenin elde edilememesi ve teknik yöntemle uyuşturucu madde olup olmadığının saptanamamış olması karşısında; sanıkların üzerine atılı suçu işlediklerine ilişkin tanık S.A.nın soyut beyanları dışında kesin ve yeterli delil bulunmadığı gözetilmeden, beraatları yerine yazılı şekilde mahkumiyetlerine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir"[74]. Bu kararda, iletişimin denetlenmesi tutanaklarında yer alan ifadeler, sanıklardan kaynaklanmakla birlikte, asli olayı ispatlayan

---

70 Eschelbach, Ralf; in: Graf, Jürgen Peter (ed.) Beck'scher Online-Kommentar StPO, § 261, Kn. 10, bkz. www.beck-online.de (erişim tarihi: 1 Ekim 2011). Aynı yönde bkz. Feyzioğlu, ABD 2000, s. 39.

71 Feyzioğlu, Metin; Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Yetkin, Ankara, 2002, s. 148.

72 Feyzioğlu, s. 126.

73 "Sanığın, tanık anlatımlarıyla doğrulanan savunmasının aksine, yönetimi altında bulunan Kuruma ait işyerindeki parmak izinin daha önceki bir tarihe ilişkin olmasının olağan bulunması ve bunun başka kanıtlarla desteklenmemiş olması karşısında; yüklenen suçu işlediğine ilişkin hukuka uygun, kuşkudan uzak, kesin, yeterli ve inandırıcı kanıtlar bulunduğu gözetilmeden, beraati yerine, yazılı şekilde hükümlülüğüne karar verilmesi (...)", Ygt. 6. CD., 26 Mayıs 2005 t., 4998/5390 s. K., bkz. Parlar/Hatipoğlu/Yüksel, s. 471.
"Mağdurenin annesi ile uzun yıllara dayalı gayri resmi ilişkide bulunan sanığın, bu beraberliği bitirmek istemesi üzerine; mağdurenin zorla ırzına geçtiği iddiasının ortaya atıldığı, akabinde emanete alınan giysiler üzerinde rastlanan sperm örneklerinin sanığa ait olmadığının saptanması ve mağdurede darp cebir izinin bulunmaması da nazara alındığında (...)", Ygt. 5. CD., 12 Mayıs 2005 t., 2862/7321 s.K., Parlar/Hatipoğlu/Yüksel, s. 471.
"Sanığa ait ayakkabılardaki toprak kalıntılarının olay mahallinde bulunan topraktan alınan toprak numunesi ile uygunluğu bulunup bulunmadığının tespiti için (...) mukayesesinin yaptırılarak alınacak raporun ve diğer tüm delillerin birlikte değerlendirilmesi suretiyle sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerekirken", Ygt. 1. CD., 19 Haziran 2000 t., 4213/1988 s.K., Parlar, Hatipoğlu/Yüksel, s. 476.

74 Ygt. 10. CD., 2007/10769 E., 2007/12034 K. sayılı Kararı için bkz. Şen, s. 113, dn. 61.

nitelikte değildirler, zira işlendiği iddia edilen suçun maddi konusunu teşkil eden uyuşturucu maddenin söz konusu olup olmadığı, yalnızca telefon kayıtlarına bakılarak anlaşılabilecek bir husus değildir.

Belirti olayların, olay örgüsünün bütününden bağımsız ve tek tek ele alınmaları, yanıltıcı sonuçlara ulaşılmasına neden olabilecektir. Tek başına önemsiz görünen bir belirti olay, bütünsel değerlendirme çerçevesinde çok önemli bir ispat değerine kavuşabileceği gibi, başlangıçta çok önemli gibi görünen bir belirti olay, başka olay ve durumların değerlendirilmesi neticesinde bu önemini yitirebilir[75].

Değerlendirme ve Sonuç

Belirti kavramını, ispat aracının şeklî içeriğine değil, düşünsel içeriğine, yani temsil ettiği olayın niteliğine göre tanımlayan görüşler kabul edilmelidir. Bu anlamda, deliller ile belirtiler arasında herhangi bir hiyerarşiden söz etmek olanaksızdır, zira belirtiler, ispat araçlarının ileri sürülme yöntemlerinden birini oluşturmamaktadır. Yine, mevzuatta yer verildiği biçimi ile "belirti" veya "emare" kavramları, doğru bir anlamda kullanılmamışlardır. Bunlar, delillerin yanında ve dışında birer ispat aracı olmadıklarından, "delil ve emareler", "deliller veya emareler" ya da "delil, iz, eser ve emareler" gibi kullanımlar hatalıdır. Bu gibi kullanımlar, ceza muhakemesi öğretisine hakim bulunan görüşler ile bağdaşmadığı gibi, bu çalışma dahilinde kabul edilen ve belirti kavramını ispat aracının düşünsel içeriğine göre belirleyen görüş ile de çelişmektedirler. Dolayısıyla, bu gibi ifadelerin düzeltilmesi, kullanılış yerine göre "şüphe sebebi" veya "delil" kavramlarına yer verilmekle yetinilmesi önerilmelidir.

Belirti, ya da belirti olay, işlendiği iddia edilen suçun cezalandırılabilirlik temelini oluşturan unsur ve koşulların dışında kalan, ancak bu suçun iddia edildiği şekilde işlendiği yönünde mantıksal çıkarımda bulunmaya olanak tanıyan yan olay veya olayları ifade eder. Bu nedenle, bir tanık beyanı bir belirti olaya ilişkin olabileceği gibi, bir iz veya görüntü kaydı da asli olayı temsil edebilir.

Bu noktada, görüntü ve ses kayıtlarının delil niteliği üzerinden *Yıldız* tarafından verilen örneğe geri dönülerek, konu daha iyi açıklanabilir. Söz konusu örnekte, hakaret suç tipi, ses kaydı üzerinde yer almakla, ses kaydı asli olayı temsil eden bir ispat aracı olarak ortaya çıkmaktadır. Aynı şey, rüşvet anlaşmasının veya ihaleye fesat karıştırma eyleminin iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulandığı bir telefon konuşması sırasında gerçekleştirilmesi veya kameranın kaydettiği bir görüntüde sanığın, maktulün

---

75 Eschelbach, Beck'scher Online-Kommentar StPO, § 261, Kn. 10.

başına ateş ederek onu öldürdüğünün görülmesi durumunda da söz konusu olacaktır.

Buna karşılık, telefonda tamamlanmış olan veya henüz hazırlık aşamasında bulunan bir suç hakkında bir ifade kullanılması, veya suçu işleyen kişiden başka bir kişinin suçtan söz etmesi durumunda, kayıt içeriği asli olayı değil, bir belirti olayı temsil etmektedir. Örneğin, telefonda bir ihaleye fesat karıştırma eylemi ile ilgili olarak "X, daha önce Y ile anlaşmıştı, seninle de anlaşır" gibi bir konuşmanın geçmesi halinde, bir belirti olayı gösteren delil söz konusudur. Bu olay, X'in herhangi bir "ihaleye fesat karıştırma" eyleminin unsurlarını doğrudan ispatlamamakta, yalnızca telefonda konuşan kişinin X hakkındaki düşüncelerini yansıtmaktadır. Aynı durum, X'in kendisinin telefonda bu yönde açıklamalarda bulunması halinde de söz konusudur. Bir kişinin, önceden işlediğini iddia ettiği suçlara ilişkin konuşmalarının ses veya görüntü kayıtlarında yer alması, asli olayı oluşturamaz, zira söz konusu suçların bütün unsurları geçmişte gerçekleşip sona ermiştir.

Dolayısıyla, sadece bu gibi olaylara dayanılarak hüküm kurulması, delillerin değerlendirilmesine ilişkin temel ilkelerden "delilin olaya ilişkin olması" kuralının ihlali anlamına gelecektir. Gerçekten, vicdani delil sistemi, keyfi karar verilmesi anlamına gelmemekte, delillerin değerlendirilmesine ilişkin genel ilkeler çerçevesinde bir mantık çıkarımını zorunlu kılmaktadır.

Bu mantıksal çıkarım, asli olaya ilişkin deliller kullanılarak yapılabileceği gibi, belirti olaylar kullanılarak da gerçekleştirilebilir. Hukuka uygun yollarla iletişimi denetlenen bir telefon görüşmesinde, bir kişinin, önceki sene gerçekleşen bir kasten öldürme suçunu kendisinin işlediği ve cesedi belirli bir yere gömdüğü yönünde beyanına rastlandığını varsayalım: Söz konusu suçun işlendiğini gören bir tanığın veya aynı suçu içeren bir görüntü kaydının bulunmaması halinde, asli olaya ilişkin bir delil bulunmayacaktır. Ancak cesedin telefonda işaret edilen yerde bulunması, asli olaya ilişkin şüpheyi yaratan belirti olayın ispat gücünü artırıcı bir faktör olacaktır. Cesedin üzerinde, telefon konuşmasını yapan kişiyi işaret eden farklı delillerin, örneğin bir saç telinin veya kumaş örneğinin tespit edilmesi halinde, kesintisiz bir belirtiler dizisi ortaya çıkmış olacak ve buna dayanarak hüküm kurulmasının önünde bir engel bulunmayacaktır.

Bu örnekte, yalnızca telefondaki itirafa dayanılarak hüküm kurulamayacağı kesindir. Ancak bunun nedeni, ikrarın tek başına yeterli bir delil olmaması veya telefon kaydının "belirti delil" niteliğinde bulunması değildir. Esasen telefon konuşması bir delildir, ancak ispat hukuku anlamında bir "beyan delili" veya "ikrar" değil, keşfe tabi bir husustur. Telefonda bir kişiyi öldürdüğünü söyleyen kişi hakkında sabit olan olay da, onun bu şekilde bir konuşma yapmış olduğu gerçeğinden ibarettir. Yani eldeki delille ispatlan-

ması gereken asli olaya değil, ancak bir belirti olaya ulaşılabilmektedir. Dolayısıyla, yalnızca bu delilden yola çıkılarak mahkumiyet hükmü kurulması, delillerin değerlendirilmesine ilişkin kurallarla çelişecektir.

Buna karşılık, delilin asli olayı doğrudan temsil etmesi ve delilin güvenilirliğine ilişkin somut bir şüphe nedeninin de bulunmaması durumunda, sadece buna dayanılarak hüküm kurulmasına bir engel bulunmamaktadır. Sanığın mağduru öldürürken çekilmiş video görüntüleri, bu anlamda asli olaya ilişkin delil niteliğindedir.

Ancak belirti ispatı bakımından dikkat edilmesi gereken bir husus vardır: Hükme esas alınacak belirti olaylar da sabit olmalı, bir başka deyişle olasılığa dayanmamalıdır. Bir kişinin, faili bilinmeyen bir kasten öldürme fiilini belirli bir kişinin işlediğini üçüncü bir kişiden duymuş olması, bu anlamda belirti olayın sabit kabul edilmesi için yeterli olmayan bir tevatürden ibarettir. Bu şekildeki bir konuşmanın ses veya görüntü kaydında yer alması veya tanık beyanında bulunması arasında, ispat değeri bakımından bir fark bulunmamaktadır. Bu şekildeki beyan veya kayıtlara itibar edilmesi ve bunların "belirtiler dizisine" dahil edilerek, dizideki boşlukların bu şekilde örtülmeye çalışılması, delil değerlendirme ilkelerine aykırılık oluşturacaktır.

"Bilişim Sistemlerinin Kullanılması Suretiyle İşlenen Hırsızlık" Suçuna İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi

*Ali Hakan EVİK**

I) KARAR

Çalışmada ele alınıp, değerlendirilecek olan karar, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun; 17.11.2009 tarih ve 2009/11–193 Esas, 2009/268 Karar sayılı kararıdır[1].

II) OLAY

Sanıklar (VA) ve (SM) birlikte hareket ederek, önceden haksız bir şekilde ele geçirdikleri katılan firmanın internet bankacılık şifresini kullanarak, katılanın X Bankası Şubesindeki hesabına internet üzerinden girerek hesabında bulunan 10.750-TL'yi sanık (VA) adına açtırdıkları hesaba havale ederler. Aynı gün havale edilen tutarı başka bir banka şubesinden çekerler. Sanıklar hakkında açılan dava sonucunda Yerel Mahkeme, "*Nitelikli Hırsızlık Suçunun (Türk Ceza Kanunu madde 142/2-e)*" işlendiği yönünde karar verir. Kararın temyiz edilmesi üzerine, dosyayı inceleyen ilgili Ceza Dairesi; Yerel Mahkemenin aksine sanıkların eylemlerinin "*Bilişim Sistemini Kullanarak Haksız Çıkar Sağlama Suçunu (Türk Ceza Kanunu madde 244/4)*" oluşturduğu sonucuna ulaşarak kararı bozar.

Dairenin bozma kararına karşı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazda bulunması üzerine, dosyayı inceleyen Ceza Genel Kurulu'nun çoğunluk üyeleri, sanıklara ait eylemin "*Nitelikli Hırsızlık Suçunu (Türk Ceza Kanunu madde 142/2-e)*" oluşturduğu iddiasıyla dairenin bozma kararının ortadan kaldırılması yönünde karar verir. Ceza Genel Kurulu'nun kimi üye-

---

* Yrd. Doç. Dr., Gazikent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Öğretim Üyesi.

1 Yaşar-Gökcan-Artuç, 2010/1: 4237–4246.

leri, eylemin "*Bilişim Sistemini Kullanarak Haksız Çıkar Sağlama Suçunu (Türk Ceza Kanunu madde 244/4)*" oluşturduğu iddiasıyla karşı oy kullanırlar.

III) HUKUKİ SORUN

Çözümlenmesi gereken hukuki sorun; "*başkasına ait banka hesabına internet yoluyla girerek hesapta bulunan paranın sahibinin rızası hilafına çekilmesi*" şeklindeki eylemin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 142/2-e maddesinde düzenlenmiş "*Bilişim Sistemlerinin Kullanılması Suretiyle İşlenen Nitelikli Hırsızlık Suçunu*" mu, yoksa 244/4. maddesindeki "*Bilişim Sistemini Kullanarak Haksız Çıkar Sağlama Suçunu*" mu oluşturduğudur?

IV) SORUNUN ÇÖZÜMÜNE İLİŞKİN GÖRÜŞLER

A) Sanıkların Karara Konu Eylemi "*Bilişim Sistemini Kullanarak Haksız Çıkar Sağlama Suçunu*" Oluşturmaktadır

Bu görüşte olan Yargıtay (11.) Ceza Dairesinin benzer eylemler hakkında aynı yönde kararlar (28.02.2008 tarih ve 22/1141; 26.03.2008 tarih ve 34/1801; 26.09.2007 tarih ve 5875/7637 sayılı kararları)[2] vermek suretiyle yerleşmiş bir içtihat oluşturmak istediği anlaşılmaktadır. Ancak, yayımlanan kararlarda gerekçeye ilişkin herhangi bir ayrıntıya yer verilmediği, hemen hemen hepsinde; "*eylemlerin bir bütün halinde 5237 sayılı TCK'nun 244/4. maddesinde öngörülen bilgileri otomatik işleme tabi tutmuş bir sistemi kullanarak kendisi veya başkası lehine hukuka aykırı yarar sağlamak suçunu oluşturduğu gözetilmeden nitelikli hırsızlık suçunu oluşturduğunun kabulü ile yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir*" ifadelerinin kullanıldığı tespit edilmektedir.

Bu görüşte olan Yargıtay Ceza Genel Kurulu azınlık görüşünü paylaşan Kurul Üyelerden birinin gerekçesi özetle; "*Hırsızlık suçunun temel şekli, 5237 sayılı TCK'nun 141/1. maddesinde tanımlanmıştır. Suçun maddi konusu başkasına ait taşınır maldır. Maddenin ikinci fıkrasında her türlü enerji taşınır mal sayılmıştır. Taşınır mal aynı zamanda eşya (şey) anlamındadır. Yasa sadece mal demekle yetinmemiş bunu nitelendirmiştir. Taşınır mal, yerinden alınıp götürülebilecek nitelikte olmalıdır. Taşınır mal, mevcut ve maddi varlığı olan cisimdir.*

Veri ise, bilgisayar üzerinde işlem yapabilen her türlü değerdir. Somut eylemimizde göre parayı ifade eden veri, taşınabilir mal mıdır? TCK'nun hiçbir maddesinde veri taşınabilir mal olarak düzenlenmemiş ve tanımlanmamıştır. Verinin sahibinin rızası hilafına bilişim sisteminden başka bir yere

---

2 Söz konusu kararlar için bakınız: Artuk-Gökcen-Yenidünya, 2009: 4683–4685.

gönderilmesinde hırsızlık suçunun oluştuğunu söyleyebilmek için verinin taşınır mal olarak kabulü zorunludur. Aksi halde YTCK'nun 2. maddesinde ifadesini bulan suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık oluşturacaktır.

Bununla birlikte TCK'nun 141/2-e maddesi sınırlı bazı hallerde uygulama yeri bulabilir. Örneğin, bir kasa ya da mağazanın bilişim sistemine bağlı merkezi kilit sistemine ulaşan hırsızların kilit sistemini depo veya kasa kapısının açılması üzerine buradaki eşyaları veya paraları çalmaları halinde klasik hırsızlık suçu bilişim sistemi kullanılarak gerçekleşmektedir. Bu sınırlı haller dışında TCK'nun 244. maddesi karşısında TCK'nun 142/2-e maddesinin uygulama alanı bulması söz konusu değildir.

Somut olayda sanıklar bir bilişim sistemine girdikten sonra, yakınanın banka üzerindeki hesabında bulunan ve parayı temsil eden veriyi önceden açtırdıkları hesaba göndermişlerdir. Kanımızca bu eylem, 5237 sayılı TCK'nun 244/4. maddesinde tanımlanan, ***var olan verileri başka bir yere göndermek suretiyle haksız çıkar sağlanması*** *suçunu oluşturur. TCK'da verinin taşınır mal olarak tanımlanmaması nedeniyle bu fiil hırsızlık suçuna ait norm, öncelikle uygulanması gereken asli norm niteliğini taşımaz*"[3] şeklindedir.

Söz konusu Kararda, azınlık görüşünü paylaşan diğer beş Kurul Üyesinin gerekçeleri hakkında ise, herhangi bir açıklamaya yer verilmediği görülmektedir.

Doç. Dr. Veli Özer Özbek'in; "*Hırsızlık suçunun bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle işlenmesi TCK'nun m 244 hükmü karşısında mümkün değildir. Bilindiği üzere hırsızlık suçunun konusunu "taşınabilir bir mal" oluşturmaktadır. Hırsızlık suçunun bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle işlendiği iddia edilen her durumda esasen işlenen suçun konusu "taşınır bir mal" değil "veri" olacaktır.*

Görüldüğü üzere bilişim sisteminin kullanılması durumunda artık üzerinde icra hareketinin gerçekleştiği her şey veri adını almaktadır. Bu halde artık m 142/2'de yer alan suç değil, TCK m 244/2 oluşacak, duruma göre 244/3 ya da 4. fıkra uygulama alanı bulabilecektir"[4] şeklindeki gerekçelerden hareketle bu görüşte olduğu anlaşılmaktadır.

Aynı görüşte olduğu anlaşılan Yard. Doç. Dr. Yılmaz Yazıcıoğlu'nun konu hakkındaki gerçekleri de özetle; "*Kanun, hırsızlık (m 142/2-e) ve dolandırı-*

---

3 Kubilay Taşdemir'in görüşü için bakınız: Yaşar-Gökcan-Artuç, 2010/1: 4241–4246.

4 Özbek'in 09–10 Ekim 2008 tarihlerinde Yargıtay'da düzenlenen "*Bilişim Hukuku Sempozyumundaki*" sunumlarında ortaya koyduğu görüş için bakınız: Yaşar-Gökcan-Artuç, 2010/1: 4245.

cılık (m 158/ı-f) suçlarının bilişim istemiyle işlenmesi ihtimallerini de nitelikli hal olarak düzenlemiştir. Her ne kadar bilgisayar tarafından üzerinde işlen yapılabilen bir değer ifade eden veri taşınabilir mal olmadığı ve ekonomik değer taşıyan enerji kavramı gibi ayrıca tanımlanmadığı için (m 141/2) bilgisayar marifetiyle yapılan haksız deninim eylemleri bakımından hırsızlık suçunu uygulayabilmek mümkün olmayacaktır. Bu ihtimal olsa olsa ancak bir bilişim istemine veya uygulamasına bağlanmış bir kasanın veya bir kapının açılması suretiyle buralardan yapılan hırsızlık fiilleri bakımından söz konusu olabilir ki, bu halleri nitelikli hal olarak kabul etmenin mantıklı bir izahını bulamamaktayız" yönündedir.

B) Sanıkların Karara Konu Eylemi "*Bilişim Sistemlerinin Kullanılması Suretiyle İşlenen Nitelikli Hırsızlık Suçunu*" Oluşturmaktadır

İnceleme konumuza ilişkin olarak bir önceki bölümde tarih ve sayısı belirtilen pek çok Yargıtay kararlarına konu Yerel Mahkeme görüşünün bu doğrultuda olduğu anlaşılmaktadır. Yargıtay 6. Ceza Dairesi'nin de, benzer bir olay nedeniyle önüne gelen olayda bu yönde (02.06.2008 tarih ve 555/12249 sayılı)[5] karar verdiği tespit edilmektedir. Ancak, bunların gerekçeleri hakkında bahsi geçen içtihatlarda herhangi bir açıklamanın yer almadığı görülmektedir.

Yerel Mahkemenin görüşünü haklı bularak çoğunluk görüşü olarak karşımıza çıkan Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun hukuki sorunun çözümüne yönelik gerekçelerinin; "*sanığın kastı, katılan firmanın banka hesabında bulunan, taşınır nitelikteki parayı bilişim sistemini kullanmak suretiyle kendi banka hesaplarına geçirmeye, katılanın rızasına aykırı olarak malvarlığında azalmaya neden olmaya, başka bir anlatımla var olan bir veriyi başka bir yere göndermekten ziyade, bu verinin temsil ettiği parayı alarak mal edinmeye yöneliktir. Sanığın katılanın internet bankacılık hesabında bulunan parasına ulaşmak için bilişim sistemini kullanmaktan başka alternatifi de yoktur. Dolayısıyla olayımızda, 5237 sayılı TCY'nın 142/2-e maddesinden düzenlenmiş bulunan "bilişim sistemi kullanmak suretiyle hırsızlık" suçunun gerçekleştiği kabul edilmelidir. Sanığın eyleminin 5237 sayılı TCY'nın 142/2-e maddesindeki nitelikli hırsızlık suçunu oluşturduğunun kabul edilmesi karşısında, 244. maddenin 4. fıkrası uyarınca uygulama yapma olanağı da bulunmamaktadır*"[6] biçiminde olduğu tespit edilmektedir.

Doç. Dr. Mahmut Koca'nın meselenin çözümüne ilişkin görüşünün ve gerekçesinin de; "*TCK'nun 244/4. maddenin tali norm niteliğinde olması*

---

5 Yaşar-Gökcan-Artuç, 2010/1: 4239.

6 Yaşar-Gökcan-Artuç, 2010/1: 4239–4241.

nedeniyle önce hırsızlık, dolandırıcılık, güveni kötüye kullanma veya zimmet gibi başka bir suçun oluşup oluşmadığında bakılmalı, olayın oluş şekli bu suçlardan birinin tanımına uygun ise o suç aksi halde TCK'nun 244/4. maddesi gündeme gelmelidir."[7] şeklinde olduğu görülmektedir.

V) KONUYA İLİŞKİN GENEL AÇIKLAMALAR

A) Bilişim Sistemini Kullanarak Haksız Çıkar Sağlama Suçu

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitabının "*Topluma Karşı Suçlar*" başlıklı üçüncü kısmının "*Bilişim Sistemine Karşı Suçlar*" başlıklı onuncu bölümünde çeşitli bilişim suçlarının düzenlendiği tespit edilmektedir. "*Bilişim Sisteminin*" bu suçlardan; "*Bilişim Sistemine Girme Suçunun*" madde gerekçesinde; "*verileri toplayıp yerleştirdikten sonra, bunları otomatik işlemlere tabi tutan manyetik sistem*" şeklinde tanımlandığı görülmektedir. İnceleme konumuzu oluşturan suç da, 244. maddenin 4. fıkrasında yer almaktadır.

Kanun'un 244/4. maddesinde; "*yukarıdaki fıkralarda tanımlanan fiillerin işlenmesi suretiyle kişinin kendisinin veya başkasının yararına haksız bir çıkar sağlamasının başka bir suç oluşturmaması halinde, iki yıldan altı yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezasına hükmolunur*" denilmektedir.

Yukarıdaki fıkralar şeklinde atıf yapılan 1 ve 2. fıkralar ise; "(1) *Bir bilişim sisteminin işleyişini engelleyen veya bozan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.* (2) *Bir bilişim sistemindeki verileri bozan, yok eden, değiştiren veya erişilmez kılan, sisteme veri yerleştiren, var olan verileri başka bir yere gönderen kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*" şeklindedir.

Suçun faili ve mağduru bakımından maddede herhangi bir özel düzenlemeye yer verilmediği görülmektedir[8]. Korunan hukuksal değerle ilgili olarak öğretide çeşitli görüşler vardır. Dülger konu hakkında önce; "*netice bakımından zarar aranmakla birlikte, bu zararın niteliği bakımından yasada herhangi bir düzenleme bulunmadığından, suçla mağdurun maddi veya manevi hakları korunmaktadır*"[9] dedikten sonra, "*mağdurun mal varlığında bir*

---

7 Koca'nın 09–10 Ekim 2008 tarihlerinde Yargıtay'da düzenlenen "*Bilişim Hukuku Sempozyumundaki*" sunumlarında ortaya koyduğu görüş için bakınız: Yaşar-Gökcan-Artuç, 2010/1: 4245.

8 Artuk-Gökcen-Yenidünya, 2009: 4673; Tezcan-Erdem-Önok, 2010: 773; Yaşar-Gökcan-Artuç, 2010/2: 6756.

9 Dülger, 2004: 244.

zararın ortaya çıkması durumunda dolandırıcılık veya hırsızlık suçu gerçekleşmiş olacaktır"[10] şeklinde açıklamada bulunmuştur. Ancak, gerek bu çelişkili yorum, gerek manevi hakkın ne olduğu konusunda tatmin edici bir açıklama yapmadığı tespit edilmektedir.

Kanımca; bu suçla, aynı anda birden fazla değer korunmak istenmektedir. Hem hırsızlık, dolandırıcılık gibi suçlarla korunmaya çalışılan değerler (örneğin; mülkiyet), hem de bilişim sisteminin güvenliği, dokunulmazlığı, orada yer alan verilerin güvenilirliği, koruma altına alınmaya çalışılmaktadır[11]. Avrupa Siber Suç Sözleşmesi'nin 8. maddesi ile sözleşmeye taraf devletlerden; "*kendisi veya başkasına haksız menfaat sağlamak amacıyla bilişim sisteminde yer alan verilere herhangi bir veri yerleştirme, verileri değiştirme, silme veya erişilmez kılma, sistemin işleyişine engel olma*" fiillerinin cezalandırılmasının istenmekte olup, madde ile sözleşme hükmünün yerine getirildiği anlaşılmaktadır[12].

Suç, Türk Ceza Kanunu 244. maddenin birinci ve ikinci fıkralarındaki suçların hareket unsurlarına atıf yapılmak suretiyle düzenlendiğinden, maddi unsurun tayini bakımından bu fıkralardaki eylemlere bakmak gerekmektedir. Hareketin şekli bakımından suçun seçimlik hareketli olarak düzenlendiği ve gerçekleşmesi bakımından; "**a)** Bilişim sisteminin işleyişinin engellenmesi veya bozulması suretiyle kişinin kendisinin veya başkasının yararına haksız bir çıkar sağlanması, **b)** Bilişim sistemindeki verilerin bozulması, yok edilmesi, değiştirilmesi veya erişilmez kılınması, sisteme veri yerleştirilmesi, var olan verilerin başka bir yere gönderilmesi suretiyle kişinin kendisinin veya başkasının yararına haksız bir çıkar sağlanması", şeklindeki eylemlerden birinin varlığının arandığı tespit edilmektedir.[13].

"*Bilişim Sistemini Kullanarak Haksız Çıkar Sağlama Suçunu*", 244. maddenin birinci ve ikinci fıkralarındaki suçlardan ayıran temel özellik; netice bakımından, maddede sayılan eylemlerden herhangi birinin gerçekleştirilmesi suretiyle failin "*haksız*" yani "*hukuka aykırı yarar*" sağlamış olmasıdır[14]. Eylemlerin yapılmasından dolayı failin haksız bir yarar sağlaması,

---

10 Dülger, 2004: 245. Sadece "maddi yararın" söz konusu olduğuna ilişkin görüş için bakınız: Tezcan-Erdem-Önok, 2010: 775.

11 Dönmezer, 2001: 618; Tezcan-Erdem-Önok, 2010: 773; Yazıcıoğlu, 1997: 268–269; Yaşar-Gökcan-Artuç, 2010/2: 6757. Bunların yanı sıra kişilerin özel hayatlarının gizliliğinin de korunmak istendiği ifade edilmektedir. Bakınız: Artuk-Gökcen-Yenidünya, 2009: 4671.

12 Artuk-Gökcen-Yenidünya, 2009: 4671.

13 Donay; 2007: 351; Dülger, 2004: 246.

14 Artuk-Gökcen-Yenidünya Caner, 2009: 4672; Dönmezer, 2001: 618; Yaşar-Gökcan-Artuç, 2010/2: 6765; Yazıcıoğlu, 1997: 271.

mağdur açısından da bir zararın meydana gelmiş olması yeterlidir, bilişim sisteminin zarara uğrayıp uğramaması konusunda madde metninde herhangi bir açıklık bulunmamasından, sistem veya veriler üzerinde zarar meydana gelmiş olmasının suçun tamamlanması açısından gerekli olmadığı sonucu çıkmaktadır[15].

Failce elde edilen yararın hukuka aykırı olması şart olduğundan, mağdurun rızası bu suç bakımından bir hukuka uygunluk nedeni olabilecektir. Suçun manevi unsuru ise; genel kastın yanı sıra, "*haksız çıkar sağlamak*" şeklindeki özel kasttır[16]. Suç teşebbüse müsait bir suçtur, iştirak bakımından bir özellik söz konusu değildir. İçtima açısından, suçun zincirleme şekilde işlenmesi mümkündür.

B) Bilişim Sistemlerinin Kullanılması Suretiyle İşlenen Nitelikli Hırsızlık Suçu

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 141/1. maddesinde hırsızlık suçunun temel şekline, 142 ve 143. maddelerinde ise nitelikli hallerine yer verildiği görülmektedir. 141/1. madde; "*Zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla bulunduğu yerden alan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir*" şeklindedir.

Suçun faili ve mağduru bakımından herhangi bir özellik söz konusu değildir. Diğer mala karşı suçlarda olduğu gibi hırsızlık suçu da esasında kişinin korunmasını amaçlamaktadır. Ancak, kişiye karşı bir saldırı niteliğinde olduğu açık olan dolandırıcılık, hırsızlık gibi suçlarda maddi değer ön planda tutulduğundan[17], anılan suçlara Kanun'un, "*Malvarlığına Karşı Suçlar*" başlığı altında yer verildiği görülmektedir.

"*Bilişim Sistemlerinin Kullanılması Suretiyle İşlenen Nitelikli Hırsızlık Suçuyla*"; korunmak istenen hukuki yarar "*zilyetlikten*"[18] ziyade malvarlığı[19]

---

15 Dülger, 2004: 247; Yaşar-Gökcan-Artuç, 2010/2: 6764.

16 Dönmezer, 2001: 618; Dülger, 2004: 248. Kimi yazarlara göre ise; genel kast yeterlidir. Olası kastla da işlenmesi mümkündür, madde metninde saikin aranacağına ilişkin bir ibare bulunmamaktadır. Artuk-Gökcen-Yenidünya, 2009: 4673; Yaşar-Gökcan-Artuç, 2010/2: 6766. Tezcan-Erdem ve Önok'a göreyse, genel kast yeterli olup, kastın haksız yarar elde etmeye yönelik olması da gerekmektedir. Bakınız: Tezcan-Erdem-Önok, 2010: 776.

17 Tezcan-Erdem-Önok, 2008: 501.

18 Centel-Zafer-Çakmut, 2007: 282; Donay; 2007: 218; Dönmezer, 2001: 346; Erem-Toroslu, 2003: 546; Yaşar-Gökcan-Artuç, 2010/1: 4146.

19 Selçuk, 1986: 7; Wessels-Hillenkamp, 2009: 16.

kapsamında mülkiyettir. Zira ölmüş bir kimsenin malının çalınması durumunda artık zilyetliğin varlığından ya da mülkiyeti kendisine ait olup da zilyetliği başkasında bulunan bir malın sahibi tarafından zilyedin rızası dışında alınması durumunda hırsızlık suçunun işlendiğinden bahsetmek hukuken mümkün değildir[20].

Suçun maddi konusu başkasına ait taşınabilir[21], maddi konusu olan, katı, sıvı veya gaz biçimindeki maldır[22]. Hayvan, değerli veya değersiz her türlü eşya, para vs. Türk Ceza Kanunu'nun "*ekonomik bir değer taşıyan her türlü enerji de, taşınır mal sayılır*" şeklindeki 141/2. maddesi gereğince; enerji de hırsızlık suçunun maddi konusunu oluşturabilecektir[23].

Söz konusu suçun maddi unsuru; başkasına ait olan suça konu taşınabilirin bulunduğu yerden malın zilyedinin rızası dışında alınmasıdır. Suçun teşekkülü bakımından, failin başkasına ait olan fiili egemenliği ortadan kaldırarak, kendisine ait yeni bir egemenlik kurulması gerekmektedir[24]. Mağdurun egemenliğine son vermek amacıyla fail tarafından kullanılan aracın herhangi bir önemi bulunmamaktadır[25].

Hukuka aykırılık unsuru açısından Kanun'da yer alan "zilyetliğin korunması, mal için meşru savunma, mağdurun rızası, zorunluluk hali ya da görevin ifası" şeklindeki hukuka uygunluk nedenleri hırsızlık suçu açısından da geçerlidir. Suçun manevi unsuru ise; genel kastın yanı sıra, mala sahiplenmek amacı taşıyan[26] "*failin, kendisine veya bir başkasına yarar sağlamak*"[27] şeklindeki özel kasttır.

Hırsızlık suçu, neticesi harekete bitişik bir suç olduğundan, Yargıtay içtihatlarının[28] aksine kanımca, mülga 765 sayılı Ceza Kanunu'ndaki deyi-

---

20 Soyaslan, 2009: 235; Tezcan-Erdem-Önok, 2008: 503.

21 Wessels-Hillenkamp, 2009: 15.

22 Centel-Zafer-Çakmut, 2007: 285 vd; Dönmezer, 2001: 356–361; Erem-Toroslu, 2003: 546–551; Selçuk, 1986: 5; Yaşar-Gökcan-Artuç, 2010/1: 4148.

23 Soyaslan, 2009: 234.

24 Ayrıntılı bilgi için bakınız: Dönmezer, 2001: 347; Wessels-Hillenkamp, 2009: 22 vd; Yaşar-Gökcan-Artuç, 2010/1: 4154 vd.

25 Tezcan-Erdem-Önok, 2008: 516. Yalnız cebir kullanılarak yapılan hırsızlığın yağma suçuna sebebiyet vereceğinin unutulmaması gerekir. Erem-Toroslu, 2003: 555.

26 Centel-Zafer-Çakmut, 2007: 294; Selçuk, 1986: 17; Tezcan-Erdem-Önok, 2008: 516.

27 Alman Ceza Kanunu'ndaki düzenlemeye bakıldığında bu amacın; "*failin bizzat kendisine veya bir başkasına hukuka aykırı mal edinmek amacı*" şeklinde olduğu görülmektedir. Bakınız: Wessels-Hillenkamp, 2009: 54–55.

28 Söz konusu kararlar için bakınız: Tezcan-Erdem-Önok, 2008: 519, dipnot: 99.

miyle sadece eksik teşebbüse müsait bir suçtur[29]. Suçların içtimai ve iştirak açısından herhangi bir özellik söz konusu değildir. Suçun tek başına veya birden fazla faille işlenmesi ve suça her türlü iştirak mümkündür. Türk Ceza Kanunu'nun 142/son maddesine eklenen hüküm uyarınca; konut içerisinde işlenen hırsızlık artık bileşik suç olarak kabulü hukuken mümkün olmayıp, her iki suçtan ayrı ayrı cezalandırma söz konusu olacaktır.

Ceza Kanunu'nun 142 ve 143. maddelerinde suçun nitelikli hallerine, 145. maddede çalınan malın değerinin azlığının cezasızlık veya indirim nedeni olacağına ilişkin düzenleneme bulunmaktadır. Yargıtay'ın, malın değerini takdir yetkisini somut olayda hâkime bıraktığı tespit edilmektedir[30]. İnceleme konumuzu oluşturan, "*Bilişim Sistemlerinin Kullanılması Suretiyle İşlenen Nitelikli Hırsızlık Suçu*" da 142/2. maddenin (e) bendinde yer almaktadır. Buradaki suç, bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenmiş olmaktadır. Donay'a göre; bilişim sisteminin dolaylı şekilde kullanılması durumunda da anılan fıkranın uygulanması gerekmektedir. Örneğin; bir kasanın formülünün bilişim sistemine girilerek öğrenilmesi ya da kıymetli bir eşyanın yerinin saptanmasına bilişim sisteminin araç olarak kullanılmasında olduğu gibi[31].

Kimi yazarlara göre; bilişim sistemleri kullanılarak haksız yarar elde edilmesi durumunda dolandırıcılık veya diğer bilişim suçları gündeme geleceğinden, hırsızlık suçunun teşekkülü mümkün olmayıp, hükmün uygulanma alanı oldukça sınırlıdır[32].

VI) DEĞERLENDİRME

Yukarıda da belirttiğim üzere inceleme konumuzu oluşturan hukuki problem; sanıkların, internet yoluyla girdiği hesapta bulunan parayı sahibinin rızası hilafına başka hesaba aktarması ve bankamatik kartıyla çekmesi eyleminin, "*Bilişim Sistemlerinin Kullanılması Suretiyle İşlenen Nitelikli Hırsızlık Suçunu*" mu, yoksa 244/4. maddesindeki "*Bilişim Sistemini Kullanarak Haksız Çıkar Sağlama Suçunu*" mu oluşturduğudur.

Ayrıntılara geçmeden önce bu sorunun cevabının kanımca; uyuşmazlık konusu eylemin bilişim sisteminin kullanılması suretiyle işlenen hırsızlık

---

29 Erem-Toroslu, 2003: 559; Donay; 2007: 218; Soyaslan, 2009: 234; Yaşar-Gökcan-Artuç, 2010/1: 4162.

30 Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 13.11.2007 tarih ve 2007/6–210 Esas, 2007/234 Karar sayılı kararı için bakınız: Soyaslan, 2009: 235.

31 Donay; 2007: 223.

32 Tezcan-Erdem-Önok, 2008: 538.

suçunu oluşturduğu şeklinde olması gerektiğidir. Zira Türk Ceza Kanunu'nun 244/4. maddesindeki suçu eylem unsurunun, aynı madenin birinci ve ikinci fıkralarındaki eylemlere atıf yapılarak düzenlendiği görülmektedir. Bu fıkralardaki eylemlerin de; "*bir bilişim sisteminin işleyişini engellemek veya bozmak*" ve "*bir bilişim sistemindeki verileri bozmak, yok etmek, değiştirme veya erişilmez kılmak, sisteme veri yerleştirmek, var olan verileri başka bir yere göndermek*" şeklinde olduğu tespit edilmektedir.

Bu itibarla 244/4. maddedeki suçun maddi unsurunun gerçekleştiğinden bahsedebilmek için failin; **a)** Bir bilişim sisteminin işleyişini engellemek veya bozmak suretiyle kendisinin veya başkasının yararına haksız bir çıkar sağlaması, **b)** Bir bilişim sistemindeki verileri bozmak, yok etmek, değiştirmek veya erişilmez kılmak, sisteme veri yerleştirmek, var olan verileri başka bir yere göndermek suretiyle kendisinin veya başkasının yararına haksız bir çıkar sağlaması gerekmektedir. Diğer bir deyişle; failin kendisi ya da başkası yararına elde ettiği çıkarı;"**a)** Bir bilişim sisteminin işleyişini engellemek, **b)** Bozmak, **c)** Bilişim sistemindeki verileri bozmak, **d)** Yok etmek, **e)** Değiştirmek, **f)** Erişilmez kılmak, **g)** Sisteme veri yerleştirmek, **h)** Var olan verileri başka bir yere göndermek" şeklindeki eylemlerden bir ya da bir kaçını gerçekleştirmek suretiyle elde etmesi gerekmektedir.

İncelenmekte olan Yargıtay kararında ise; sanıkların, müştekiye ait banka hesabındaki parayı 244/1 ve 2. fıkralarında sayılan eylemlerden herhangi bir tanesinin gerçekleştirerek kendi hesaplarına geçirmedikleri görülmektedir. Yani sanıklar söz konusu hesaba girmek ve içerisindeki paraları almak için yukarıda sayılan eylemlerden hiçbirini yapmamışlardır. Ne bir bilişim sisteminin işleyişini engellemişler veya bozmuşlar, ne bilişim sistemindeki verileri bozmuşlar, yok etmişler, değiştirmişler, erişilmez kılmışlar, ne de sisteme veri yerleştirmişler ya da var olan verileri başka bir yere göndermişlerdir. Sadece katılana ait internet hesabına girmek suretiyle hesapta bulunan parayı almışlardır. Dolayısıyla sanıkların eylemini, Türk Ceza Kanunu'nun 244/4. maddesindeki normun ihlali şeklinde değerlendirmek imkânı bulunmamaktadır.

Uygulamada bazı somut olaylarda; failin, mağdura internet üzerinden bir mesaj göndermek suretiyle onu aldatmak suretiyle şifresini ele geçirdikleri ya da mağdurun bilişim sistemine (bilgisayarına) veri göndererek kimi kişisel bilgileri ele geçirdikleri ve haksız menfaat temin ettikleri görülmektedir. Birincisinde; Türk Ceza Kanunu'nun 158/1-f maddesinin, ikincisinde ancak, 244/4. maddesinin tatbik edileceği aşikârdır. Somut olayda ise, sanıkların, bu tarz bir eylemde bulunmadıkları, sadece bir şekilde ele geçirdikleri şifre ile mağdurun internet hesabına girerek içerisindeki parayı kendi hesaplarına aktardıkları ve sonra da ATM'den çektikleri görülmektedir. Bu itibar-

la, sanıklar hakkında Yerel Mahkemenin de isabetle kararında uyguladığı şekilde 142/2-e maddesinin tatbiki gerekmektedir.

Burada unutulmaması gereken husus; içerisindeki paraların alınabilmesi amacıyla bir başkasına ait banka hesabına internet yoluyla girmek için mutlak surette bilişim sistemine zarar verilmesi, veri gönderilmesi, veri değiştirilmesi, işleyişin engellenmesinin şart olmadığıdır. Fail, bir başkasına örneğin arkadaşına, anne ya da kardeşine ait internet hesabının şifresini bir şekilde (duyarak, gizlice elde ederek vs) elde etmiş ve hesaba o surette girerek içerisindeki paraları almış olabilir. Bu nedenle, somut olayda olduğu şekilde bilişim sistemini (interneti) kullanmak suretiyle her hesaba girerek bünyesindeki paraları boşaltmak eylemini 244/4. maddenin ihlali şeklinde nitelendirmek doğru değildir.

Kaldı ki, 244/4. maddede; "*başka bir suç oluşturmaması halinde*" şeklinde bir ibare bulunmaktadır. Bu ibare; maddede sayılan eylemlerin başka bir suçu oluşturması durumunda Yargıtay Ceza Dairesinin içtihatlarının aksine failin, 244/4. maddedeki suçtan dolayı ceza verilemeyeceği anlamına gelmektedir. Yine bu ibareden kanun koyucunun, bunu tamamlayıcı norm olarak düzenlediği ancak, tanımlanan fiilin başka bir suçu oluşturmaması durumunda, anılan hükmün uygulanabileceği sonucu çıkmaktadır[33]. Madde gerekçesinde yer alan; "*Ancak, bu fıkra hükmüne istinaden cezaya hükmedilebilmesi için, fiilin daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmaması gerekir. Bu bakımdan, fiilin örneğin dolandırıcılık, hırsızlık, güveni kötüye kullanma veya zimmet suçunu oluşturması halinde, bu fıkra hükmüne istinaden cezaya hükmedilmeyecektir*"[34] şeklindeki değerlendirme de kanımca, çözüme ilişkin olarak ortaya koyduğum bu görüşü destekler niteliktedir.

Aynı şekilde; Türk Ceza Kanunu'nun 243, 244, 245 ve 245. maddelerinde yer alan "*Bilişim Alanındaki Suçların*" düzenlenme amacının; "*bilgisayar marifetiyle işlenen haksız yarar teminine yönelik hukuka aykırı eylemlerin, mal aleyhine işlenen suçlardan hiçbiriyle cezalandırılamamasından kaynaklandığı*"[35] gerçeği dikkate alındığında failin eyleminin somut olayda olduğu biçimde bilişim sistemi aracılığıyla hırsızlık olması durumunda Türk Ceza Kanunu'nun 142/2-e maddesinin uygulanması yasal bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır.

İncelenen karara konu eylem ile bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle hırsızlık suçunun işlendiği ortadadır. Zira yukarıda hırsızlık suçuna ilişkin açıklamalarda bulunurken de vurguladığım üzere; hırsızlık suçuna

---

33 Artuk-Gökcen-Yenidünya Caner, 2009: 4672; Donay; 2007: 351.

34 Yaşar-Gökcan-Artuç, 2010/2: 6756.

35 Yazıcıoğlu, 1997: 273.

sebebiyet verecek eylemin ne surette gerçekleştirildiğinin suçun maddi unsurunu teşekkülü açısından bir önemi bulunmamaktadır. Suçun özel bir şekilde, yöntemle örneğin; "*özel beceriyle, taklit anahtarla ya da diğer bir aletle kilit açmak suretiyle vs*" işlenmesinin, temel suça ilişkin maddeden sonra gelen maddelerde nitelikli hal (ağırlatıcı neden) olarak düzenlendiği görülmektedir. Tıpkı "*bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle*" işlenmesinde olduğu gibi.

Uygulamaya bakıldığında; bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle pek çok suçun en çok da dolandırıcılık suçunun işlendiği tespit edilmektedir. Bilişim sistemi suretiyle işlenen hırsızlık suçu gibi Türk Ceza Kanunu'nun 157. maddesinde düzenlenen dolandırıcılık suçunun işlenmesinde bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması da 158. maddede nitelikli hal olarak düzenlenmiş olup, 244/4. maddenin tatbiki mümkün değildir[36]. O halde somut olayda olduğu şekilde hırsızlığın bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması durumunda da Yargıtay'ın yerleşik görüşlerinin aksine 244/4'ün tatbiki mümkün görünmemektedir.

Tüm bunlara ek olarak; dolandırıcılık suçu ile hırsızlık suçu arasındaki en önemli fark; hırsızlık suçunda fail, fail taşınır malı zilyedinin rızası hilafına alarak, onun malvarlığını doğrudan ihlal etmektedir. Yani hırsızlık; "*alma*" şeklindeki tek ve yalın bir hareketle, dolandırıcılık suçu ise; "*hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak*" biçimindeki birden fazla ve karmaşık hareketle gerçekleştirilebilmektedir[37]. Bu itibarla, "*bilişim sistemlerinin kullanılarak haksız yarar elde edilmesi durumunda dolandırıcılık veya diğer bilişim suçlarının gündeme geleceğinden, hırsızlık suçunun teşekkülünün mümkün olmadığı, 142/2-e maddesinin uygulanma alanının oldukça sınırlı olacağı*[38]" şeklindeki görüşe katılmamaktayım.

Bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle haksız çıkar elde edilmesi durumunda mutlak surette dolandırıcılık suçunun işleneceği düşüncesinin gerçeği yansıtmadığı kanaatini taşımaktayım. Zira failin, ancak, mağdur aleyhine hileli davranışlarda bulunarak haksız çıkar elde etmesi durumunda dolandırıcılık suçunun gerçekleşeceğini, aksi takdirde örneğin; somut olayda olduğu şekilde sadece internet üzerinden müştekinin hesabına girerek var olan parayı kendi hesabına aktarmak şeklindeki hareketle dolandırıcılık değil, hırsızlık suçunun gerçekleşeceğini düşünmekteyim.

Ayrıca yukarıdan bu yana açıkladıklarımdan ve bahsi geçen Yargıtay kararlarından da anlaşılacağı üzere; hırsızlık suçunun bilişim araçlarının

---

36 Artuk-Gökcen-Yenidünya Caner, 2009: 4672.

37 Selçuk, 1986: 11–12.

38 Tezcan-Erdem-Önok, 2008: 538.

kullanılması suretiyle gerçekleştirilmesi günden güne artmakta, Yerel Mahkemeler nezdinde maddenin uygulanma alanı da gittikçe genişlemektedir.

Sonuç olarak; Yargıtay 11. Ceza Dairesi'nin aksine, sanıkların, katılana ait hesaba internet üzerinden girerek, katılanın mevduatında bulunan parayı, sanıklardan birinin hesabına havale ederek aynı gün bir kısmını şubeden, kalanını banka kartı ile çekmekten ibaret eylemlerinin, "*Bilişim Sistemini Kullanarak Haksız Çıkar Sağlama Suçunu (TCK md 142/2-e)*" oluşturduğunu, bu itibarla inceleme konumuzu oluşturan Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun çoğunluk kararının doğru olduğunu düşünmekteyim.

Kaynaklar

ARTUK, M. Emin-GÖKCEN, Ahmet-YENİDÜNYA Caner: (2009), **TCK Şerhi, Özel Hükümler Madde 235–345,** c: V, Ankara, Turhan.

CENTEL, Nur-ZAFER, Hamide-ÇAKMUT, Özlem: (2007), **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, c: I, İstanbul, Beta.

EREM, Faruk-TOROSLU, Nevzat: (2003), **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler,** Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, Ankara, Savaş.

DONAY, Süheyl: (2007), **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, İstanbul, Beta.

DÖNMEZER, Sulhi: (2001), **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, 16. Baskı, İstanbul, Beta.

DÜLGER, M. Volkan: (2004), **Bilişim Suçları**, Ankara, Seçkin.

SELÇUK, Sami: (1986), **Dolandırıcılık Cürmünün Kimi Suçlardan Ayrımı ve Çeklerle İlgili Suçlar,** Ankara.

SOYASLAN, Doğan: "Malvarlığına Karşı Suçlar", (2009), **3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi,** Ankara, Seçkin.

TEZCAN, Durmuş-ERDEM, M. Ruhan-ÖNOK, Murat: (2008), **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 6. Baskı, Ankara, Seçkin.

TEZCAN, Durmuş-ERDEM, M. Ruhan-ÖNOK, Murat: (2010), **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 7. Baskı, Ankara, Seçkin.

WESSELS, Johannes-HİLLENKAMP, Thomas: (2009), "Hırsızlık ve Güveni Kötüye Kullanma Suçları", Çeviren: Ünver, Yener. **Malvarlığına Karşı Suçlar ve Ekonomik Suçluluk,** Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 9, Proje Yöneticisi: Kayıhan, İçel, Editör: Ünver, Yener, Seçkin, Ankara.

YAŞAR, Osman-GÖKCAN, H. Tahsin-ARTUÇ, Mustafa: (2010/1), **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, c: V, madde 147–204, Ankara, Adalet.

YAŞAR, Osman-GÖKCAN, H. Tahsin-ARTUÇ, Mustafa: (2010/2), **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, c: V, madde 205–256, Ankara, Adalet.

YAZICIOĞLU, Yılmaz: (1997), **Bilgisayar Suçları,** İstanbul, Alfa.

Suçluyu Kayırma Suçu

*Vesile Sonay EVİK**

GİRİŞ

Adli fonksiyonların gereği gibi yerine getirilmesi devlet egemenliğinin bir göstergesi olarak kabul edildiğinden adli fonksiyonların norma aykırılığı sonucunu doğuran hukuka aykırı eylemler devlete karşı suçlar kapsamında görülmektedir[1]. Nitekim Türk Ceza Kanunu, suçluyu kayırma suçunu, "Millete ve Devlete Karşı Suçlar" başlıklı dördüncü kısmının ikinci bölümünde; "Adliyeye Karşı *Suçlar*" kapsamında olan 283. maddesinde düzenlemiştir. 5237 sayılı TCK'nun 283. maddesi, 765 sayılı TCK'nun 296. maddesinde (296/I, 1. cümle, ikinci kısımda) öngörülen ceza soruşturmasını engelleme suçu[2] ile önemli ölçüde paralellik göstermekle birlikte bazı farklı tanımlara yer vermiştir.

Aşağıda suçluyu kayırma suçunun tarihsel gelişimi, mukayeseli hukuktaki düzenlemeler, korunan hukuksal değer, benzer suçlardan farkı, fail, mağdur, eylem, hukuka aykırılık ve manevi unsur, suçun özel görünüş biçimleri, yaptırım ve usul hükümleri hakkında değerlendirmede bulunmak suretiyle açıklamalara yer verilmektedir.

I- TARİHSEL GELİŞİM

Suçluyu kayırma suçu, İlk olarak Roma Hukukunun cumhuriyet döneminde 568 tarihinde Senatus consultum de Bacchanalibus denen bir belgede "her kim yasak bir fiile iştirak eden bir kimseyi gizlerse veya onun kaçmasına yardım ederse cezalandırılır" şeklinde bir hükümle düzenlenmiştir.

---

* Yrd. Doç. Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 Özek Çetin, "Adliyeye Karşı Suçların Hukuksal Konusu", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1997, cilt LV, s. 3, 17.

2 Zafer Hamide, Faile Yardım Suçu ve Müdafiin Bu Suçtan Sorumluluğu, Beta, İstanbul, 2004, 152.

Cumhuriyet döneminde cürüm kaçağını saklayarak kabul ederek yardım etme suç olarak öngörülmüştür. Roma hukukunda suçluyu kayıran kişinin suçlu ile akrabalık ilişkisinin cezayı kaldıran veya hafifletici sebep olarak kabul edilmesi daha sonraki dönem hukuklarını da etkilemiştir[3].

Cermen hukukunda da failin saklanması ve kabul edilmesi suç olarak düzenlenmiştir. Sadece yiyecek ve içecek verme, yer tedarik etme gibi belirli yardım şekilleri de cezalandırılmıştır[4].

Osmanlı imparatorluğu döneminde 1274 (1858) tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu'n birinci babı, 8.faslında "mahpus kaçırma ve cinayet işleyen suçluları saklama" ilgili hükümler düzenlenmiştir. Buna göre hapishaneden firar edeni veya bir cinayet suçunu işleyeni evinde saklayan, gizleyen 6 aydan 2 yıl kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktadır. Fail usul ve fürüundan olan akraba ve eşi, kardeşi ise onu saklayan kişiye ceza verilmemektedir[5].

Cumhuriyet döneminde ise 765 sayılı TCK.'nun 296. maddesinin ilk şekli şu şekilde düzenlenmiştir: "her kim hapis cezasından aşağı olmayan cezayı müstelzim bir cürüm işlendikten sonra mezkur (bu) cürmün icrasında failler-le evvelce ittifak etmiş ve cürmü neticelendirmiş olmaksızın bir kimsenin cürümden istifadesini temine ve hükümetçe icra olunacak tahkikatı yanlış yola sevk etmeğe ve hükümetin taharriyatına (araştırmalarına) ve hükmün icrasına karşı faili gizlemeye yardım eder ve keza her kim bu cezaları istilzam eden bir cürmün eser ve delillerini mahveyler (yok eder) veyahut bunları bir suretle tağyir (değiştirir) ve tahrif ederse (bozarsa) beş seneye kadar hapis cezasına mahkum olur. Fakat iş bu ceza müddeti asıl cürüm için kanuna göre muayyen olan müddetin dörtte birini geçemez. Sair fiillerden dolayı tertip olunacak ceza yüz liraya kadar ağır cezayı nakdidir. Bu cürmü usul ve fürunun ve karı veya kocasının ve kardeş veya kız kardeşinin lehinde olarak işleyen kimse cezadan muaftır[6]".

8.6.1933 tarihli 2275 sayılı kanun ve 28.9.1971 tarihli 1480 sayılı kanunla yapılan değişiklikler sonrası metin ise şu şekildedir: "her kim hapis cezasından aşağı olmayan cezayı müstelzim bir cürüm işledikten sonra bu cür-

---

3 Zafer, Faile Yardım Suçu, 17.

4 Zafer, Faile Yardım suçu, 19.

5 Gökcen Ahmet, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, İstanbul, 1989, 139; ; Akgündüz Ahmet, Mukayeseli İslam ve Osmanlı Ceza Hukuku Külliyatı, Diyarbakır, 1986, 854; Zafer, Faile Yardım suçu, 28.

6 296. madde 8.6.1933 tarihli 2275 sayılı Kanun ve 28.9.1971 tarihli 1490 sayılı kanunla değişiklik geçirmiştir. Söz konusu değişiklikler için bkz. R.G.20.6.1933 ve R.G. 3.10.1971

mün icrasında faillerle evvelce ittifak etmiş ve cürmü neticelendirmekte yardımı dokunmuş olmaksızın, bir kimsenin o cürümden istifadesini temine ve hükümetçe icra olunacak tahkikatı yanlış yola sevk etmeğe ve hükümetin araştırmalarına ve hükmün icrasına karşı faili gizlemeye yardım eder yahut hakkında yakalama veya tevkif müzekkeresi çıkarılmış olan bir kimsenin saklı bulunduğu yeri bildiği halde yetkili mercilere derhal haber vermezse veya her kim bu cezaları istilzam eden bir cürmün eser ve delillerini yok eder veyahut bunları bir suretle değiştirir veya bozarsa hapis cezasını gerektiren suçlarda iki seneden dört seneye, ölüm cezasını gerektiren suçlarda da üç seneden beş seneye kadar hapis cezasına mahkum olur. Şu kadar ki bu ceza müddeti asıl cürüm için kanunda tayin edilen cezanın üçte birini geçemez. Sair fiillerden dolayı tertip olunacak ceza dokuzbin liradan onsekiz bin liraya kadar ağır para cezasıdır. Bu fiili usul ve fürunun, karı veya kocasının yahut kardeşinin lehine olarak işleyen kimseye ceza verilmez".

II- ÇEŞİTLİ ÜLKELERİN CEZA KANUNLARINDAKİ DÜZENLEMELER

1-Fransa

Fransız Ceza Kanunu'n 434-4 maddesine göre "her kim gerçeğin ortaya çıkmasını engellemek amacıyla aşağıdaki fiilleri işlerse 3 yıl hapis ve 45000 euro para cezası ile cezalandırılır.

1-Bir cürüm veya cünhanın işlendiği yerdeki iz ve belirtilerini değiştirerek, bozarak veya yok ederek ya da suçun işlendiği yere herhangi bir nesne ekleyerek, bu nesnelerin yerlerini değiştirerek veya yok ederek cürüm veya cünhanın işlendiği yerin durumunu değiştirme;

2 Bir cürüm veya cünhanın ortaya çıkmasını, delillerin araştırılmasını veya suçlunun mahkum edilmesini kolaylaştıran resmi veya özel bir belgeyi ya da bu nitelikte bir şeyi imha etme, ortadan kaldırma veya saklama.

Bu maddede öngörülen fiiller görevi nedeniyle gerçeğin ortaya çıkması için işbirliği yapmak zorunda olan bir kişi tarafından işlendiği takdirde ceza 5 yıl ve 75000 para cezası olarak arttırılır[7].

Fransız Ceza Kanunu'n 434-6 maddesine göre "her kim en az 10 yıl hapis cezası gerektiren bir cürüm veya terörist eylem failine veya şerikine araştırmadan ve tutuklamadan kurtulması için barınacak gizlenecek yer, mali des-

---

7 Ordonnance n°2000-916 , 19.9 2000 tarihli - art. 3 (V) JORF 22.9 2000i le yapılan değişiklik 1.1.2002'de yürürlüğe girmiştir. http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006418608&cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20100315&oldAction=rechCodeArticle (15.03.2010)

tek, geçimini devam ettirebilecek şeyleri veya başka araçları sağlarsa 3 yıl hapis ve 45000 euro para cezası ile cezalandırılır. Fiil itiyadi olarak işlendiği takdirde ceza 5 yıl ve 75000 para cezası olarak arttırılır[8].

Bu hükümler cürüm veya terörist eylemin fail veya şerikinin

1- düz çizgi hısımlarını ve onların eşlerini, kardeşlerini ve onların eşlerini

2- eşini veya herkesçe bilinen şekilde birlikte yaşadığı kişiyi kapsamaz.

2- İtalya

İtalyan Ceza Kanunu'n 378. maddesi suçluyu kayırma suçunu düzenlemiştir. Buna göre "her kim müebbet hapis cezası veya hapis cezası öngören bir suç işlenmiş olup da suça iştirak etmeksizin yetkili makamların soruşturmasından veya araştırmalarından kurtulması için yardım ederse dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

İşlenen suç 416bis maddesinde öngörülen suç (mafya tipi örgütlenme) ise ceza iki yıldan az olamaz. Öncül suç için hapis cezası dışında bir ceza öngörülmüşse (farklı ceza) veya kabahat söz konusu ise 516 euro'ya kadar para cezası uygulanır.

Bu maddenin hükümleri yardım edilen kişinin isnad yeteneği olmasa da veya suçu işlemediği ortaya çıksa da uygulanır. 384. madde ise cezasızlık hallerini düzenlemektedir. Buna göre kendisi veya yakın akrabasının hürriyet veya saygınlığına ağır ve önlenemez zarardan kurtarmak zorunluluğu nedeniyle bu suçu işleyen kişi cezalandırılamaz[9].

3- Federal Almanya

Alman Ceza Kanunu'n 258.maddesi suçluyu kayırma suçunu cezalandırmayı engelleme şeklinde düzenlemiştir:

1- Her kim doğrudan isteyerek veya bilerek diğer bir kişinin işlediği hukuka aykırı bir fiil nedeniyle ceza kanunu uyarınca cezalandırılmasını veya bir güvenlik tedbirine tabi tutulmasını tamamen veya kısmen engellerse beş yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.

---

8 Ordonnance n°2000-916 , 19.9 2000 tarihli - art. 3 (V) JORF 22.9 2000i le yapılan değişiklik 1.1.2002'de yürürlüğe girmiştir. http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006418608&cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20100315&oldAction=rechCodeArticle (15.03.2010)

9 Fiandaca Giovanni- Giarda Angelo, Codice Penale Codice di procedura Penale, Ipsoa, Milano, 2010, 171; http://libri.freenfo.net/D/D0000402.html#196

2- Her kim doğrudan isteyerek veya bilerek diğer bir kişi hakkında hükmedilmiş bulunan bir ceza veya güvenlik tedbirinin tamamen veya kısmen infaz edilmesini engellerse aynı şekilde cezalandırılır.

3- Ceza öncül suç için öngörülenden daha ağır olamaz.

4- Bu suça teşebbüs cezalandırılır.

5- Her kim işlediği fiil ile kendisinin tamamen veya kısmen cezalandırılmasını veya bir güvenlik tedbiri uygulanmasını veya kendisi hakkında hükmedilmiş bir ceza veya güvenlik tedbirinin infaz edilmesini engellemek isterse suçluyu kayırma suçundan dolayı cezalandırılmaz.

6- Bir yakını lehine bu fiili işleyen kişi cezadan muaftır"[10].

258a maddesi ise görev başında cezalandırmayı engelleme suçunu düzenlemiştir:

1- 258. maddenin 1. fıkrasına giren hallerde failin ceza muhakemesine katılan bir kamu görevlisi sıfatıyla veya tedbir muhakemesinde veya 258. maddenin 2. fıkrasına giren hallerde kamu görevlisi sıfatıyla ceza veya güvenlik tedbirinin infaz edilmesi ile ilgili görevli olduğu hallerde ceza altı aydan beş yıla kadardır; hafif hallerde ceza üç yıla kadar hapis veya adli para cezasıdır.

2- Bu suça teşebbüs cezalandırılır.

3- 258. maddenin 3. ve 6. fıkraları uygulanmaz"[11]

4- İsviçre

İsviçre Ceza Kanunu'n 305. maddesi aşağıdaki şekildedir:

1. Her kim bir kimseyi ceza muhakemesi işlemlerinden (takibatından) veya cezadan yahut 59-61, 63 ve 64. maddelerde öngörülen tedbirlerden kurtarırsa 3 yıla kadar hapis veya para cezası ile cezalandırılır[12].

1bis. Her kim 101. maddede belirtilen bir suçtan dolayı yurtdışında ceza takibatından veya hürriyeti bağlayıcı cezanın veya 59-61, 63 ve

---

10 Yenisey Feridun- Plagemann Gottfried, Alman Ceza Kanunu, Beta, İstanbul, 2009, 331.

11 Yenisey- Plagemann, Alman Ceza Kanunu, 332.

12 13.12.2002 tarihli n. II 2 Federal Kanun 1.1.2007'de yürürlüğe girmiştir. (RU 2006 3459 3535; FF 1999 1669); http://www.admin.ch/ch/i/rs/311_0/a305.html, (15.3.2010)

64. maddelerde öngörülen tedbirlerin yurtdışında infazından kurtarırsa aynı şekilde cezalandırılır[13].

2. Suçlu ile suçluyu kayıran kişi arasında yakın ilişkiler nedeniyle bu hareket mazur görülebiliyorsa hakim cezayı kaldırabilir.[14]

5- İspanya

İspanya Ceza Kanunu'n 451.maddesi aşağıdaki şekilde düzenlemiştir:

Fail veya şerik olarak iştirak etmediği ve işlendiği bildiği bir suçun işlenmesinden sonra aşağıdaki şekillerde müdahale eden kişi altı aydan üç yıla kadar hapisle cezalandırılır:

1- Kendisi için çıkar sağlama amacı olmaksızın faillerin veya şeriklerin suçtan elde edilen çıkar, semere veya paradan yararlanabilmeleri için yardım ederse;

2- Suçun konusunun, suçtan elde edilen şeylerin veya suçta kullanılan araçların ortaya çıkmasını engellemek için bunları saklar, değiştirir veya kullanılamaz hale getirirse;

3- Bir suçun muhtemel sorumlularının yetkili makamların veya onların görevlilerinin yürüttüğü soruşturmalarını engeller veya araştırma veya yakalamadan kurtulmaları için yardım ederse ve aşağıdaki durumlar mevcutsa:

a) yardım edilenin işlediği fiil, vatana ihanet, kralın veya onun usul veya furuundan biri veya kralın eşinin veya kraliçenin eşinin veya kraliyet vekilinin veya vekillerden birinin, prensin veya tahtın varislerinin öldürülmesi veya jenosit, isyan, terörizm veya adam öldürme ise

b) Yardım eden kişi kamu görevini kötüye kullanarak fiili işlemişse. Bu durumda yardım edilenin işlediği suç hafif ise hürriyeti bağlayıcı cezaya ek olarak iki yıldan dört yıla kadar süreyle kamusal görev veya yükümlülükten yasaklılık cezası; ağır ise kamu görevlerinden yasaklılık cezası altı aydan oniki yıla kadar süreyle uygulanır.

İspanya Ceza Kanunu'n 452. maddesine göre yardım edenin cezası hiçbir şekilde yardım edilen suç için öngörülen hürriyeti bağlayıcı cezadan daha

---

13 9.10.1981 tarihli, n. I Federal Kanun (RU 1982 1530 1534; FF 1980 I 1032). Yeni hüküm 13.12.2002 tarihli n. II 2 Federal Kanun 1.1.2007'de yürürlüğe girmiştir. (RU 2006 3459 3535; FF 1999 1669); http://www.admin.ch/ch/i/rs/311_0/a305.html

14 www.admin.ch/i/rs/3/311.O.it.pdf, (15.03.2010).

fazla olamaz. Yardım edilen suç için başka çeşit ceza öngörülmüşse, eşit veya daha az bir öngörülmedikçe hürriyeti bağlayıcı ceza altı aydan yirmidört aya kadar para cezası ile değiştirilebilir. Yardım edilen suçun cezası, yardımın cezası ile eşit veya daha az ise, faile o (yardım edilen) suç için öngörülen cezanın alt sınırının yarısı uygulanır[15].

6- Avusturya

Avusturya Ceza Kanunu'n 299/1. maddesi aşağıdaki şekilde düzenlemiştir:

1- Her kim, ceza yaptırımı ile karşılanan bir hareketi gerçekleştirmiş olan diğer kimseyi kısmen veya tamamen soruşturmadan veya cezanın veya önleyici tedbirin infazından kurtarırsa iki yıla kadar hapis veya 360 gün para cezası ile cezalandırılır.

2- Her kim, diğer kimseyi kendisine yardım etmesi için azmettirirse birinci fıkraya göre cezalandırılmaz.

3- Fiili kendisinin veya aileden birinin bir suça iştirakten dolayı takip edildiği veya muhtemelen ceza veya önleyici tedbire tabi kılınmasını engellemek için işleyen kimse birinci fıkraya göre cezalandırılmaz.

4- Fiili kendisini veya aileden birini ceza soruşturması tehlikesinden veya doğrudan önemli bir malvarlığına ilişkin olumsuz durumdan kurtarmak için işleyen kimse birinci fıkraya göre cezalandırılmaz[16].

7- Polonya

Polonya Ceza Kanunu'n 239. maddesi aşağıdaki şekilde düzenlemiştir:

1- Her kim bir kimseyi cezadan kurtarmak için onu gizleyerek, suçun iz veya eserlerini ortadan kaldırarak veya o kimse yerine suçu üstlenerek ceza muhakemesini yanıltır veya güçleştirir veya engellerse üç aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. suçun iz veya eserlerini ortadan kaldırmak veya o kimse yerine cezayı üstlenmek cezalandırılmıştır.

2- Kişi çok yakınını saklarsa birinci fıkraya göre cezalandırılmaz.

3- Fiili kendisinin veya bir yakınının ceza soruşturmasına uğrayacağı korkusu nedeniyle işlerse mahkeme büyük bir ceza indirimi yapabileceği gibi hiç ceza da vermeyebilir[17].

---

15 Vinciguerra Sergio, Il Codice Penale Spagnolo, Cedam, Padova, 1997, 198.

16 Ünver Yener, Adliyeye Karşı Suçlar, Seçkin, Ankara, 2010, 325.

17 Ünver, Adliyeye Karşı Suçlar, 324.

8- Rusya

Rusya Ceza Kanunu'n 294. maddesinde hazırlık soruşturmasının ve adaletin gerçekleştirilmesini engelleme suçu cezalandırılmaktadır. Buna göre adaletin gerçekleşmesini engellemek amacıyla bir mahkemenin faaliyetlerini herhangi bir şekilde engellemek 200.000 ruble para cezası veya 18 aya kadar süre için mahkumun gelirine karşılık gelen para cezası veya üç aydan altı aya kadar sürgün (toplumdan uzaklaştırma) cezası veya iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmak. Soruşturmanın eksiksiz ve objektif olarak tamamlanmasını engellemek amacıyla soruşturmayı yürüten savcı veya soruşturmacının faaliyetlerini herhangi bir şekilde engellemek ise 80.000 ruble para cezası veya altı aya kadar mahkumun gelirine karşılık gelen para cezası veya 180 saatten 240 saate kadar zorunlu çalışma cezası veya üç aydan altı aya kadar sürgün (toplumdan uzaklaştırma) cezası ile cezalandırılmaktadır. Söz konusu fiiller görevin kötüye kullanılması suretiyle işlendiğinde 100.000 rubleden 300.000 rubleye kadar para cezası veya bir yıldan iki yıla kadar mahkumun gelirine karşılık gelen para cezası veya üç yıla kadar belirli görevlerden yasaklılık cezası veya belirli faaliyetleri gerçekleştirememe cezasıyla beraber ya da bunlar olmaksızın dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktadır[18].

III- Korunan Hukuksal Değer

TCK'nun 283. maddesinin gerekçesinde suç işlendikten sonra failin herhangi bir şekilde yardım görmesini engellemek ve bu suretle ceza adaletinin gerçekleşmesinin amaçlandığı belirtilmektedir. Hatta sonuçta ceza muhakemesinin amacını oluşturan maddi gerçeğin araştırılıp ortaya çıkarılması ve bu şekilde adil bir yargıya varılmasının suç şüphesi altında bulunan kişinin de esasında menfaatine olduğu, cezanın veya tedbirin infazının suçlunun kusurluluk durumundan ibra olmasını sağlayarak yeniden topluma kazandırılmasını sağlayacağı dile getirilmiştir[19]. Doktrinimizde genelde devletin adli fonksiyonlarının yerine getirilmesinin, ceza muhakemesinin işlerliğinin korunduğu, bu bağlamda özellikle ceza adaletinin gerçekleştirmeyi amaçlayan adliyenin güvenirliği, saygınlığı, dürüstlüğü (doğru şekilde işlemesi), adalet duygusu gibi değerlerin de ihlal edilmesinin önlenmek istendiği kabul görmektedir[20]. Alman doktrininde cezanın genel ve önleme amacını etkin kılmaya yönelik amaçların yanında adli organların faile ceza ve emniyet

---

18 Rivista diritto penale XXI secolo, 2007, n.1, 127.

19 Artuk Mehmet Emin-Gökcen Ahmet-Yenidünya Caner, Gerekçeli Ceza Kanunları, Legal, İstanbul, 2005, 434-435.

20 Özek, "Adliyeye Karşı Suçlar…", 17; Zafer, Faile Yardım Suçu, 153; Soyaslan Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2005, 566; Meran Necati, Yeni Türk Ceza Kanununda Kamu Görevlisine ve Adliyeye Karşı Suçlar, Ankara, 2006, 343; Ünver, Adliyeye Karşı Suçlar, 314-315.

tedbirlerinin uygulanması suretiyle faili iyileştirme görevlerini yerine getirmesinin de koruma altına alındığı belirtilmektedir. Dolayısıyla söz konusu suçla devletin ceza hukuku ile korumaya çalıştığı bütün hukuksal değerlerin korunmak istendiği ifade edilmektedir[21]. Benzer şekilde İtalyan doktrininde de bu suçla korunan hukuksal değerler ceza adaletini sağlamaya yönelik yapılmakta olan veya olası soruşturmaların, yargılamaların doğru, dürüst (adil) şekilde yapılması, bu şekilde adliyenin güvenirliği ve saygınlığı olarak kabul edilmektedir[22].

IV- Suçun Hukuksal Niteliği

Suçluyu kayırma suçu, kanunumuzda İtalya'da olduğu gibi soyut tehlike suçu şeklinde düzenlenmiştir. Suçun oluşması için suç failinin araştırılması, yakalanma, tutuklanma veya hükmün infazından kurtulması için imkan sağlanması yeterlidir. Bu nedenle adli fonksiyonların zarar görmüş olması (netice olarak suçlunun araştırılamamış, yakalanamamış, tutuklanamamış veya cezalandırılamamış olması) gerekmediği gibi buna ilişkin somut tehlike meydana getirilmesi de gerekmemektedir. Suç tipinde ne zarar neticesinin gerçekleşmesi ne de somut tehlikeyi gösteren belirli bir elverişlilik, uygunluk aranmaktadır[23]. İtalyan Yargıtayı'na göre tehlike suçu niteliğinde olan suçluyu kayırma suçunun oluşması için soruşturmaların fiilen sekteye uğraması, adli makamların gerçekten yanlış yöne sevk edilmiş olması gerekmemektedir[24].

İncelediğim diğer ülke ceza kanunlarında ise suçun oluşması için adli fonksiyonların zarar görmüş olması (netice olarak suçlunun araştırılamamış, yakalanamamış, tutuklanamamış veya cezalandırılamamış olması) gerekmektedir. Dolayısıyla, söz konusu suç mukayeseli hukukta genellikle zarar suçu şeklinde düzenlenmiştir.

---

21 Zafer, Faile Yardım Suçu, 155-156.

22 Pagliaro Antonio, "Favoreggiamento", Enciclopedia del dirittto, XVII, Giuffre, Milano, 1968, 37; Manzini Vincenzo, Trattato di diritto penale italiano, V, Cedam, Torino, 1987, 981; Boscarelli Marco, La tutela penale del processo, I, Giuffre, Milano, 1951, 227; Antolisei Francesco, Manuale di diritto penale parte speciale, II, Giuffre, Milano, 2008, 551;Dolcini Emilio-Marinucci Giorgio, Codice Penale Commentato, I, Ipsoa, Milano, 2006,2823; Padovani Tullio, "Favoreggiamento", Enciclopedia Giuridica, XIV, Treccani, 1; Crespi Alberto- Stella Federico-Zuccala Giuseppe, Commentario Breve Al Codice Penale, Cedam, Padova 2006, 1187.

23 Fiandaca Giovanni–Musco Enzo, Diritto penale parte speciale, I, Zanichelli, 2001, 395; Pulitano Domenico, Il favoraggiamento personale tra diritto e processo penale, Giuffrè 1984, 93; Ünver, Adliyeye Karşı Suçlar, 321; Zafer, Faile Yardım Suçu, 159.

24 İtalyan Yargıtayı'nın 25.2.2003, N, CED 225031; 20.12.2002, Pagliesi, CED 223515; 12.12.2002, Chieregatti, CED 223113; 27.10. 2000, Arancio, CED 218686 kararları için bkz. Dolcini-Marinucci, Codice penale commentato, I, 2824.

5237 sayılı TCK'nun 283. maddesi, 765 sayılı TCK'nun 296. maddesinden farklı olarak suçluyu kayırma suçunu cezalandırmayı engelleyecek hareketleri tek tek sayarak bağlı hareketli suç şeklinde değil, serbest hareketli suç şeklinde düzenlenmiştir. Normda önsuçun failinin soruşturmasını veya cezalandırılmasını engelleyici hareketler belirtilmemiş; yalnızca soruşturulmasını ve cezalandırılmasını engelleme şeklindeki seçimlik amaçlar öngörülmüştür. Dolayısıyla amaçlanan neticeleri meydana getirmeye uygun her türlü davranış bu suçun hareketini oluşturacaktır[25].

V- Benzer Suçlardan Farkı

1-Suç Üstlenme

TCK'nun 270. maddesinde yetkili makamlara gerçeğe aykırı olarak, suçu işlediğini veya suça katıldığını bildirme cezalandırılmıştır. Doktrinde kendi kendine itham[26], failin kendi kendini sahte olarak suçlaması[27], kendi kendine iftira[28] şekillerinde adlandırılan suç üstlenme, adli makamların hataya düşürülmelerini, isabetsiz hüküm vermelerini, adliyenin itibar ve saygınlığını kaybetmesini engellemek amacıyla adliyeye karşı bir suç olarak düzenlenmiştir. Bu suçun öncelikle korunan hukuksal değer açısından suçluyu kayırma suçu ile benzeştiklerini belirtmek gerekir[29]. Üstlenilen suç, başkası tarafından işlenmiş bir suç olabileceği gibi, hiç işlenmemiş bir suç da olabilir. Bu suç açısından önemli olan failin suç ile herhangi bir ilgisinin (fail veya şeriki olmaması) bulunmamasıdır. Ancak Yargıtay verdiği bir kararda başkasının işlediği suçu üstlenerek soruşturmayı yanlış yola sürükleme ve faili gizleme eylemini suçluyu kayırma suçu olarak nitelendirmiştir[30]. Yargıtayın

---

25 Zafer, Faile Yardım Suçu, 165.

26 Erem Faruk,Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, II, Ankara,1993, 1514;Önder Ayhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Filiz, İstanbul, 1994, 276; Gökcen Ahmet, "Suç Tasnii ve Kendi Kendini İtham Cürümleri", İstanbul Barosu Dergisi, S.2, İstanbul, 2000, 369 vd.

27 Gözübüyük Abdullah Polat, "Adliyeye Karşı Cürümler", Adalet Dergisi, S.8, Ankara, 1969, 483.

28 Özek Çetin, Adliyeye Karşı Suçlar, 40; Soyaslan Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2005,542.

29 Soyaslan, 541; Ünver, 119; Zafer, 210; Artuk-Gökcen-Yenidünya, TCK Şerhi, c. 5, 5462.

30 Yargıtay 4. CD., 2.7.1998, 6408/7284 (Taşdemir-Özkepir, Son Değişikliklerle İçtihatlı Ceza Kanunu, Ankara, 2000, 662; Y. 4. CD. 20.4.1998, 3124/6390 (Taşdemir-Özkepir, 662)'den Zafer, 212; Artuk-Gökcen-Yenidünya, c. 5, 5462.Yargıtay 6. Ceza Dairesinin 16.3.2006 tarihli kararına göre "bir trafik kazasında; aracı eşi kullandığı halde, eşinin olay sırasında alkollü ve aynı zamanda memur olması nedeniyle onu cezadan kurtarmak amacıyla soruşturma evresinde kollukta aracı kendisinin kullandığı şeklindeki suçu üstlenen sanığın eyleminin, 765 sayılı

suç üstlenme suçunun sadece işlenmemiş suçlar söz konusu olduğunda olabileceği görüşü doktrinde kabul görmemektedir[31]. TCK'nun 270. maddesindeki düzenleme de Yargıtayın bu görüşüne haklı kılacak şekilde değildir. Normda sadece faille suç arasında fail veya şerik anlamında (gerçeğe aykırı olarak suç işlediğini veya suça katıldığını bildirmek) herhangi bir ilginin bulunmaması (sözü edilen ilginin gerçeğe aykırı olması) aranmıştır. Suç üstlenme, genel kast ile işlenebilen bir suçtur. Failin belirli amaçla hareket etmesi aranmamaktadır. Fail çeşitli amaçlarla bir suçu üstlenebilir. Fail bir kişinin araştırma, yakalanma, tutuklanma veya hükmün infazından kurtulması için suçu üstlendiğinde suçluyu kayırma suçu ile ayırd edilmesi zorlaşmaktadır. Bu durumda her ne kadar suçluyu kayırma suçundaki özel kast ve tipik eylem unsurları gerçekleşmiş gibi görünse de TCK'nun 283. maddesindeki suçluyu kayırmaya ilişkin hükme göre TCK'nun 270. maddesindeki suç üstlenmeye ilişkin hüküm, özel hüküm-norm niteliğinde olduğu için suç üstlenme suçu hükümleri uygulanmak gerekir[32].

İtalyan doktrini ve Yargıtayı'na göre suçluyu kayırma suçu adliye aleyhine bazı suçlara göre örneğin suç üstlenme, suçun delillerini yok etme, gizleme, değiştirme suçlarına göre genel, ikincil nitelikte bir suçtur. Suçluyu kayırma suçuna ilişkin norm, suç üstlenme, delilleri yok etme, değiştirmeye ilişkin normlara göre genel norm niteliğindedir. Suçluyu kayırmaya ilişkin normun uygulanması için adliye aleyhine diğer özel nitelikte hükümlere girmemesi ve suçluyu kayırma suçunun unsurlarının oluşması gerekmektedir.[33] Fail üstsoy, altsoy, eş veya kardeşini kurtarmak amacıyla suçu üstlenmişse TCK'nun 270.maddesinin son cümlesine göre verilecek cezanın dörtte üçü indirilebileceği gibi tamamen kaldırılabilir.

2- Suç Uydurma

TCK'nun 271. maddesinde işlenmediğini bildiği bir suçu yetkili makamlara işlenmiş gibi ihbar etme ya da işlenmeyen bir suçun delil veya emarele-

---

TCK'nun 296. maddesinin 1. fıkrasının son cümlesindeki suçu oluşturduğu ancak, bu suçu eşi yararına işlemiş olduğundan aynı maddenin 2. fıkrası (5237 sayılı TCY'nın 283/1-3) gereğince ceza verilemeyeceğinin gözetilmesi zorunludur. Y.6. CD. E. 2004/6201, K. 2006/2573, T. 16.3.2006 (www.kazanci.com.tr 10.5.2010)

31 Erem Faruk- Türk Ceza Kanunu Şerhi, Özel Hükümler, Cilt II, Ankara, 1993, 1514;; Önder Ayhan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994, 277; Zafer, 211; Ünver, 135; Artuk-Gökcen-Yenidünya, 5462.

32 Aynı görüş için bkz. Zafer, 213-214.; Ünver, 411.

33 Manzini, Trattato di diritto penale italiano, V, 982; Pagliaro, 43; Pannain, "Favoreggiamento personale e reale" Novissimo Digesto Italiano, VII, 1961, 150; İtalyan Yargıtay'nın 5.3.1973, La Pia, CED 124597 kararı için Dolcini-Marinucci, Codice penale commentato, I, 2835.

rini soruşturma yapılmasını sağlayacak biçimde uydurma cezalandırılmıştır. Doktrin, failin ihbar yoluyla işlenmediğini bildiği bir suçu yetkili makamlara bildirmesini, şifahi veya hakiki suç tasnii (uydurma) doğrudan veya şekli suç tasnii (uydurma) şeklinde adlandırmaktadır. Soruşturma yapılmasını sağlayacak biçimde bir suçun delil veya emarelerini uydurmayı ise gerçek veya dolaylı suç tasnii (uydurma), maddi suç tasnii (uydurma) ya da adaleti yanıltma şeklinde adlandırmaktadır[34]. Bu suçun suçluyu kayırma suçundan en önemli farkı, bu suçun oluşabilmesi için önşart olarak bir (ön) suçun işlenmemiş olması gerekir. İşlenmediği bilinen bir suça ilişkin sahte ihbar yapılmakta (şekli suç uydurma) veya soruşturma yapılmasını sağlayacak biçimde uydurma delil veya emare meydana getirilmektedir (maddi suç uydurma). Suçluyu kayırma suçunda ise önşartı oluşturan bir (ön) suçun işlenmiş veya en azından teşebbüs derecesinde kalmış olması gerekir[35]. Suç uydurma suçu genel kastla işlenebilen bir suçtur. İşlenmediği bilinen bir suçun yetkili makamlara ihbar edilmesi veya işlenmeyen bir suçun delil veya emarelerini soruşturma yapılmasını sağlayacak biçimde uydurma hangi amaç ve saikle yapıldığı önemli değildir. Suç tipinde failin özel kast ile hareket etmesi aranmamıştır. Suçluyu kayırma suçunda ise failin belirli amaçlarla hareket etmesi gerekmekte olup ancak özel kastla işlenebilir. Suç tipinde suç işleyen bir kişiyi araştırma, yakalanma, tutuklanma veya hükmün infazından kurtulması için imkan sağlanması şeklinde failin söz konusu belirli amaçlardan biriyle hareket etmesi aranmaktadır[36].

3- Suç Delillerini Yok Etme, Gizleme veya Değiştirme

TCK'nun 281. maddesinde gerçeğin ortaya çıkmasını engellemek amacıyla bir suçun delillerini yok etme, silme, gizleme, değiştirme, bozma cezalandırılmıştır. Bu suç adli makamların hataya düşürülmelerini, isabetsiz hüküm vermelerini, adliyenin itibar ve saygınlığını kaybetmesini engellemek amacıyla düzenlenmiştir. Dolayısıyla korunmak istenen hukuksal değerleri, adil bir yargılama sonucunda adaletin sağlanması, adliyenin itibarı ve saygınlığıdır. .Bu suçun öncelikle korunan hukuksal değer açısından suçluyu kayırma suçu ile benzeştiklerini belirtmek gerekir. Ayrıca tıpkı suçluyu kayırma suçunda olduğu gibi, bu suç için de daha önce bir suçun işlenmiş olması önşarttır. Önsuçun işlenip tamamlanmış veya teşebbüs derecesinde kalmış olması gerekmektedir[37].. TCK'nun 281. maddesinde failin gerçeğin ortaya çıkmasını engellemek amacıyla hareket etmesi arandığı için ancak

---

34 Artuk-Gökcen-Yenidünya, TCK Şerhi 5469.

35 Ünver, Adliyeye Karşı suçlar, 317; Zafer, 208; Artuk, Gökcen-Yenidünya, TCK Şerhi, 5469.

36 Ünver, 325; Zafer, 209.

37 Ünver, 286.

özel kastla işlenebilir. Ayrıca bu amaçla suçun delillerinin yok edilmesi, gizlenmesi, değiştirilmesi durumunda suç işleyen kişinin araştırma, yakalanma, tutuklanma veya hükmün infazından kurtulmasına imkan da sağlanmış olacaktır. Bu nedenle suç işlemiş olan bir kişinin araştırma, yakalanma, tutuklanma veya hükmün infazından kurtulması için suçun delillerini yok ettiğinde, gizlediğinde veya değiştirdiğinde, TCK'nun 281. maddesindeki suç ile TCK'nun 283. maddesindeki suçun ayırd edilmeleri zorlaşmaktadır. Bu durumda her ne kadar suçluyu kayırma suçundaki özel kast ve tipik eylem unsurları gerçekleşmiş gibi görünse de TCK'nun 283. maddesindeki suçluyu kayırmaya ilişkin hükme göre TCK'nun 281. maddesindeki suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirmeye ilişkin hüküm, özel hüküm-norm niteliğinde olduğu için öncelikle uygulanmak gerekir.

4- Örgütlenme Suçları

a- Suç İşlemek Amaçlı Örgütlenme

TCK'nun 220. maddesinde suç işlemek amaçlı örgütü kurma, yönetme, üye olma şeklindeki seçimlik hareketlerle örgütlenme eylemi cezalandırılmaktadır. Ayrıca 220. maddenin 6. ve 7. fıkralarında suça iştirakin çok failli suç açısından özel bir düzenlemesini öngörmüştür. Bu şekilde esasen suça iştirak olarak nitelendirilebilecek hareketler örgüt üyesi olarak cezalandırılmaktadır. Bu hükümler nedeniyle esasen örgüt üyesi olmayan kişinin örgüt adına suç işlemesi veya bilerek, isteyerek yardım etmesi durumunda iştirake ilişkin genel hükümler uygulanamadığından yardım edene daha az ceza verilmesi söz konusu olamamaktadır. Kanun koyucu bu şekilde örgütün organik yapısına katılmadığı için örgüt üyesi olmayan, olmak da istemeyen kişilerin, her ne şekilde olursa olsun, örgütün hayatta kalmasına veya güçlenmesine katkı sağlayacak biçimde yardımda bulunmasını önlemek istemektedir. Suç işlemek amaçlı örgüte bilerek ve isteyerek yardım ile suçluyu kayırma arasındaki fark, öncelikle hükmün niteliği itibariyledir. TCK'nun 220. maddesinin 7. fıkrasındaki düzenleme özel bir iştirak hükmüdür. Suça iştirakin çok failli suç açısından özel bir düzenlemesidir. TCK'nun 283. maddesinde ise özel bir suç tipi öngörülmüştür. TCK'nun 220/7 uygulanabilmesi için suç işlemek amaçlı bir örgütün olması, bu örgüte örgütün niteliğini bilerek ve isteyerek yardım edilmesi gerekmektedir. Diğer bir deyişle bu hükme göre cezalandırmak için önşart olarak, suç işlemek amaçlı örgütlenme suçunun işlenmiş olması gerekir. Buna karşılık TCK'nun 283.maddesindeki suçluyu kayırma suçunun önşartını oluşturan suç, herhangi bir suç olabilir, özel olarak belirtilmemiştir[38]. TCK'nun 220/7 'de suç işlemek amaçlı bir örgüte

---

[38] İtalyan Yargıtayı'nın 13.6.1987, Altivalle, CEd 177894; 28.9.1998, Bruno, CRD 211896; 12.12. 2002, Contrada, CEd 225566; 17.9.2003, CED 223767 kararları için bkz. Dolcini-Marinucci, I, 2836; Aynı görüşte Zafer, 222.

yardım edilmesinin belirli bir amaçla yapılması aranmamıştır. Örgütün niteliğini bilerek, varlığına, muhafazasına veya güçlenmesine katkı sağlanması yeterlidir. Suçluyu kayırma suçu, kişinin araştırma, yakalanma, tutuklanma, cezanın infazından kurtulması amacıyla yardım edilmesi (imkan sağlanması) halinde, ancak özel kastla işlenebilir. En önemli fark ise suçluyu kayırma suçu, önsuç işlendikten sonra işlenebilen bir suçtur. Diğer bir deyişle bu suçun önşartı bir suç işlenmiş, sona ermiş olmasıdır. Suç işlenmeye devam edilirken suçluya yardım edilmesi durumunda suça iştirak hükümleri uygulanmak gerekir[39]. TCK'nun 283. maddesinin gerekçesine göre bu suçta önceden işlenen suçun işlenişine herhangi bir şekilde iştirak etmeksizin önceki suçu işleyen kimseye yardım edilmesi cezalandırılmaktadır. TCK'nun 220/7 açısından ise sürekli (mütemadi) suç olan, örgütlenme suçu işlenmeye devam ederken yardım edilmek gerekir. Diğer bir fark da suçluyu kayırma suçu açısından TCK'nu 283/3'te fail ile önsuçun faili arasında altsoy, üstsoy, eş, kardeş, suç ortağı ilişkisi bulunması şahsi cezasızlık nedeni olarak düzenlenmişken, TCK'nun 220/7'de ne şahsi cezasızlık ne de suça etki eden neden (hafifletici neden) düzenlenmiştir.

b- Silahlı Örgütlenme

TCK'nun 314. maddesinde TCK'nun "*Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler*" başlıklı dördüncü kısmının dördüncü (Devletin güvenliğine karşı suçlar) ve beşinci bölümünde (Anayasal düzen ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar) yer alan suçları işlemek amacıyla silahlı örgüt kurma, yönetme, üye olma şeklindeki seçimlik hareketlerle silahlı örgütlenme eylemi cezalandırılmaktadır. TCK'nun 314/3'te "suç işlemek amaçlı örgüt kurma suçuna ilişkin diğer hükümlerin bu suç açısından aynen uygulanır" şeklindeki düzenleme nedeniyle TCK'nun 220. maddesi açısından yaptığımız açıklamalar bu hüküm itibariyle de geçerli olduğundan tekrar etmek gereği duymuyoruz. Sadece silahlı bir örgüte yardım söz konusu olduğunda örgütün devletin güvenliği ve anayasal düzeni, anayasal düzenin işleyişine karşı suçları işlemek amacıyla kurulması ve adından da anlaşılacağı üzere örgütün silahlı olması gerekmektedir. TCK'nun 220. maddesinde belirtilen örgüte göre amaç ve araçları açısından özel nitelikleri olan bir örgüt yardım söz konusu olmalıdır.

---

39 Önşartı oluşturan önsuçun tamamlanmış fakat sona ermemesi durumunda iştirak mi yoksa suçluyu kayırma suçu mu olduğu sorunu fiilin maddi ve manevi unsurları somutta dikkate alınarak, özellikle failin önsuça iştirak iradesiyle mi yoksa ceza soruşturmasını engellemek, yanlış yola sevketme amacıyla mı hareket ettiği değerlendirilmelidir. Alman içtihadında failin iradesi esas alınmaktadır. Ünver, 312.

c- Terör Amaçlı Örgütlenme

Terörle Mücadele Kanunu'n 7. maddesinde cebir ve şiddet kullanarak, baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemleriyle, bu kanunun 1. maddesinde belirtilen amaçlara yönelik olarak suç işlemek üzere terör örgütü kurma, yönetme, üye olma eylemi cezalandırılmaktadır. TCK'nun 314. maddesinde düzenlenen silahlı örgütlenme ile terör amaçlı örgütlenme açısından fark yoktur[40]. Uygulamada yanlış olarak, örgütün silahsız, düşünce açıklaması yayma aşamasındayken TMK'nun 7, örgütün silahlı olması durumunda ise TCK'nun silahlı örgütlenmeye ilişkin hükümleri uygulanmıştır.

Nitekim bu iki örgütlenme arasında gerçekte fark olmadığını tespit eden kanun koyucu, 3713 sayılı TMK'nun 7. maddesinde değişiklik yapmıştır. Buna göre "*cebir ve şiddet kullanılarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemleriyle, 1 inci maddede belirtilen amaçlara yönelik olarak suç işlemek üzere, terör örgütü kuranlar, yönetenler ile bu örgüte üye olanlar Türk Ceza Kanununun 314 üncü maddesi hükümlerine göre cezalandırılır. Örgütün faaliyetini düzenleyenler de örgütün yöneticisi olarak cezalandırılır.*"

5532 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 6. madde gerekçesinde; "*burada Türk Ceza Kanunu'nun 314 üncü maddesine yapılan yollama, sadece ceza yaptırımları ile sınırlı değildir. Söz konusu suçun unsurları terör örgütü bakımından da göz önünde bulundurulacaktır. Ayrıca, 314 üncü maddede yapılan atıf dolayısıyla terör örgütüyle ilgili olarak da bu maddede yer almayan hususlarda Türk Ceza Kanunu'nun suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna ilişkin hükümleri uygulanacaktır.*" ibaresi yer almaktadır[41]. Dolayısıyla suç işlemek amaçlı örgütlenme ve silahlı örgütlenme açısından yaptığımız açıklamalar bu hükümler açısından geçerli olduğundan atıf yapmakla yetiniyorum.

VI- Fail ve Mağdur

Suçluyu kayırma, özgü suç değildir[42]; TCK'nun 283. maddesinde failin belirli özelliklere sahip olması aranmamıştır. Madde gerekçesinde belirtildiği üzere suçun faili herkes olabilir. Şikayete tabi suçlar dışında, hatta önsuçtan zarar gören dahi bu suçun faili olabilir. Ancak suçtan zarar görenin şikayeti

---

40 Evik, Vesile Sonay, Silahlı Örgütlenme Suçu; Zafer, Faile Yardım Suçu, 230, dipnot 276.

41 5532 sayılı Kanun'un metni için bkz. 17.07.2006 tarihli 26232 sayılı Resmi Gazete, gerekçesi için bkz. Dönem: 22, Yasama Yılı: 4, TBMM (S Sayısı 1222); (Çevrimiçi), http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1222m.htm, 20.02.2010.

42 Padovani, "Favoreggiamento", 2; İtalyan Yargıtayı'nın 20.6.1966, Battaglia, CED 102754; 6.6.1996, Di Mauro, CEd 206136 bkz. Dolcini-Marinucci, I, 2824.

üzerine kovuşturulabilen suçlarda önsuçun failini kayırma, örtülü (dolaylı olarak) şikayetten vazgeçme olarak kabul edilmesi gerektiğinden bu durumda suçluyu kayırma suçu oluşmaz.[43].765 sayılı TCK'nun 296. maddesinden farklı olarak suçun faili önsuçun suç ortağı da olabilir. Failin önsuça fail veya şerik olarak iştirak etmemesi şeklinde önşart, TCK'nun 283. maddesinde aranmamıştır. Bu konuda ileride iştirak bölümünde ayrıntılı açıklamada bulunacağım. Önsuçun faili suçluyu kayırma suçunun faili olamaz. Suç işleyen kişinin kendisini soruşturma faaliyetlerinden, cezadan kurtarmak için soruşturma faaliyetlerini yanlış yöne sevk edecek hareketlerde bulunması durumunda "nemo tenetur" "hiç kimsenin kendisini suçlayıcı beyanda bulunmaya ve delil göstermeye zorlanamayacağı" prensibi gereğince cezalandırılamaz. Zaten suçluyu kayırma suçuna ilişkin normda suç işleyen bir kişiye yardım edilmesi, soruşturma faaliyetlerinden, cezadan kurtulması amacıyla imkan sağlanması aranmaktadır. Dolayısıyla kendi kendini kayıran kişi bu suçu işlememektedir[44]. Hatta dolaylı fail aracılığıyla kendi kendini kayırma fiili de suçluyu kayırma suçunu oluşturmamaktadır. İtalyan doktrini ve Yargıtayı'na göre önsuçun failinin zorlaması nedeniyle (cebir veya tehdidin kullanıldığı) üçüncü kişilerin suçluyu kayırmaları hallerinde kendi kendini kayırma suç olmadığı için kayırmaya zorlayan kişi, dolaylı fail olarak da cezalandırılamaz[45]. Kendi kendini kayırmaya ilişkin olarak yine kayırmaya azmettirenin önsuçun faili olması halinde de baskın görüşe göre, aynı mantık yürütülerek (hem kastın olmaması hem de kendi kendini kayırmanın suç olmaması nedeniyle) suçluyu kayırma suçuna azmettirme nedeniyle cezalandırılamayacağı kabul edilmektedir[46]. Bu konuda azınlık görüşe göre ise iştirake ilişkin genel hükümlere cezalandırmak mümkündür[47]. Pagliaro bu konuda haklı olarak önsuçun failinin kendisine yardım etmesi için bir başkasını azmettirmesi halinde suçluyu kayırma suçuna ilişkin özel kastın yokluğunu savunmaktadır. Ona göre azmettiren kendisine yardım edilmesini istemektedir; bir başkasına yardım etmek istememektedir[48]. Nasıl ki, kendi

---

43 Carrara "Studi sul favoreggiamento", in Opuscoli di diritto criminale, VII, 3.bası, Prato, 1887, 58 vd. aktaran Padovani, 2; Manzini, V, 980; Padovani, Favoreggiamento", 2.; Boscarelli, 250; Pagliaro, 42.

44 Manzini, V, 978; Boscarelli, 249, Pannain, "Favoreggiamento" 148; Padovani, 2.

45 Padovani, Favoreggiamento", 2; İtalyan Yargıtayı'nın 23.2.2003 tarihli kararı için bkz. Rivista penale, 2003, 990; Cass.26.3.2003, Rivista penale, 2003, 990; 14.12.1992, Lacche, CEd 193276; 6.4.1987, Cireddu, CED 176338; 12.12.1978, Pepe, CED 141322; Piffer, "I delittti contro l'attivita giudiziaria", in a cura di Dolcini-Marinucci, Trattato di diritto penale parte speciale, IV,1, 2005, 872.

46 Pagliaro, "Favoreggiamento", 43; Manzini, V, 978; Padovani, "Favoreggiamento", 2; Boscarelli, 249.

47 Boscarelli, La tutela penale del processo, 249.

48 Pagliaro, 43.

malını çalması için başkasını azmettirme hırsızlığa iştirak olarak cezalandırılmıyorsa bir kişiyi kendisine yardım etmesi, kayırması için azmettirme, iştirak niteliğinde kabul edilip cezalandırılamaz[49]. Failin kamu görevlisi olması durumunda (suçun göreviyle bağlantılı olarak işlenmesi şartıyla) ceza arttırılmaktadır. Ayrıca bu suçun üstsoy, altsoy, kardeş, eş, diğer suç ortağı tarafından işlenmesi hali de şahsi cezasızlık nedeni olarak öngörülmüştür.

VII- Suçun Maddi Konusu

Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere suçun maddi konusu, daha önce işlenmiş olan bir (ön) suçun işlenişine herhangi bir şekilde iştirak etmiş olan bir kişidir. Suçun konusu olan kayrılan kişi, önsuçun faili veya şeriki olabilir. Bu kişi önceden işlenen bir suçtan mahkum olan kişi olabileceği gibi, sadece şüpheli veya sanık olması nedeniyle aranan bir kişi de olabilir.

VIII- Suçun Önşartları

1- Önsuçun İşlenmiş Olması

Suçluyu kayırma suçunun oluşabilmesi için öncelikle önşart olarak suçluyu kayırma eylemi öncesinde bir suçun işlenmiş olması gerekmektedir. Suç işleyen kişinin araştırma, yakalama, tutuklamadan kurtulması için imkan sağlama eylemi açısından bir önsuçun varlığı (işlenmiş olmasının) tespiti yeterlidir. Hükmün infazından kurtulması için imkan sağlama eylemi açısından ise kesinleşmiş bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmünün varlığı şarttır. Kesinleşen hükmün olağanüstü kanunyolları ile düzeltilebilir olmasının önemi yoktur[50]. Bu durumda ayrıca hükmün icra edilebiliyor olması da gerekmektedir. Ceza zamanaşımı süresi dolduktan veya af yasası çıktıktan sonra hükmün infazından kurtulması için imkan sağlama cezalandırılmaz[51].

Önsuçun Türk Ceza Kanunu veya özel ceza yasalarında düzenlenen ve cezai yaptırım gerektiren bir suç olması gerekir. Kabahatler, disiplin suçları, haksız fiiller, suç oluşturmadığından bu fiilleri işleyen kişilerin araştırmalardan, infazdan kurtulması için imkan sağlanması suçluyu kayırma suçunu oluşturmaz[52]. Önsuçun, kayırma eylemi öncesinde işlenmiş olmasından kasıt, kayırma eylemi öncesi bir zamanda tamamlanmış, bitmiş veya teşebbüs derecesinde kalmış olmasıdır. Önsuç tamamlanmamış ise halen işlenmekte olan

---

49 Padovani, 2.

50 Suçluyu kayırma suçundan yargılama yapmakta olan mahkeme önceki hükmün doğruluğunu araştıramaz. Shröder, 159; Lackner-Kühl § 258, kn. 13'den aktaran Zafer, 235.

51 Zafer, 236.

52 Ünver, 317.

bir suçsa ya da tipik eylem tamamlanmakla birlikte netice devam ediyorsa yardım eylemi iştirak olarak değerlendirilmek gerekir[53]. Önsuçun işlenmiş olması önşartına verilen anlam konusunda doktrinimizde görüş ayrılıkları mevcuttur. Bir görüşe göre önsuçun tüm unsurlarıyla oluşmuş olması gerekmektedir. Bu bağlamda önsuç tipe uygun, hukuka aykırı ve kusurlu olmalıdır. Suçluyu kayıma suçunun failinin cezalandırılabilmesi için ayrıca önsuç açısından bir objektif cezalandırılabilme şartı aranıyorsa bunun da gerçekleşmiş olması gerekmektedir[54].Önsuçun TCK'nun 283. maddesinde daha önce bir suçun işlenmiş olması arandığı için suçsuzluk karinesi açısından ancak kesinleşmiş yargı kararıyla bir suçun işlenmiş olduğu tespit edilebilir[55]. Dolayısıyla suçluyu kayırma suçu nedeniyle failin cezalandırılabilmesi için önsuç faili hakkında kovuşturmanın kesinleşmesinin beklenmesi gerekir. Nitekim Yargıtayımız bir kararında sanığın kayırdığı ileri sürülen kişinin beraat etmesi karşısında suçluyu kayırma suçunun öğelerinin nasıl oluştuğu açıklanıp tartışılmadan hükümlülük kararı verilmesini yasaya aykırı bulmuştur[56].

Katıldığım diğer görüşe göre suçluyu kayırma suçunun seçimlik hareketlerinden biri olan araştırma, yakalama, tutuklamadan kurtulması için imkan sağlama açısından önsuçun tüm unsurlarıyla gerçekleşmesine gerek yoktur. Tipe uygun ve hukuka aykırı bir eylemin varlığı halinde bu fiilin failine yapılan yardımlar, suçluyu kayırma suçunun önşartının oluşması açısından yeterli sayılmalıdır. Suçluyu kayırma suçu, adli fonksiyonları koruyan adliye aleyhine önsuçtan bağımsız bir suç olduğu için, önfailin kusursuz olması, kusur ehliyetine sahip olmaması, cezasızlık nedeni ya da kovuşturma engeli (kovuşturma şartlarının gerçekleşmemiş olması) gibi nedenlerle cezalandırılamaması ya da kovuşturulamaması, hatta beraat etmesi, önşartın gerçekleşmesini engellemez[57]. Önsuçun failinin herhangi bir nedenle cezalandırılamaması suçluyu kayırma suçu açısından önemi yoktur. Örneğin ön fiil hakkında af yasasının çıkmış olması, zamanaşımı süresinin dolması hallerinde de suçluyu kayırma suçu gerçekleşmiş olur[58]. Ancak olması gere-

---

53 Ünver, 317-318.

54 Ünver, 317.

55 Ünver, 318; Yaşar-Gökcan-Artuç, Türk Ceza Kanunu, VI, 8076; Erem Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, III, Ankara, 1985, 674.

56 Y. 4. CD. 4.7.2007, 2006/2953, 2007/6405, aktaran Yaşar-Gökcan-Artuç, Türk Ceza Kanunu, VI, 8076.

57 Kusurun bulunmaması failin cezalandırılmasını engellemekte, fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmamaktadır. Önemli olan önfiilin suç teşkil etmesidir. Önsuç nedeniyle araştırılan kişinin suçlu olup olmaması önemli değildir. Korunmak istenen değer olarak ceza muhakemesinin doğru ve kurallara uygun olarak (dışarıdan müdahale edilmeksizin) işlemesidir. Zafer, 82-86; Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 566

58 Zafer, 82-89.

ken hukuk açısından önsuç failinin cezalandırılamadığı hallerde ona yardım edenin de cezalandırılmaması gerekir. Bunun için kanunumuzda soyut tehlike suçu şeklinde düzenlenmiş olan hükümde değişiklik yaparak Alman Ceza Kanunu'nda[59] olduğu gibi zarar suçu haline getirmek gerekir.

İtalyan doktrininde önsuçun hukuka uygunluk sebeplerinin bulunması nedeniyle hukuka uygun olması halinde tartışmasız olarak önşartın gerçekleşmediği kabul edilmektedir. Buna karşılık kusurun ve kusur yeteneğinin, cezalandırabilirlik şartının bulunmaması durumunda önşartın gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin kabulü konusunda görüş ayrılıkları mevcuttur. Azınlık görüşüne göre kusur ve kusur yeteneğinin, objektif cezalandırılabilirlik şartının bulunmaması durumunda önşart gerçekleşmez[60]. Çoğunluk görüşüne göre ise önsuçun soyut suç tipine uygun olması yeterlidir. Kusur, kusur yeteneği, objektif cezalandırılabilirlik şartının bulunmasına gerek yoktur. Hatta İCK'nun 378. maddesinin son fıkrasına göre bu maddenin hükümlerinin yardım edilenin kusur yeteneğine sahip olmaması ya da suçu işlemediğinin ortaya çıktığı hallerde dahi uygulanır[61]. Önsuç açısından kovuşturma şartlarının gerçekleşmemesi durumunda çoğunluk görüşü suçluyu kayırma suçunun önşartının gerçekleştiğini kabul ederken[62], azınlık görüş önşartın gerçekleşmediğini ileri sürmektedir[63]. İtalyan içtihadı, hukuka uygunluk sebeplerinin bulunması durumunda önşartın gerçekleşmediğini, ancak kusur, kusur yeteneği, cezalandırabilirlik şartı, kovuşturma şartının bulunmaması hallerinin önşartın gerçekleşmesi açısından önemli olmadığı görüşündedir[64]. İtalyan doktrininde çoğunluk görüşe göre suçlunun ölümü, af, şikayetten

---

59 Alman Ceza Kanunu'n 258. maddesinde ceza veya güvenlik tedbirine hükmedilmesini engelleme veya geciktirme şeklinde zarar suçu şeklinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla önsuçun cezayı gerektirecek şekilde suçun tüm unsurlarıyla oluşması (tipik, hukuka aykırı ve kusurlu olması) gerekir. Hatta önsuç nedeniyle ceza soruşturması yapmak imkanı yoksa suçluyu kayırma suçu oluşmaz. Zafer, 92 vd.

60 Pagliaro, 39; Pannain, 151.İçtihatta da bkz. 19.2.1949 tarihli karar için Giustizia penale, 1950, II, 22; 1.2.1963 tarihli karar için Foro Italiano, 1963, II, 133. Manzini'ye göre objektif cezalandırabilme şartı olan netice, suçluya yardım edildikten sonra gerçekleşmişse suçuyu kayırma suçu oluşmaktadır. Manzini, Trattato di diritto penale italiano, V, 918; aynı görüşte Pannain, 152. Karşı görüşte olan Pagliaro'ya göre objektif cezalandırabilme şartı yardım gerçekleştikten sonra gerçekleştiğinde suçluyu kayırma suçu oluşmamaktadır.Pagliaro, 39.

61 Delogu ".Contribuitio alla teoria dei reati accessori", Giustizia Penale, 1974, II, 331; Maggiore, Diritto penale, II, Bologna, 1950, 290; Antolisei, II, 552; Padovani, 4; Piffer, 655; Dolcini-Marinucci, 2825

62 Piffer, 657, Pannain, 151; Padovani, 4.

63 Boscarelli, 234; Pagliaro, 163; Pulitano, 128

64 İtalyan Yargıtayı'nn 23.2.1989, Versace, CED 182204; 12.2.1978, Pepe, CED 141332; 20.1.1995, Picciolo, CED 197970; 28.2.2001, Ferrarese, CED 218769 kararları için Dolcini-Marinucci, 2825.

vazgeçme, zamanaşımı, önödeme gibi suçu ortadan kaldıran nedenlerin (bizim kanunumuzda dava ve cezayı düşüren nedenler) gerçekleşmesi halinde, yardımın bu nedenlerden birinin gerçekleşmesinden önce olması durumunda suçluyu kayırma suçu oluşmuştur. Yardımın sonradan gerçekleşmesi halinde ise suçluyu kayırma suçu oluşmamıştır[65].

TCK'nun 283. maddesinde önsuçun belirli suç veya cezasının belirli ağırlıkta olması aranmamıştır. Halbuki 765 sayılı TCK'nun 296. maddesinde önsuçun cezasının hapis cezasını gerektiren bir suç olması aranmıştı. Önsuç kasten veya taksirle işlenmiş olabilir. Bu açıdan önsuçun kasten işlenmiş olması şart değildir. Ancak önsuç failinin isnad kabiliyetine sahip olmaması durumunda bu suçun işlenip işlenemeyeceği tartışmalıdır. Bir görüşe göre (isnad kabiliyeti bulunmayan kişinin suç işlemesi halinde suçun işlendiğini kabul eden- isnad kabiliyetini kusurluluğun önşartı olarak görmeyen görüş) isnad kabiliyeti olmayan kişinin suç işlemesi durumunda bu kişinin kayırılması durumunda bu suç oluşur. Diğer görüşe göre (isnad kabiliyeti bulunmayan kişinin suç işlemesi halinde suçun oluşmadığını kabul eden-isnad kabiliyetini kusurluluğun önşartı olarak gören görüş) isnad kabiliyeti olmayan kişinin suç işlemesi durumunda bu kişinin kayırılması durumunda bu suç oluşmamaktadır[66]. Önsuçun failinin şahsi cezasızlık nedeninden yararlanan bir kimse olması durumunda suçu tek başına işlemişse cezalandırılmayacağı için normun ratio legis'ine bu kişinin kayırılması durumunda suçun oluşmayacağı kabul edilmelidir. Buna karşılık bu kişi suçu iştirak halinde başkalarıyla birlikte işlediğinde şahsi cezasızlık nedeni kendileri açısından gerçekleşmeyen fail veya şerikler açısından soruşturma ve ceza mümkün olduğundan şahsi cezasızlık nedeninden yararlanan suçlunun kayırılması durumunda bu suçun oluştuğu kabul edilmelidir[67]. Doktrinde bir görüşe göre gerçekte suç işlememiş olsa bile saklanan kişiye yardım eden kişinin suçluyu kayırma suçunu işlemiş sayılmalıdır[68]. Katıldığım diğer görüşe göre maddede daha önce önsuçun işlenmiş olması önşartı arandığı için, suç işlememiş bir kişiye yardım bu suçu oluşturamaz. Aksi düşünce, kanunilik ilkesi, mefruz suç, işlenemez suça teşebbüs, hukuki ve fiili hata kuramlarına da aykırı olur[69].

---

65 Innamorati, "Intorno al delitto di favoreggiamento", Rivista penale, 1893-1894, II, 271'den aktaran Padovani, 4; Delagu, 334; Pagliaro, 40;Pannain, 151.

66 Zafer, 45.

67 Ünver, 318-319.

68 Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 567.

69 Ünver, 319.

2- Önsuça İştirak Etmemiş Olma

765 sayılı TCK'nun 296. maddesinde suçluyu kayırma suçu açısından failin önsuçun faili ile anlaşmış veya ona yardımı dokunmamış olmaması diğer bir deyişle önsuçun faili veya şeriki olmaması (önsuça herhangi bir şekilde iştirak etmemiş olması) şeklinde suçun önşartı açıkça aranmaktaydı. 5237 sayılı TCK'nun 283. maddesi ise suçun oluşması için bu şekilde bir önşarta açıkça yer vermemiştir. Bu suçun diğer suç ortağı tarafından işlenmesi hali şahsi cezasızlık nedeni olarak düzenlenmiştir.

Ancak TCK'nun 283. maddesinin gerekçesinde "işlenmiş bir suçun failine, suçun işlenişine herhangi bir şekilde iştirak etmeksizin yardımda bulunulması cezai müeyyide altına alınmıştır… izlenen suç siyaseti gereğince kayırma suçundan cezalandırılabilmesi için kişinin önceden işlenmiş suça iştirak etmemiş olması aranmıştır" şeklinde açıklama yapılmıştır. Maddede açıkça belirtilmeyen önşart, madde gerekçesinde belirtilmiştir. Kanaatime göre her ne kadar madde metninde açıkça önsuça iştirak etmemiş olma şeklinde önşart öngörülmemiş olsa da, gerek madde gerekçesindeki açıklama gerekse diğer suç ortağı tarafından işlenmesi hali şahsi cezasızlık nedeni olarak öngörülmesi nedeniyle kanunkoyucunun amacına göre maddeyi yorumlamak gerekir. Yardım hareketi önsuçun faili veya şeriki tarafından gerçekleştirildiğinde kayırma niteliğindeki hareket başka bir kimseye yapılmadığı için ve kendi kendini doğal olarak savunma hakkı nedeniyle suçluyu kayırma suçunu oluşturmaz. Ünver'in belirttiği üzere, şahsi cezasızlık nedeni ile önşart aynı şey değildir. Şahsi cezasızlık nedeni, önşart gibi suçun suçun oluşmasını engellemez. Sadece şahsi cezasızlık nedeni bulunan kişinin cezalandırılmasını önler. Ünver'in görüşüne göre şahsi cezasızlık nedeni bulunan kişi ile iştiraken suçluyu kayırma suçunu birlikte işleyen kişiler (iştirak halinde önsuç failine yardım edildiğinde) şahsi cezasızlık nedeni kendileri açısından gerçekleşmediğinde cezalandırılabilirler. Nitekim madde gerekçesinde de "kişinin önceden işlenmiş asıl suça fail veya şerik olarak iştirak etmiş olması veya suçun konusunu oluşturan veya suçun konusunu oluşturan kişilerle belli akrabalık ilişkisi içinde bulunması bu suç açısından sadece şahsi cezasızlık sebebi oluşturmaktadır. Şahsi cezasızlık sebebinin bulunduğu hallerde işlenen fiil suç ve dolayısıyla haksızlık oluşturma özelliğini muhafaza etmektedir. Ancak kişinin ceza hukuku açısından sorumluluğu cihetine gidilmemektedir" açıklaması yapılmıştır. Ayrıca CMK'nun 50. maddesi suç ortaklarının birbirlerine karşı yeminsiz olarak tanık olarak dinlenebilecekleri öngörülmüştür. Ünver'in katıldığım görüşüne göre gerek TCK'nun 283. maddesindeki düzenlemenin gerekse CMK'nun 50. maddesinin nemo tenatur (kendini veya yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunma veya delil göstermeye zorlanmama ilkesi) ilkesine aykırı olduğu, bu ilkenin dolanılarak ve Anayasamızın 38/5'e aykırı sonuçlara yol açabileceği için suçluyu

kayırma suçu açısından, önsuça iştirak etmemiş olma şeklindeki önşartın eskiden olduğu gibi madde metninde açıkça düzenlenmesi gerekir.[70] Önsuça iştirak ile önsuç tamamlanmadan yapılan (suçluyu kayırma suçunu oluşturacak şekilde) yardım hareketlerinin birbirinden ayırmak da bir sorun teşkil etmektedir. Bu konuda çoğunluk görüşüne göre yardım hareketini yapan kişinin iradesine bakmak gerekir. Yardım eden suça iştirak iradesi ile hareket etmişse iştirak, böyle değil de suçlunun ceza soruşturması veya cezadan kurtulması için hareket etmişse suçluyu kayırma suçunun olduğunu kabul etmek gerekir[71]. Ancak bu görüş de kişinin daha ağır cezai sorumluluk gerektiren iştirak hükümlerinin kendisine uygulanmasından kurtulmak için iradesinin o yönde olduğunu belirtmesi ile gerçek durumun tespit edilememesi tehlikesini taşıdığı için eleştirilmektedir. Katıldığım diğer görüşe göre suçluyu kayırma niteliğindeki yardım hareketlerinin suça etkisi olmaması gerekir. Yardım hareketleri önsuç tamamlanmadan yapılsa bile önsuçun tamamlanmasından sonra etki doğuracaksa suçluyu kayırma suçu; önsuçun neticesinin gerçekleşmesi açısından nedensel değer taşıyorsa (önsuçun tamamlanmasına etki ediyorsa) önsuça iştirak olarak kabul etmek gerekir. Doktrinde örnek olarak fiilden sonra kaçması için gizlice cebine para konulan önfail, bu parayı ancak suçu işledikten sonra bulması durumu verilmektedir[72]. Suçun işlenmesinden önce veya suçun işlenmesi sırasında suçluyu kayırma niteliğindeki hareketlerin suçun tamamlanmasından sonra yapılacağının vaad edilmesi durumunda önsuç failinin suç işleme iradesine etki edildiği için iştirak şekillerinden yardım edenin sorumluluğu söz konusu olur[73].

IX- Tipe Uygun Eylem Unsuru

Suçluyu kayırma suçunun tipe uygun eylemi diğer bir deyişle maddi unsuru suç işleyen kişiye, araştırma, yakalama, tutuklama, hükmün infazından kurtulması için imkan sağlamadır. Daha önce belirttiğim üzere suç tipi serbest hareketli suç şeklinde öngörülmüştür. Suç işleyen kişinin sözü edilen işlemlerden kurtulmasını sağlamaya yönelik her türlü hareket, tipik eylem olarak suçu oluşturabilir[74]. Gerekçede şüpheli, sanık veya mahkum olan kimsenin kaçmasına, saklanmasına, barınmasına yönelik her hareketin bu suçun oluşmasını sağlayacağı belirtilmiştir. Örneğin önsuçun failinin kaç-

---

70 Ünver, Adliyeye Karşı Suçlar, 315.

71 İtalyan Yargıtayı'nın 9.11.1989 tarihli Mantovani kararı, CED 185008, 17.1.1984 tarihli Genesio kararı, CED 164082; 22.10.1984 tarihli Monopoli kararı, CED 167946, bkz. Dolcini-Marinucci, 2828; Zafer, 100.

72 Zafer, 99-100; Padovani, 50; Piffer, 669.

73 Pannain, 149; Antolisei, 554 vd; Piffer, 670; Fiandaca-Musco, 389.

74 Pagliaro, 41, Pannain, 152; Manzini, 922

ması için araç temin edilmesi, uçak bileti, kimlik, para sağlanması, soruşturma görevlilerine yanlış bilgi verilmesi, saklanması için bir yer gösterilmesi, tahsis edilmesi, barınması için kalacak yer verilmesi, yiyecek, içecek, giysi sağlanması gibi hareketler bu suçu oluşturabilir[75]. Suçluyu kayırma suçunun kanunumuzda soyut tehlike suçu şeklinde düzenlendiğini belirtmiştim. Dolayısıyla maddede belirtilen amaçlardan birine yönelik suçluya bu yönde herhangi bir imkan sağlanması suçun oluşması için yeterlidir. Fiiliyatta, gerçekten önsuçun failinin bu imkanlardan faydalanmış olmasına da gerek yoktur. Önsuçun failinin söz konusu işlemlerden (soruşturma veya hükmün infazından) kurtulması şart değildir. Önemli olan, failin belirtilen amaçlarla suçluya herhangi bir imkan sağlamış olmasıdır[76]. Hatta önsuçun failinin söz konusu imkanlardan faydalanmayarak vicdan, korku ya da başka bir nedenle kaçıp saklanmaktan vazgeçip teslim olması ya da failin sunduğu imkanlar yerine başka imkanlardan faydalanmayı tercih etse dahi suçluyu kayırma suçu oluşabilir[77].

İtalyan doktrininde suçluyu kayırma suçunun oluşması için önsuçun ortaya çıkmış ve buna ilişkin soruşturma faaliyetlerinin başlamış olup olmaması gereği tartışmalıdır. Bir görüşe göre önsuçun ortaya çıkmış olmasına gerek yoktur. Henüz önsuç nedeniyle soruşturma faaliyetlerine girişilmiş olmasına gerek yoktur. Araştırma, soruşturma faaliyetlerinin potansiyel durumda, imkan ve ihtimal dahilinde olması yeterlidir[78]. Diğer görüşe göre ise yardım hareketinden önce araştırma, soruşturma faaliyetlerine başlanmış olmalıdır[79]. Kanunumuzdaki hükmü bu açıdan değerlendirdiğimde soyut tehlike suçu şeklinde düzenlememizin önsuç nedeniyle araştırma, soruşturma faaliyetleirnin başlamış olmasına gerek olmadığını düşünmekteyim.

Suçun tipik eylem unsuru kural olarak icrai hareketle gerçekleştirilebilir. İhmali hareketle gerçekleştirip gerçekleştirilemeyeceği konusu tartışmalıdır. Bir görüşe göre ihmali hareketle gerçekleştirilebilmesi için, bu konuda

---

75 Y.1.CD.!nin 14.3.2007 tarihli kararına göre "Sanık R'nin, sanık İ.'yi 20 gün boyunca evinde sakladığı tüm dosya kapsamından anlaşılmakla, eyleminin 5237 sayılı Yasanın 283. maddesine uyduğu düşünülmeden, yazılı şekilde aynı yasanın 281. maddesi ile mahkumiyetine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir. E. 2006/4068, K. 2007/1526,T. 14.3.2007 (www.kazanci.com.tr 10.5.2010). Yargıtay 1.CD'nin 30.5.2007 tarihli kararına göre "Sanık S.. ve F.'nin olaydan sonra gelerek suç işlediğini bildikleri sanık A..'yı olay yerinden alıp götürerek kaçmasına yardımcı oldukları anlaşılmakla, 5237 sayılı Yasanın 283/1. maddesinden mahkûmiyetleri yerine yazılı şekilde beraatlerine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir" Y. 1.C.D. E. 2006/5834, K. 2007/4280, T. 30.5.2007 (www.kazanci.com.tr 10.5.2010).

76 Boscarelli, 237; Pannain, 152; Pagliaro, 40; Padovani, 5.

77 Ünver, 322.

78 Boscarelli, 237; Antolisei, 554; Pagliaro, 41; Fiandaca-Musco, 390; Piffer, 691.

79 Manzini, 925; Pannain, 154; Padovani, 5.

bir yükümlülüğün olması gerekmektedir . Örneğin adli makamlara bilgi vermekten çekinme ancak kişinin bu konuda yükümlülüğünün bulunması şartıyla suçun maddi unsurunu oluşturabilir[80]. Diğer görüşe göre ise imkan sağlamak, yardım etmek zorunlu olarak aktif, icrai bir hareketi gerektirdiğinden suçluyu kayırma suçunun ihmali hareketle işlenebilmesi mümkün değildir[81]. Ancak bu son görüşün imkan sağlamak yardım faaliyetlerinin aktif, pozitif, icrai bir hareketi gerekli kıldığı gerekçesi doğru değildir. Yardım faliyetleri ihmali hareketle de gerçekleştirilebilir. Önemli olan, icrai harekette bulunma konusunda bir yükümülülüğün bulunmasıdır.

X- Hukuka Aykırılık

Kanunumuzda bu suç açısından özel bir hukuka uygunluk sebebi öngörülmemiştir. Yaşamsal tehlike altında olan suç failine yardım edilmesi halinde zorunluluk hali nedeniyle suç oluşmaz. Madde gerekçesinde de "bu suçun oluşabilmesi için kayrılan kişinin araştırma, yakalama, tutuklama veya hükmün infazından kurulması amacıyla hareket edilmesi gerekir. Böyle bir amaç güdülmemekle beraber kişinin insani mülahazalarla bazı ihtiyaçlarının karşılanmış olması durumunda söz konusu suç oluşmayacağı" belirtilmiştir. Sırf insancıl düşüncelerle yardım edilmesi suç teşkil etmez ise de; suç işlediği bilinen kişiye yardım edildikten (tehlikenin sona ermesinden) sonra ihbar yükümlülüğü olan kişilerin ilgili makamlara ihbarda bulunmaması durumunda TCK'nun 278. maddesinde suçu bildirmemesi 279. maddesindeki kamu görevlisinin suçu bildirmemesi ve 280. maddesindeki sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçları ile suçluyu kayırma suçu arasında normların içtimaı söz konusudur. Bu suçların ihlal ettiği korunan hukuksal değerler aynı olduğu için görünüşte içtima çerçevesinde genel norm-özel norm ilişkisi hükümleri uygulanmalıdır[82]. Müdafiler açısından suçu ihbar yükümlülüğü yoktur. Gerek Avukatlık Kanunu'na göre müvekkillerini koruma görevi ve sır saklama yükümlülükleri, gerekse CMK'na göre tanıklıktan çekinme hakları ve avukatlık mesleğinin kendilerine bahşettiği hakkın icrası hukuka uygunluk sebebi nedeniyle suçu bildirmeme suçu oluşmaz[83]. Ancak suçların tekrarlanma ihtimali varsa bu suçların yaratacağı tehlike ile sırrın korunmasının sağlayacağı yarar arasında orantısızlık ölçüsüzlük bulunacağından müdafii açısından ihbar yükümlülüğü kabul etmek gerekebilir[84]. Avukatın

---

80 Antolisei, 554; Pannain, 153 Zafer, 172; Benzer şekilde Ünver, 321.

81 Fiandaca-Musco, 393; Pagliaro, 41; Manzini, 922; Maggiore, 293.

82 Özel normun önceliği ilkesi ya da özel norm genel normu ilga eder kuralı gereğince özel hüküm niteliğinde olan TCK'nun 278, 279, 280. maddelerin uygun olanı uygulanmak gerekir. Zafer, Faile Yardım, 180-181.

83 Zafer, Faile Yardım, 181.

84 Zafer, Faile Yardım, 391.

müdafiliğini yaptığı kişinin suçunu ihbar etme veya bulunduğu yeri bildirme yükümlülüğü yok ise de müvekkili hakkında yapılacak araştırma, yakalama gibi işlemlerin icrasından haberdar edip kaçmasına herhangi bir şekilde imkan sağlaması, örneğin gizlenecek yer, kaçması için uçak bileti, para, giyecek, yiyecek vb. şeyler sağlaması şeklinde yardım etmesi durumunda suçluyu kayırma suçu oluşur[85]. Müdafiin kaçak sanığın savunmasını üstlenerek ona hukuki yardımda bulunması, CMK hükümlerine göre yasal görevini oluşturduğu için bu suçu oluşturmaz. Suçluyu kayırma suçunun oluşması için yapılan yardımların hukuka aykırı yöntemlerle olması gerekmektedir[86].

Ayrıca Alman doktrininde sosyal, günlük yaşama uygun hareketlerin (örneğin suçlunun misafir edilmesi) veya mesleki faaliyetlerin (örneğin banka çalışanının suç işlediğini bildiği kişiye hesabından para ödemesi, taksi şoförünün suçluları istedikleri yere ulaştırması, otel işletmecisinin kiralık oda vermesi gibi) hukuka uygunluk sebebi nedeniyle ya da suç tipine uygun hareketler olmaması dolayısıyla suç oluşturmayacağı ileri sürülmüştür[87]. Bir görüşe göre sosyal, günlük yaşama uygun hareketler, failde adli makamları engelleme (araştırma, yakalama, tutuklama, hükmün infazından kurtarmak) şeklinde özel kastın bulunmaması nedeniyle suçun manevi unsuru gerçekleşmediği için cezalandırılamaz[88]. Diğer bir görüşe göre ise bu tip hareketler faille dayanışma içinde olunmadığı için cezalandırılmamalıdır[89]. Diğer bir görüşe göre herkese tanınan özgürlük alanı soruşturma ve cezanın engellenmesinde de dikkate alınmalıdır. Suçlu olmayanlara yapıldığında meşru kabul edilen davranışlar, suç işlemiş kişilere yapıldığında da meşru kabul edilmelidir[90]. Ancak doğrudan doğruya adli makamların veya onların

---

85 Ünver, Adliyeye Karşı Suçlar, 316; Zafer, Faile Yardım, 181, 385; Piffer, 730; Fiandaca-Musco, 394; Pannain, 154.

86 Yaşar Osman-Gökcan Hasan Tahsin-Artuç Mustafa, Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, cilt VI, Adalet, Ankara, 2010, 8076.

87 Ransiek Andreas, "Die information der Kunden über strafprozessuale und steuerrehtliche Ermittlungsmaßnahmen bei Kreditinstituten" wistra 1999, Heft 11, 403'den aktaran Zafer, 177, dip not109; 183. Maurach-Schroeder, Strafrecht Besonderer Teil, Teilnband, 2. Straftaten gegen Gemeinschaftswerte, Ein, Lehrebuch, Heidelberg, 1981, 326'den aktaran Zafer, 167; Dreher-Tröndle, Strafgesetzbuch und Nebengesetze Kommentar, 44. bası, München, 1988, § 32, kn. 12'den Zafer, 387. Müdafiin kaçak müvekkilini bürosunu çağırıp hukuki yardımda bulunması, savunma faaliyetiyle ilgili olduğu için sosyal yaşama uygun harekettir. Ancak doğrudan veya dolaylı olarak savunma faaliyetiyle ilgili olmayan yardım hareketleri sosyal yaşama uygun davranış olarak kabul edilemediğinden suç oluşturabilir. Zafer, 389.

88 Ruß Wolfgang, Strafgesetzbuch, Leipzeger Kommentar,, 10. bası, Berlin, 1986, § 258, kn. 10a'dan aktaran Zafer, 178.

89 Beulke, Die strafbarkeit des Verteidegers kn. 772den aktaran Zafer, 178.

90 Dreher-Tröndle, § 258, kn. 10'dan Zafer, 388, 178.

yerine geçen üçüncü kişilerin suç failini hemen ele geçirme imkanının olduğu hallerde, üçüncü kişinin serbest hareket alanı oldukça sınırlıdır. Suç failine karşı yapılan özel muameleler, örneğin hırsızların polisten kaçmak için bindikleri taksi şoförünün bunu bilerek aşırı hızlı şekilde istedikleri yere götürmesi, suçluyu kayırma suçunu oluşturabilir[91].

Önsuç failinin yakalama, tutuklama, araştırma ve hükmün infazından kurtulması için cebir veya tehdit ile failin imkan sağlamak durumunda olması halinde cebir veya tehdidin kusuru ortadan kaldırması nedeniyle suç oluşmaz. Bir görüşe göre bu durumda zorunluluk hali söz konusudur[92]. Failin yardım ettiği kişinin suçsuz olduğu inancıyla hareket etmesi suçun oluşmasını engellemez[93].

XI- Manevi Unsur

Doktrinde hakim görüşe göre bu suçla özel kastla işlenebilir[94]. Normda belirtildiği üzere failin suç işleyen bir kişiyi araştırma, yakalama, tutuklama, hükmün infazından kurtarmak amacıyla imkan sağlamasıyla işlenebilir. Failin fiil anında önşart olarak bir (önsuç) suçun işlendiğini bilmesi ve bu suçu işleyen failin maddede belirtilen ceza muhakemesi işlemlerinden veya hükmün infazından kurtulması imkan sağlamayı istemesi gerekir. Söz konusu amaçlar, maddede seçimlik olarak düzenlendiği için bu amaçlardan biri veya bir kaçıyla hareket edilebilir. Suç ancak özel kastla işlenebildiğinden olası kastla işlenmesi mümkün değildir[95]. Araştırma, yakalama, tutuklama ve hükmün infazı kavramları adli ve teknik anlamıyla CMK ve CGTİHK'na göre anlamlandırılması gerekir. Araştırma kovuşturma makamlarının her aşamadaki araştırmalarını kapsamaktadır. Soruşturma aşamasının başlamasından hükmün verilmesine kadar yapılan tüm araştırmaları içermektedir. Hüküm temyiz yoluyla bozulduktan sonra ya da yargılamanın yenilenmesi suretiyle yeniden yargılamanın başlaması durumunda araştırma işlemlerine dönülmektedir[96]. Yakalama ve tutuklama, CMK'da düzenlenen koruma tedbirleridir. Hükmün infazı ise yargı organı tarafından verilerek kesinleşmiş ve infaz kabiliyeti olan ceza mahkumiyeti son kararlarıdır. Maddede

---

91 Frisch, Wolfgang, "Tathestandsproblems der Strafvollstreckungsvrtrttetlung", NJW, 1983, heft 44, 2473'den aktaran Zafer, 178, 388.

92 Erem Faruk, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin, Ankara, 1985, 578.

93 Meran Necati, Açıklamalı ve İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, 2. bası, Ankara, 2007,1349.

94 Erem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 578; Zafer, 174; Ünver, 400-401.

95 Ünver, 325.

96 Zafer, 168-169.

belirtilmeyen diğer koruma tedbirleri ve kişi özgürlüğünü sınırlayan diğer tür kararlar kıyas yoluyla genişletilemez[97].

XII- Suça Etki Eden Neden

TCK'nun 283.maddesinin ikinci fıkrasına göre suçun kamu görevlisi tarafından göreviyle bağlantılı olarak işlenmesi halinde verilecek ceza yarı oranında arttırılır. Şahsi nitelikteki bu ağırlatıcı nedenin uygulanabilmesi için failin fiil anında hem kamu görevlisi olması hem de bu suçu göreviyle bağlantılı olarak işlemiş olması gerekir. Ağırlatıcı neden nedeniyle cezanın arttırılması zorunlu olup, hakimin takdirine bırakılmamıştır[98].

XIII- Şahsi Cezasızlık Nedeni

TCK'nun 283.maddesinin üçüncü fıkrasına göre suçun üstsoy, altsoy, eş, kardeş veya diğer suç ortağı tarafından işlenmesi halinde cezaya hükmolunmaz. Kanun koyucu, nemo tematur ilkesine dayanarak ön suçun failiyle maddede belirtilen kapsamda akrabalık ve suç ortağı ilişkisi olan kişi tarafından suçluyu kayırma suçunun işlenmesi halini şahsi cezasızlık nedeni olarak düzenlemiştir. Kanunumuz sadece maddede belirtilen yakınlıkta akrabalar tarafından suçlunun kayırılmasını şahsi cezasızlık nedeni olarak kabul edip cezalandırılmaması gerektiğini düzenlemiştir. Mukayeseli hukuka baktığımızda genelde bu suçun bir akraba lehine işlenmesi hali cezasızlık nedeni olarak öngörülmüştür. Ön suçun faili ile belirli derecede yakınlık aranmamıştır. Fransız Ceza Kanunu hatta resmi eşi olmadığı halde eşi gibi beraber yaşadığı kişi yararına bu suçun işlenmesi halini de kapsayacak şekilde düzenlemiştir. TCK'nun 283. maddesinde belirtilen nedenler sınırlıdır, yorum veya kıyas yoluyla da genişletilemez. Kanaatime göre kanunumuzdaki şahsi cezasızlığa ilişkin düzenlemeyi belirli dereceyle sınırlamaksızın (ya da en azından tanıklıktan çekinmede olduğu gibi üçüncü derece dahil kan hısımı veya ikinci derece dahil kayın hısımı) akraba lehine işlenmesi şeklinde değiştirmek gerekir.

TCK'nun 40. maddesine göre şahsi cezasızlık nedenleri sadece bu nedeni bünyesinde bulunduran suç ortağının cezalandırılmasını önler. Seçimlik olarak düzenlenen bu nedenlerden birinin bulunması cezalandırılmama için yeterlidir. Ayrıca söz konusu nedenlerden birinin bulunması halinde cezaya hükmedip hükmetmemek hakimin takdirine bırakılmamıştır. Maddede belirtilen nedenler sınırlıdır, yorum veya kıyas yoluyla da genişletilemez.

---

97 Ünver, 325-326.

98 Ünver, 327.

XIV- Suçun Özel Görünüş Biçimleri

1- Suçun Tamamlanması ve Teşebbüs

Suçluyu kayırma suçu, ön suçu işleyen kişiye, araştırma, yakalanma, tutuklanma ve hükmün infazından kurtulması için imkan sağlanması ile tamamlanır. Daha önce soyut tehlike suçu olduğunu belirtmiştim. Dolayısıyla, suçun tamamlanması için fiilen araştırma, yakalanma, tutuklanma ve hükmün infazından kurtulması şeklinde zarar neticesinin gerçekleşmesi gerekmez. Failin maddede belirtilen amaçlarla ön suçu işleyen kişiye imkan sağmakla suç tamamlanır. İcrasına başlanan yardım hareketlerinin failin iradesi dışında (mağdurun veya başkasının örneğin kolluğun faili yakalaması) yarıda kalması durumunda teşebbüs hükümleri uygulanır[99]. Suçluya belirli amaçla imkan sağlama, yardım etme hareketi süreklilik arzedebilir. İtalyan doktrini ve içtihadında bu durumda mütemadi, sürekli suç şeklinde gerçekleşebileceği kabul edilmektedir[100].

2- Suça İştirak

Suça iştirak konusunda TCK'nun genel hükümleri uygulanır. Suçluyu kayırma suçunun icra hareketlerini birlikte gerçekleştirerek fiil üzerinde müşterek hakimiyet kuran kişiler müşterek fail olarak cezalandırılırlar. Suçluyu kayırma suçunu işlemek konusunda fikri olmayan bir kişiyi yönlendirerek bu suçu işlemeye ikna eden kişiler, azmettiren olarak;. suçun icra hareketlerini maddi veya manevi olarak destekleyen hareketleri yapan şerikler ise yardım eden olarak cezalandırılırlar. Suçluyu kayırma suçunu azmettiren kişi, önsuçun fail veya şeriki ise şahsi cezasızlık nedeni dolayısıyla cezalandırılmaz[101].

3- Suçların İçtimaı

Yargıtayımız, suçluyu kayırma suçu ile suç üstlenme suçunu bazı durumlarda karıştırmaktadır. Bazı kararlarında ön suçun faili hakkında araştırma, yakalama, tutuklama, ceza infazından kurtarmak amacıyla suçun üstlenilmesi halinde suçluyu kayırma suçuna ilişkin hükümleri uygulamış-

---

99 Boscarelli, 240; Manzini, 931; Pannain, 155; Antolisei, 556; Ünver, 330; Zafer, 174.

100 Padovani, 6; Pagliaro, 43; Pannain, 54; 19.10.1984 tarihli ve 25.1.1995 tarihli İtalyan Yargıtayı kararı için Dolcini-Marinucci, 2833.

101 İtalyan doktrininde bazıları bu durumda azmettirenin suçluyu kayırma suçuna iştirak nedeniyle sorumluluğunu kabul etmektedirler. Pannain, 50; Boscarelli, 249. Bazıları ise bu durumda azmettirenin başkasına yardım edilmesini değil, kendisine yardım edilmesini istediği için suçluyu kayırma suçu açısından aranan kastı taşımadığından sorumlu kabul edilemeyeceğini ileri sürmektedir. Pagliaro, 43.

tır. Her ne kadar suçluyu kayırma suçundaki maddi ve manevi unsurlar gerçekleşmiş gibi gözükse de burada özel hüküm niteliğinde olan suç üstlenme suçuna ilişkin norm uygulanmak gerekir. Bir görüşe göre Yargıtayın söz konusu hatalı uygulaması, TCK'nun 270. maddesinde şahsi cezasızlık sebebine ilişkin hükümdeki eksik veya hatalı düzenleme nedeniyle faili cezasızlıktan yararlandırma isteği olsa da kanunun yanlış ve hukuka aykırı uygulanmasını haklı kılamaz. Bu tür bir uygulama yargının üstü örtülü biçimde kıyas yaparak kanun koyucunun yetkisine müdahale etmesidir[102]. Benzer şekilde önsuçun faili hakkında araştırma, yakalama, tutuklama, ceza infazından kurtarmak amacıyla suçun delillerinin yok edilmesi, gizlenmesi veya değiştirilmesi durumunda suçluyu kayırma suçunun maddi ve manevi unsurları gerçekleşmiş gibi gözükse de TCK'nun 281. maddesinde suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçu olarak düzenlenen hüküm, 283. maddedeki suçluyu kayırma suçuna ilişkin hükme göre özel norm niteliğinde olduğundan özel normun genel norma göre önceliği ilkesi gereğince uygulanmalıdır.[103]

XV- Yaptırım ve Usul

Suçun yaptırımı altı aydan beş yıla kadar hapis cezasıdır. Suçun kamu görevlisi tarafından göreviyle bağlantılı olarak işlenmesi halinde verilecek ceza yarı oranında arttırılır. Bu suçun üstsoy, altsoy, eş, kardeş veya diğer suç ortağı tarafından işlenmesi halinde ceza verilmez. Suç resen koğuşturulabilen bir suçtur. Failin kamu görevlisi olması halinde 4483 sayılı Kanun gereğince idareden soruşturma izni alınması şartsa da görevin adli görev niteliğinde olması örneğin polisin delilleri karartması gibi durumlarda CMK'nun 161/5 maddesi gereği genel hükümlere göre soruşturma yapılmaktadır[104]. Görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir.

Sonuç

765 sayılı TCK'nunda aslında birbirinden bağımsız yapıda olmalarına rağmen failin suçtan faydalanmasına yardım, suç delillerini yok etme, gizleme ve değiştirme, ceza soruşturmasını engelleme suçlarının aynı suç tipinde "veya" bağlaçları sıkça kullanılarak öngörülmüş olması doktrinde suç tanımının karışık ve anlaşılması zor olduğu eleştirilerine maruz kalmaktaydı[105].

---

102 Ünver, 332.

103 Aynı şekilde Yaşar-Gökcan-Artuç, Türk Ceza Kanunu, VI, 8077-8078.

104 Yaşar-Gökcan-Artuç, Türk Ceza Kanunu, 8078.

105 Zafer, 3; 76-77; 422-425 Yazara göre 765 sayılı TCK'nun 296. maddesinde failin suçtan faydalanmasına yardım, ceza soruşturmasını engelleme ve hükmün infazını engelleme şeklinde birbirinden bağımsız üç ayrı suç düzenlenmiştir.

Bu nedenle 5237 sayılı TCK'da suçluyu kayırma suçunun bu suçlardan ayrılarak, bağımsız bir maddede daha sade bir tanım yapılarak düzenlenmesi son derece yerinde olmuştur.

Doktrinimizde suçluyu kayırma suçu ile devletin adli fonksiyonlarının yerine getirilmesinin, ceza muhakemesinin işlerliğinin korunması; bu bağlamda özellikle ceza adaletinin gerçekleştirmeyi amaçlayan adliyenin güvenirliği, saygınlığı, dürüstlüğü (doğru şekilde işlemesi), adalet duygusu gibi değerlerin de ihlal edilmesinin engellenmek istendiği için Kanunumuzda adliye aleyhine suçlar kapsamında önsuçtan bağımsız bir soyut tehlike suçu şeklinde düzenlendiği kabul edilmektedir. Bu nedenle önfailin kusursuz olması, kusur ehliyetine sahip olmaması, cezasızlık nedeni ya da kovuşturma engeli (kovuşturma şartlarının gerçekleşmemiş olması) gibi nedenlerle cezalandırılamaması ya da kovuşturulamaması, hatta beraat etmesi, önşartın gerçekleşmesini engellemez[106]. Önsuçun failinin herhangi bir nedenle cezalandırılamaması (araştırma, yakalama, tutuklamadan kurtulması için imkan sağlama durumunda) suçluyu kayırma suçu açısından önemi yoktur. Örneğin ön fiil hakkında af yasasının çıkmış olması, zamanaşımı süresinin dolması hallerinde de suçluyu kayırma suçu gerçekleşmiş olur[107]. Ancak olması gereken hukuk açısından önsuç failinin cezalandırılamadığı hallerde ona yardım edenin de cezalandırılmaması gerekir. Bunun için kanunumuzda soyut tehlike suçu şeklinde düzenlenmiş olan hükmü değiştirerek, Alman Ceza Kanunu'nda[108] olduğu gibi suç işleyen bir kişinin cezalandırılmasını veya bir tedbire tabi tutulmasını veya hükmedilen ceza veya tedbirin infazını engelleme veya geciktirme şeklinde zarar suçu haline getirmek gerekir.

Yapılması gerektiğini düşündüğüm diğer bir değişiklik ise, suçluyu kayırma suç tipinde önsuça iştirak etmemiş olma şeklindeki olumsuz önşarta madde gerekçesinde değil, eskisinde olduğu gibi suç tanımında açıkça yer verilmesidir. Şahsi cezasızlık nedeni ile önşart aynı şey olmadığı için, diğer suç ortağı hakkında şahsi cezasızlık nedeni düzenlemek yerine, önsuça iştirak etmemiş olma şeklindeki önşarta maddede yer vermekle birlikte, Alman

---

106 Kusurun bulunmaması failin cezalandırılmasını engellemekte, fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmamaktadır. Önemli olan önfiilin suç teşkil etmesidir. Önsuç nedeniyle araştırılan kişinin suçlu olup olmaması önemli değildir. Korunmak istenen değer olarak ceza muhakemesinin doğru ve kurallara uygun olarak (dışarıdan müdahale edilmeksizin) işlemesidir. Zafer, 82-86; Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 566

107 Zafer, 82-89.

108 Alman Ceza Kanunu'n 258. maddesinde ceza veya güvenlik tedbirine hükmedilmesini engelleme veya geciktirme şeklinde zarar suçu şeklinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla önsuçun cezayı gerektirecek şekilde suçun tüm unsurlarıyla oluşması (tipik, hukuka aykırı ve kusurlu olması) gerekir. Hatta önsuç nedeniyle ceza soruşturması yapmak imkanı yoksa suçluyu kayırma suçu oluşmaz. Zafer, 92 vd.

Ceza Kanunu'n 258. maddesinde olduğu gibi fiilin kişinin kendisini soruşturma, yakalama, tutuklama veya hükmün infazından kurtarmak için yapılması durumunda cezalandırılmayacağı şeklinde düzenleme yapılabilir.

Bu suçun alt soy, üst soy, eş, kardeş, diğer suç ortağı hakkında işlenmesi halinde cezalandırılmaması nemo tenatur hiç kimsenin kendisi veya yakınlarını suçlamaya veya aleyhinde delil göstermeye zorlanmaması şeklindeki ilkeye uygundur, hem de kişinin kendisini veya yakınlarını koruma iç güdüsü nedeniyle insan doğasının bir gereğidir. Ancak söz konusu şahsi cezasızlık nedenini alt soy, üst soy, eş, kardeş sınırlı tutmamak gerektiğini düşünmekteyim. İsviçre Ceza Kanun'un 305. maddesinde olduğu gibi suçlu ile suçluyu kayıran kişi arasında yakın ilişkiler nedeniyle bu hareket mazur görülebiliyorsa hakime cezayı kaldırabilme konusunda takdir yetkisi verilebilir. Böylelikle resmi eşi olmadan da birlikte yaşayan kişiler, kişinin diğer yakınları (amca, dayı, hala, teyze, yeğen, gelin, damat, sıhri hısımlar gibi akrabaları) da cezalandırılmayabilir.

Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulması Hakkında Avrupa Konseyi Sözleşmesine İlişkin Değerlendirme

*Faruk Kerem GİRAY**

I. Giriş

Gerek ayrılık veya boşanma sonrasında gerekse boşanma davası sürecinde ebeveynlerin çocuklarıyla kişisel ilişki kurması önem arz etmektedir. Bu önem sebebiyle çocukla kişisel ilişkinin tesisi milletlerarası özel hukukunun da konusuna girmiştir.

Velâyet hakkı sona ermiş olan ebeveynin, çocuğuyla düzenli şekilde kişisel ilişki kurabilmesini güvence altına alan çeşitli uluslararası sözleşmeler bulunmaktadır. Bu sözleşmeler çoğu zaman; kişisel ilişki kurma hakkını ebeveynlere ve özellikle çocuğa tanımakla yetinmiş ancak bu hakkın etkin olarak ne şekilde yerine getirileceğini düzenlemede aciz kalmıştır. Bu kapsamda 20 Mayıs 1980 tarihli Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi İle Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesinin[1], 25 Ekim 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair La Haye Sözleşmesinin 21. maddesinin, 20 Kasım 1989 tarihli Çocuk Hakları Sözleşmesinin 9. ve 10. maddelerinin ve İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesinin 8. maddesinin dikkate alınması gereklidir.

Kişisel ilişki kurma hakkının etkin olarak yerine getirilmesini temin amacıyla 20-22 Nisan 1995 tarihinde İspanya'nın Cádiz kentinde Aile Hukukuna Dair 3. Avrupa Konferansında, "Aile Hukukunun Geleceği" konusu ele alınmıştır. Konferansta ağırlıklı olarak çocukla kişisel ilişki kurma

---

* Yrd. Doç. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı.

1 Anılan sözleşmenin 11. maddesinin 2. ve 3. fıkra hükümleri, Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesine taraf olan devletler arasında uygulanmayacaktır. (md.19)

hakkının sınır ötesi durumlarda yarattığı sorunlar üzerinde durulmuştur[2]. Konferansın sonunda, çocukların kişisel ilişki kurma hakkını düzenlemek ve de ilişki sonrasında çocuğun süresinde geri dönüşünü temin etmeyi sağlayan bir mekanizma yaratmak amacıyla çalışma grubu oluşturulmuştur[3]. Sözleşme tasarısı, 14 Eylül 2001 yılında Aile Hukuku Uzmanlar Komitesinin 34. toplantısında, 6 Aralık 2001 tarihinde de Hukuki İşbirliği Komitesinin 76. oturumunda onaylanmıştır. 3 Mayıs 2002 tarihinde ise sözleşme imzaya sunulmak üzere devletlerin bilgisine sunulmuştur[4].

Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi[5] (KİKS), 15.05.2003 tarihinde Avrupa Konseyi üye devletlerinin imzasına açılmış ve üç devletin[6], sözleşme ile bağlı olduklarını açıkladıkları tarihten itibaren üç aylık sürenin bitimini izleyen ayın birinci günü[7] olan 01.09.2005 tarihinde de yürürlüğe girmiştir. Ancak KİKS Avrupa Birliğine üye devletler arasında beklediği ilgiyi görmemiştir[8]. Zira Danimarka hariç, Birlik üyesi devletler arasında 1347/2000 sayılı Tüzüğü Tadil Eden Evliliğe ve Velâyet Sorumluluğuna İlişkin Meseleler Hakkında Mahkemelerin Yetkisi, Kararların Tanıması ve Tenfizi Hakkında 27 Kasım 2003 tarihli 2201/2003 sayılı Konsey Tüzüğü[9] yürürlüktedir. Söz konusu Tüzüğün 41 ve devamı maddelerinde ise çocukla kişisel ilişki düzenlenmektedir.

Türkiye, KİKS'i 15.07.2003 tarihinde[10] imzalamış ve 6066 sayılı Kanunla onaylamıştır[11]. Ancak Sözleşme, Türkiye Cumhuriyeti'nde henüz yürürlüğe girmiş değildir. Zira Sözleşmenin yürürlüğe girebilmesi için gerekli olan Bakanlar Kurulu Kararnamesi henüz resmi gazetede yayınlanmamıştır.

---

2 Explanatory Report / Convention on Contact Concerning Children. (çevrimiçi: http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/192.htm) Şubat 2011.

3 Explanatory Report / Convention on Contact Concerning Children., paragraf 3.

4 Explanatory Report / Convention on Contact Concerning Children, paragraf 5 ve 6.

5 03.10.2011 tarihi itibariyle sözleşmeye Arnavutluk, Avusturya,Belçika, Bulgaristan, Hırvatistan, Kıbrıs, Çek Cumhuriyeti,Yunanistan, İtalya, Malta, Moldova, Polonya, Portekiz, Romanya, San Marino, Türkiye ve Ukrayna tarafından imzalanmış ancak Arnavutluk, Kıbrıs,Çek Cumhuriyeti, Romanya, San Marino ve Ukrayna'da yürürlüğe girmiştir. (www.coe.int)

6 Söz konusu üç devlet Arnavutluk, Çek Cumhuriyeti ve San Marino'dur.

7 KİKS. madde 22.

8 Walter Marguerite, Toward The Recognition and Enforcement of Decisions Concerning Transnational Parent- Child Contact, New York University Law Review, Vol.79, Aralık 2004, s.2406.

9 Bkz. Topluluk Resmi Gazetesi OJ: L 338, 23.12.2003 s.1-29.

10 Bkz. www.coe.int. (Eylül 2011)

11 6066 sayılı ve 09.11.2010 sayılı Onayı Uygun Bulma Kanunu için bkz. RG:30.11.2010-27771.

Kişisel ilişki kurma hakkı sadece anne ve baba tarafından çocuk için yöneltilecek tek taraflı bir talep değildir. Hiç şüphesiz çocuk da, anne ve babasıyla kişisel ilişki kurabilme hakkına sahiptir ve bu hakkın yerine getirilmesi için talepte bulunabilir. Bu husus, KİKS'in dibace kısmının 9. paragrafında[12] açıkça belirtilmiştir. Ana ve baba için çocuklarıyla kişisel ilişki kurma hakkı, kişilik hakları arasında kabul edilerek[13] anayasal güvence ile teminat altına alınmıştır[14]. Bununla birlikte belirtelim ki; çocukla kurulacak kişisel ilişki kapsamına ana ve babanın dışında aile bağlarının bulunduğu kişiler de girmektedir.

Ebeveynlerin veya çocukla aile bağları bulunan kişilerin, çocuğun bulunduğu devletten farklı devlette oturduğu hallerde, kişisel ilişkinin tesisi güçleşmektedir. Bu güçlük çeşitli sebeplerden kaynaklanmaktadır. Çocuğun veya ebeveynin farklı devletlerde bulunuyor olması sebebiyle, ülkeye girişlerde vize mecburiyeti aranabilir. Keza ebeveynin veya çocuğun bir araya gelebilmesi için çeşitli ulaşım araçlarının kullanılması da gerekli olabilir. Ulaşım araçlarından istifade edebilmek için kimi zaman ödenmek zorunda kalınan yüksek bedeller de, kişisel ilişkinin tesisindeki zorluklardan bir diğeridir.

II. Kavram Olarak "Kişisel İlişki"

Çocukla kişisel ilişki kavramı, önceleri "ziyaret hakkı" (right of access) adı altında ifade edilmekteydi. Nitekim 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair La Haye Sözleşmesi, kişisel ilişki kavramına karşılık gelmek üzere "ziyaret hakkı" kavramını kullanmaktaydı. Oysa "ziyaret hakkı" terimi, mahiyeti itibariyle çocukla kişisel ilişki kurma (contact concerning children) kavramını tam olarak karşılayamamaktaydı[15]. Zira çocuğun sınırlı bir süre için mutad meskeninden ayrılarak diğer bir âkit devlete götürülmesindeki amaç; velâyet sorumluluğuna sahip olmayan kişiyle kısa süreli görüşme yapması, ziyaret etmesi değildir; bilakis fiziki olarak o kişiyle temasa geçerek, ona karşı yoğun bir ilgi, alaka göstererek, belli bir zaman dilimini birlikte paylaşarak geçirmesi, şahsi ilişkide bulunmasıdır[16]. Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesinin 10. paragrafında

---

12 "Sadece ana ve babanın değil çocukların da hak sahibi olarak kabul edilmesinin arzu edilir olduğunun bilincinde olarak" ifadesine yer verilmiştir.

13 Tekinay Selâhattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, İstanbul, 1990, s.278.

14 Anayasa Madde 41/3f. Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir.

15 Lowe Nigel/ Everall Mark/ Nicholls Micheal, International Movement of Children, Family Law, Bristol, 2004, s.598.

16 Giray Faruk Kerem, Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Alıkonan Çocukların İadesi, İstanbul, 2010, s.14-15.

"çocuklara yönelik ziyaret hakkı" kavramının, çocuklara ilişkin kişisel ilişki kavramı ile değiştirildiği belirtilmiştir.

Sözleşmeye ilişkin hazırlanan açıklayıcı raporda, "ziyaret hakkı" teriminin, "kişisel ilişki kurma" terimine göre daha az kapsayıcı olduğu belirtilmiştir. Zira ziyaret hakkının yarattığı dar algı kırılmak istenmiştir. Ziyaret hakkının sadece (anne baba gibi) belli kişilere özgülendiğinin düşünüldüğünü oysa kişisel ilişki kurma teriminin çocuğun, farklı kişilerle şahsi ilişki kurmasına imkân tanıması yönünden daha genişletici olduğu kabul edilmiştir.

Açıklayıcı raporda, "kişisel ilişki kurma" teriminin tercih edilme sebebi birkaç gerekçeyle açıklanmıştır. Öncelikle söz konusu terim, ebeveynlerin yanında, bu hakkın çocuğa da tanındığını açıkça ifade etmesindeki başarısı nedeniyle kullanılmıştır. Ayrıca söz konusu terim, anne baba dışındaki kişilerin de bu hakkın süjesi olabileceğini, anlaşılır şekilde ortaya koyması sebebiyle tercih edilmiştir. Keza kişisel ilişki kurma teriminin, modern bir kavram olan "velayet sorumluluğuyla" daha bağlantılı olduğu da varsayılmıştır. Bunun yanında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde (AİHS) de aile ve çocukların birlikte kişisel ilişki kurma hakkından bahsedilmiştir. Tüm bu nedenlerden ötürü ziyaret hakkı yerine kişisel ilişki kurma hakkı tercih edilmiştir[17].

Kişisel ilişki kurma hakkı ilk olarak 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde dikkate alınmıştır. Sözleşmenin 8. madde hükmü kişisel ilişki kurma hakkını teminat altına almıştır. Bu güvenceye istinaden anneanne, torunuyla kişisel ilişki kurabilmiştir. Belli bir süre aileyle birlikte aynı evde yaşamış olan kişilerin kişisel ilişki kurma hakkına sahip oldukları kabul edilmiştir. Bu kapsama, eşler, üvey anne ve babalar, dedeler, babaanneler ve anneanneler de girer. Buna mukabil, aileye ekonomik katkı sağlayabilmek için evin bir odasının öğrenciye kiralanması durumunda, kiracı öğrencinin evde birlikte yaşadığı çocukla kişisel ilişki kurulmasını talep etme hakkı yoktur. Keza ev hizmetlerinde yardımcı olan bahçıvan, aşçı veya şoför gibi kişilerin de çocukla kişisel ilişki kurulmasını talep hakları yoktur. Bu gibi kişiler TMK. 367 anlamında ev halkı kapsamına girer. Ancak ev halkı olarak aynı ev düzeni içerisinde birlikte yaşayan herkesin çocukla kişisel ilişki kurma hakkı bulunmamaktadır.

III. KİKS Kapsamında Velâyet Hakkı ve Velâyet Sorumluluğu Farkı

KİKS kavram olarak hem velâyet hakkı (right of custody) terimini hem de velâyet sorumluluğu (parental responsibility) terimini kullanmıştır.

---

17 Explanatory Report / Convention on Contact Concerning Children, paragraf 6.

Velâyet sorumluluğu kavramı sözleşmenin 7. maddesinin (c) fıkrasında, 12. maddesinin (b) fıkrasında ve 20. maddenin (d) fıkrasında kullanılmıştır. Buna mukabil velâyet hakkı kavramı ise, diğer sözleşme isimlerine yapılan atıflar hariç olmak üzere sadece tek bir madde hükmünde kullanılmıştır. Velâyet hakkı sadece bu kararların tanınması ve tenfizini düzenleyen 14. madde hükmünde kullanılmıştır. KİKS çocuk hukukundaki güncel gelişmelere paralel olarak velâyet sorumluluğu terimini kullanmıştır. Diğer yanda anlam karışıklılığına sebebiyet vermemek için mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi aşamasında âkit devletlerin aile ve çocuk hukuku düzenlemelerindeki farklılığı gözeterek gittikçe demodeleşen velâyet hakkı terimini kullanmayı bırakamamıştır.

Velâyet sorumluluğu kavramı KİKS'de tanımlanmamıştır. Sözleşmenin 2. madde hükmünde kullanılan kavramların bazılarına yer verilmekle birlikte gerek velâyet hakkının gerekse velâyet sorumluluğunun tanımına yer verilmemiştir. Velâyet sorumluluğunun tanımı hakkında fikir sahibi olabilmek için 27 Kasım 2003 tarihli 2201/2003 sayılı Avrupa Birliği Tüzüğünden[18] istifade edilebilinir. Anılan Tüzüğün 2. maddesinin 7. fıkrasında, velâyet sorumluluğu "Çocuğa ve çocuğun malvarlığına ilişkin olarak mahkeme kararına, kanun hükmüne veya hukuken bağlayıcı olan bir sözleşmeye istinaden gerçek veya tüzel kişiliğe bırakılan tüm hak ve sorumluluklar" şeklinde ifade edilmiştir. Tüzüğe göre kavram hem velâyet hakkını hem de kişisel ilişki kurma hakkını kapsamaktadır.

IV. Sözleşmenin Niteliği ve Özellikleri

KİKS sözleşmesi bir adlî yardım sözleşmesidir ve hiçbir hükmüne çekince koyulamaz[19]. Sözleşme çocuğun, anne-babası ve sınırlı olarak 3. kişilerle kuracağı kişisel ilişkiyi güvence altına alırken diğer yandan söz konusu kararların yerine getirilmesini ve uygulamaya geçirilmesini sağlamak amacındadır. Kişisel ilişkinin tesis edilmesinde dikkate alınan tek kriter, çocuğun üstün menfaatidir. Kişisel ilişki kurmanın, çocuğun yüksek menfaatine aykırı olduğu durumlarda, söz konusu ilişki sınırlandırılabilir, engellenebilir veya göz altında gerçekleştirilebilir ya da diğer iletişim araçları kullanılarak tesis edilebilir. Sözleşmenin geneline yansımasa dahi, dikkate aldığı ve önem verdiği hususlardan bir diğeri de çocukla ana babası arasında tesis edilecek kişisel ilişkinin sürekliliğini sağlamaktır. Sözleşme ana ve babalar için, çocuklarıyla kuracağı kişisel ilişkinin birkaç seferlik olmasından ziyade,

---

18 1347/2000 sayılı Tüzüğü Tadil Eden Evliliğe ve Velâyet Sorumluluğuna İlişkin Meseleler Hakkında Mahkemelerin Yetkisi, Kararların Tanıması ve Tenfizi Hakkında 27 Kasım 2003 tarihli 2201/2003 sayılı Tüzük. Topluluk Resmi Gazetesi OJ: L 338, 23.12.2003 s.1-29.

19 KİKS. madde 25.

devamlı olmasını amaçlamaktadır. Nitekim çocuğun üstün menfaati de istisnai durumlar saklı kalmak kaydıyla bu sürekliliği gerektirmektedir[20].

KİKS, çocukla kişisel ilişki kurma hakkından doğan ihtilâflar bakımından herhangi bir kanunlar ihtilâfı kuralı öngörmemiştir. Kişisel ilişki kararlarına uygulanacak hukuk, her bir âkit devletin Lex Fori'sine bırakılmıştır. Çocukla kişisel ilişki Türk hukukunda soy bağının hükümlerinden kabul edilmektedir[21]. Yabancılık unsuru bulunan çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin talepler hakkında MÖHUK madde 17 uygulanacaktır[22].

Buna mukabil kişisel ilişki ve velâyete ilişkin kararların diğer âkit devletlerde tanınması ve tenfizi KİKS'de kısmen düzenlenmiştir. Maddi hükümler düzenlenmeyip, âkit devletlerden tanıma ve tenfize olanak sağlayan bir usulün öngörülmesi talep edilmiştir. KİKS'in 14. madde hükmü âkit devletlere, kişisel ilişki kararların ne şekilde tanınıp, tenfiz edileceğini öngören bir usulün veya sistemin bildirilmesi mükellefiyetini yüklemiştir.

V. Sözleşmenin Amacı

KİKS'in üç temel amacı vardır. Birincil amacı kişisel ilişki kurulmasına ilişkin kararlara uygulanacak olan genel ilkeleri saptamaktır. Bu ilkelerin neler olduğu sözleşmenin II. Bölüm'ünün yer aldığı 3. ile 9. maddelerinde sayılmaktadır. Bu ilkeler kural olarak iç hukuklara yönelik olmakla birlikte, sözleşme ile aile hukuku alanında ortak terimler yaratılmış olmaktadır. Böylelikle farklı ülkelerin iç hukuklarında kullanılan kavramlar ve bu kavramların yorumu yeknesaklaştırılmaya başlanmıştır[23]. Aile hukuku alanında farklı ülkelerde kullanılan kavramların yorumunun yeknesaklaştırılması ilk kez Avrupa Birliği'nin tüzük ve direktifleriyle tesis edilmiştir. Benzer uygulama birlik üyesi devletler arasında hâlihazırda borçlar hukukunun kodifikasyonu için yürütülmektedir.

Çocukla kurulan kişisel ilişkinin düzgün şekilde yürütülmesini temin etmek ve bu amacı gerçekleştirmeye yönelik uygun koruma tedbirlerini ve garantilerini oluşturmak KİKS'in ikinci amacıdır. Bu garantiler sözleşmenin 10. maddesinde detaylı olarak sayılmıştır.

KİKS'in gerçekleştirmeyi hedeflediği son amaç ise; çocuk ile kişisel ilişki kuracak kişi arasındaki ilişkiyi geliştirmek için merkezi makamlar, adlî

---

20 Bkz. Sözleşme madde 4/1 hükmü.

21 Bkz. TMK. Beşinci Ayırım Madde 323-326.

22 Soybağının hükümleri, soybağını kuran hukuka tâbidir. Ancak ana, baba ve çocuğun müşterek millî hukuku bulunuyorsa, soybağının hükümlerine o hukuk, bulunmadığı takdirde müşterek mutad mesken hukuku uygulanır.

23 Explanatory Report / Convention on Contact Concerning Children, paragraf 17.

makamlar ve ilgili diğer kurumlar arasında işbirliğini tesis etmektir. Sınır ötesi kişisel ilişkinin geliştirilmesi ve arttırılmasına yönelik alınacak tedbirlerin içeriği KİKS'in 11. ile 18. maddelerinde belirtilmiştir.

VI. Sözleşmenin Diğer Uluslararası Sözleşmelerle Olan İlişkisi

KİKS düzenlediği konuları ihtiva eden diğer uluslararası sözleşmeleri kural olarak etkilememektedir. Bilakis 20. madde de sayılan sözleşmelerin, KİKS ile birlikte uygulanmaya devam edeceğini açıkça belirtmiştir. Şu halde Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme[24], Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Sözleşme[25], Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına Yönelik Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliği Hakkında Sözleşme[26] KİKS ile birlikte uygulanmaya devam edecektir.

KİKS aynı zamanda çocukla kişisel ilişki kurulması hakkında gelecekte akdedilebilecek olan iki taraflı veya çok taraflı sözleşmeleri de dikkate almıştır. KİKS, bu sözleşmelerden ancak mevcut hükümlerini geliştiren, tamamlayan veya uygulama alanını geliştirenlerin engel teşkil etmeyeceğini kabul etmiştir.

Bununla birlikte Avrupa Birliğine üye devletler kendi aralarında çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ihtilâflar hakkında KİKS'i uygulayamayacaklardır. Zira Sözleşmenin 20. maddesinin 3.fıkra hükmü gereğince konuyla ilgili Tüzük veya Direktifin bulunması durumunda KİKS'in uygulanmayacağı belirtilmiştir. Şu halde Evliliğe ve Velâyet Sorumluluğuna İlişkin Meseleler Hakkında Mahkemelerin Yetkisi ile Kararların Tanıması ve Tenfizi Hakkındaki 27 Kasım 2003 tarihli 2201/2003 sayılı Tüzük kurallarının uygulama alanı bulacağı durumlarda; KİKS hükümleri Avrupa Birliğine üye devletler arasında dikkate alınmayacaktır.

Diğer taraftan Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velâyetin Yeniden Tesisi Hakkında Sözleşme[27] sınırlı olarak KİKS ile birlikte uygulama alanına sahiptir. Anılan sözleşme hükümlerinden 11. maddenin 2. ve 3. fıkra hükümleri ise KİKS'in uygulandığı hallerde uygulanmayacaktır. Bu husus KİKS'te bağımsız bir hüküm olan 19. madde ile açıkça düzenlenmiştir[28]. KİKS'in 15. madde hükmü kişisel ilişki

---

24 RG: 21.02.1983-17966.

25 RG: 15.02.2000-23965.

26 19 Ekim 1996 tarihli La Haye Sözleşmesini Türkiye henüz imzalamış ve onaylamış değildir.

27 RG: 02.11.21999-23864.

28 Bkz. Explanatory Report / Convention on Contact Concerning Children, paragraf 125.

kararlarının diğer âkit devlette hangi şartlarla icra edilebileceğini düzenlemektedir. Yabancı kararın hiçbir şart ve koşulda esastan incelenememe esası benimsenmiştir[29]. 16. madde hükmü ise âkit devletlere çocuğun iadesi için gerekli tedbirleri alma mükellefiyetini yüklemiştir. KİK.'in 13. maddesinin 3. fıkrasında ise âkit devletler uluslararası işbirliğinde bulunma mükellefiyeti altındadırlar. Oysa 20 Mayıs 1980 tarihli sözleşmenin ilgili hükümlerine bakıldığında; talepte bulunulan devletin yetkili makamı çocukla şahsi ilişki kurma hakkının tesisi ve bu kararların uygulanma şartlarını kendisi belirleyebilme hakkına sahiptir. Böyle bir imkân, KİKS'in öngördüğü ve amaçladığı yeknesak uygulamaya zarar vereceğinden, madde 19 hükmü ile ayrık tutulmuştur. KİKS'in amacı ortak bir uygulama yaratmaktır. Oysa 20 Mayıs 1980 tarihli sözleşme âkit devletlere kendi şart ve usullerini belirleyebilme hakkı tanımaktadır.

VII. Çocukla Kişisel İlişki Kurabilecek Kişiler

KİKS'in 2. maddesinden yola çıkarak kimlerin, çocukla kişisel ilişki kurabileceğini tespit edebiliriz. Madde içeriğinden çocuğun anne ve babasının dışında mutad olarak birlikte yaşamadığı kişilerle de kişisel ilişki kurabileceği anlaşılmaktadır. KİKS kapsamında çocuğun, anne ve babası ile kuracağı kişisel ilişkinin düzenli olması asıldır. Anne ve babanın, çocuklarıyla düzenli ve sürekli olarak kişisel ilişkide bulunma hakkına sahip olduğu güvence altına alınmıştır. Buna mukabil, çocukla mutad olarak birlikte yaşamayan kişilerin çocukla sürekli ve düzenli kişisel ilişki kurabilme hakkı bulunmamaktadır. KİKS kapsamında "aile bağları" ile ifade edilen çocuğun, büyükanne, büyükbaba ile kardeşleri arasında kurduğu hukukî veya fiilî aile ilişkisinden kaynaklanan yakın ilişkilerdir[30]. Şu halde amca, teyze veya yeğenlerin çocukla kişisel ilişki kurabilme hakkı KİKS ile güvence altına alınmamıştır. "Aile bağlarının" varlığı iç hukuklarda yer alan kanun hükmünden veya bir mahkeme kararından doğabileceği gibi fiilî durumdan da (de facto) kaynaklanabilir. Çocukla kurulacak kişisel ilişkinin dayanağı hukukî veya kanunî olabileceği için mutlak olarak bir soy bağının mevcudiyetini de gerektirmez. Çocukla kişisel ilişki kurma hakkının fiilî durumdan kaynaklandığı hallere örnek olarak üvey anne ve babayla olan ilişkisi ile evlatlığın biyolojik anne ve babasıyla olan ilişkisi gösterilebilir[31]. Keza evlatlık ilişkisinden doğan ilişkiler de KİKS'in koruyucu himayesindedir.

---

29 Aynı prensip, Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velâyetin Yeniden Tesisi Hakkında Sözleşme için de geçerlidir. Bkz. Md/9/3f.

30 Bkz. Sözleşme madde 2/d.

31 Explanatory Report / Convention on Contact Concerning Children, paragraf 34.

Sözleşmenin, ana baba dışında çocukla aile bağı bulunanları da kişisel ilişki kurma hakkına sahip kişiler arasında sayması Türk hukukundaki düzenleme ve uygulamayla[32] paraleldir. Nitekim TMK. madde 323 hükmü, ana ve babadan her birinin, velâyeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan çocuk ile kişisel ilişki kurma hakkını güvence altına almıştır. Bununla birlikte 325. madde hükmü ile belli koşullar altında ve çocuğun menfaatine hizmet ettiği ölçüde, üçüncü kişilere ve özellikle hısımlarına da bu hak tanınmıştır.

VIII. Kişisel İlişki Kurma Yöntemleri

Kişisel ilişkinin tesisi için KİKS herhangi bir sınırlama getirmemiştir. Ancak sözleşmenin 2. maddesinin (a) fıkrasının alt bentlerinde kişisel ilişkinin ne şekilde tesis edileceği belirtilmiştir. Madde kapsamından çocukla kişisel ilişki kurulması hakkında üç ana yöntem bulunduğu anlaşılmaktadır. Birinci yöntem çocukla kurulacak kişisel ilişkinin yüz yüze gerçekleştirilmesidir. Bu yöntemden istifade edebilecek kişiler, çocuğun anne ve babası ile çocukla arasında aile bağı bulunanlardır. Bu yöntemin uygulanması sınırsız değil bilakis belirli bir süre ile sınırlıdır. Anne ve babanın çocuğuyla kişisel ilişki kurması kural olarak düzenli ve sınırlı sürelidir. Buna mukabil çocukla aile bağı olanlar arasında kurulacak kişisel ilişki ise düzensiz ve sınırlı sürelidir. Sürenin sınırı çocukla kişisel ilişki kuracak kişiler için farklılık gösterecektir.

Çocukla kişisel ilişki kurulmasında öngörülen ikinci yöntem ise; telefon, mektup, faks veya e-posta gibi iletişim araçlarının kullanılmasıdır. Bu yöntem, çocukla yüz yüze iletişim kurulmasına ilave olarak tercih edilebileceği gibi, çocuğun, anne veya babasından çok uzakta bulunuyor olması sebebiyle zorunluluktan ötürü de tercih edilebilinir[33].

---

32 Kişisel ilişki, çocuğun fikri ve bedeni gelişimi üzerinde olumsuz etki yaratmamalı, onun yetiştirilmesini engellemeyecek şekilde düzenlenmelidir. Bu sebeplerle büyükanne ile daha kısa süreli kişisel ilişki düzenlenmelidir. (Yargıtay 2.HD. 20.12.2006 tarih ve E.2006/9388 K.2006/18010 sayılı kararı.) Kişisel ilişkinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle, sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararları esas tutulmalıdır. (Yargıtay 2.HD. 25.10.2005 tarih ve E.2005/12054 K.2005/14804 sayılı kararı.) Çocuklarla baba arasındaki kişisel ilişkinin üçüncü kişilerin yanında tesisi doğru görülmemiştir. (Yargıtay 2.HD. 6.07.2004 tarih E.2004/8202 K.2004/9032 sayılı kararı.) Küçüklerin, davacı dedeleri arasında her hafta sonu kişisel ilişki kurulması vasinin vesayet görevini gereği gibi yerine getirmesini engelleyeceği gibi, küçüklerin bedeni ve fikri gelişimlerini de olumsuz yönde etkileyecektir. Bu sebeplerle daha uygun sürelerle kişisel ilişki düzenlenmesi gereklidir. (Yargıtay 2.HD. 06.07.2004 tarihli E.2004/7964 K.2004/9028 sayılı kararı.)

33 Explanatory Report / Convention on Contact Concerning Children, paragraf 22.

Çocukla kişisel ilişki kurulmasında söz konusu olabilecek 3. yöntem ise, diğer iki yönteme oranla dolaylı olan bir yöntemdir. Bu yöntemde doğrudan kişisel ilişki kurulmasından ziyade, çocuğun şahsi durumuna ilişkin bilgi ve belgelerin, çocukla şahsi ilişki kurmaya yetkili kişilere aktarılması söz konusudur. Bu bilgiler, çocuğun fotoğrafları, okul karnesi, sağlık raporları türünden dokümanlardan oluşabilir[34]. Sözleşmenin 4. maddesinin 3.fıkrası[35] bu imkânı taraflara vermektedir.

Sayılan yöntemlerden hangisinin tercih edileceği hususunda takdir hakkı kullanılırken mahkemenin çocuğun üstün menfaatini gözeterek hareket etmesi gereklidir. Nitekim sözleşmenin 4. maddesinin (b) bendinde, kişisel ilişki kurma hakkının çocuğun üstün menfaatinin zorunlu kıldığı hallerde kısıtlanabileceği veya engellenebileceği belirtilmiştir.

IX. Sözleşmenin Uygulanma Koşulları

Sözleşmenin uygulanabilmesi için öncelikle şahsi ilişki kurulmak istenen kişinin "çocuk" olması gereklidir. Sözleşmenin 2. maddesinin (c) fıkrasına göre, onsekiz yaşından küçük olan yani onsekiz yaşından gün almamış olan kişi çocuktur. Şu halde KİKS, sadece on sekiz yaşından gün almamış çocuklar hakkında uygulanacaktır. Ancak, çocuk kendi milli hukuku uyarınca on sekiz yaşından gün almadan önce evlenmiş ise, bu halde artık ergin statüsüne gireceğinden KİKS uygulama alanı bulmayacaktır. Türk hukukuna göre, evlenme kişiyi ergin kılacağı gibi[36], onbeş yaşını dolduran küçük de, kendi isteği ve velisinin rızası ile mahkeme kararıyla[37] ergin kılınabilir. Böyle bir ihtimalde, çocuk on sekiz yaşından gün almamış olsa dahi, KİKS hükümleri uygulanmaz.

Millî hukukuna göre ayırt etme gücüne sahip olan çocuk, üstün menfaatine aykırı olmadıkça kendisiyle ilgili tüm bilgileri alma, kendisine danışılma ve görüşlerini ifade etme hakkına sahiptir[38]. Âkit devletler, çocuğun anlaşabilir tüm istek ve duygularına gereken önemi vermek zorundadırlar.

Sözleşmenin uygulanması için aranan diğer bir şartta kişisel ilişki kurulmasına ilişkin verilen kararların adlî makamlardan sadır olmasıdır. Şu halde idarî makamlardan sadır kişisel ilişki kurulmasına ilişkin kararlar, sözleşmenin kapsamı dışındadır. Sözleşmenin 2. maddesinin (e) fıkrasına göre, mahkemelerle eşit yetkiye haiz idarî makamlarda adlî makam olarak

---

34 Explanatory Report / Convention on Contact Concerning Children, paragraf 22.

35 "… ya da diğer şekillerde ilişki kurma imkânı da öngörülecektir."

36 Bkz. 4721 Sayılı TMK. madde 11/2. RG:08.12.2001-24607.

37 Bkz. 4721 Sayılı TMK. madde 12.

38 KİKS. madde 6.

kabul edilmektedir. Keza açıklayıcı raporda aile hukukuna ilişkin ihtilâflarda *yargı yetkisine sahip olan* idarî makamlar tarafından verilen kararların da sözleşme kapsamında olduğu açıkça belirtilmiştir[39]. Örneğin Danimarka'da anlaşmalı boşanma talepleri belediye'nin yetkili mercilerinde karara bağlanabilmektedir[40]. Şu halde çocukla kişisel ilişki kurulmasına yönelik idarî bir mercii tarafından verilen kararın, KİKS kapsamında dikkate alınabilmesi için, bu makamın yargı yetkisine sahip olması gereklidir.

Sözleşmenin âkit devletler bakımından uygulanabilmesi için hangi unsurun esas alındığı açıklıkla ifade edilmemiştir[41]. Âkit devletlerden kasıt, ana babanın vatandaşı olduğu, çocuğun vatandaşlığını taşıdığı veya ana babanın mutad meskeninin veya çocuğun mutad meskeninin bulunduğu ülke değildir. Adlî yardım antlaşması niteliğindeki KİKS, sadece âkit devletlerin adlî makamları tarafından verilen ya da icra edilebilen çocukla kişisel ilişki kurulması hakkındaki kararları dikkate almakta ve bu kararları diğer bir âkit devlette yerine getirmesini temin etmektedir. Şu halde KİKS'in uygulanabilmesi için çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin kararın âkit devletlerin adlî makamlarından veya eşit yetkiye haiz idarî makamlardan[42] sadır olması gerek ve yeterlidir. On sekiz yaşından küçük olan çocuğun, ikametgâhının veya mutad meskeninin âkit devletlerden birinde olmasının önemi bulunmadığı gibi, âkit devlet vatandaşı olup olmadığı da dikkate alınmaz. Sözleşme *"loi uniforme"* niteliğinde olmadığından sadece âkit devletler arasında uygulama alanı bulmaktadır.

X. Kişisel İlişki Kurma Hakkının Reddedilebileceği Haller

Çocuğun üstün menfaatine aykırı olmadıkça, çocuk ile kurulacak kişisel ilişki engellenemez. Şayet bir engellemede bulunulacak ise de bu kısıtlamanın orantılı olması gerekmektedir. Adlî makamların bu türden bir kısıtlamayı uygulayabilmeleri için kişisel ilişkinin yasaklanmasından daha az kısıtlayıcı olan bir çözümün bulunmuyor olması, söz konusu kısıtlamanın veya hakkın ortadan kaldırılmasının ölçülü ve de hukuka uygun olması gereklidir[43].

---

39 Explanatory Report / Convention on Contact Concerning Children, paragraf 35.

40 Bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 13.04.1995 tarihli ve E.1998/3612 K.1995/4567 sayılı kararı. Türk hukukunda Kopenhag Belediyesi tarafından verilen bir boşanma kararı, mahkeme hükmü niteliği taşımadığından dolayı tanımaya engel kabul edilerek Yargıtay tarafından onanmıştır. Karar için bkz. Ruhi Ahmet Cemal, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Ankara, 2008, 2. Bası, s.551

41 Bu husus, sözleşmenin, 2. maddesinin (c) fıkrasından, 3. ve 9.madde hükmünden çıkartılmaktadır.

42 Bkz. KİKS. madde 2/e.

43 Explanatory Report / Convention on Contact Concerning Children, paragraf 41.

Kişisel ilişki kurma hakkının kullandırılmaması veya kısıtlanması en son uygulanacak bir tedbir olmalıdır. Uygulanacak olan kısıtlamanın sürekli olmayacağının kabulü gerekir. Şartların değişmesine bağlı olarak kısıtlama kaldırılabilecektir.

Kişisel ilişki kurma hakkının kısıtlanabilmesi için, kısıtlamayı haklı kılacak ciddi bir tehdidin veya çocuğa yönelik olası bir zarar veya tehlikenin mevcut olması gerekir. Şayet kişisel ilişki kurulması, çocuğa fiziksel veya psikolojik bir zarar verecek ise, söz konusu hak kısıtlanabilecek veya şartlar değişene kadar askıya alınabilecektir. Bu noktada çocuğun üstün menfaati, kişisel ilişki kurma hakkının önüne geçmektedir. Kanaatimizce çocukla kurulacak kişisel ilişki, hiçbir zaman okul eğitimini sekteye uğratacak şekilde tesis edilmemelidir.

Çocuğun yaşının ilerlemesi veya mevcut tehlikenin zaman içinde ortadan kalkması gibi hallerde; yeniden kişisel ilişki kurma hakkı tesis edilebilmelidir. İmkânlar olmasına rağmen, çocukla uzunca bir süre hiçbir şekilde iletişime geçilmediği hallerde, çocuk gelecekte kişisel ilişki kurmayı arzu eden kişiyi yabancılayabilecektir. Bu durum, başta çocuk için sonrasında da kişisel ilişki kurmayı arzulayan taraf için olumsuz psikolojik sonuçlar yaratabilir.

XI. Sözleşme Kapsamına Giren Kişisel İlişki Kararları

Sözleşme kapsamına giren kişisel ilişki kararlarının neler olabileceği sözleşmenin 2. maddesinin (b) fıkrasında düzenlenmiştir. Sözleşme kapsamına giren kişisel ilişki kararları dört tanedir:

a) Kişisel ilişki kurulmasına ilişkin adlî makamlardan sadır kararlar

Çocukla kişisel ilişki kurulmasına imkân veren adlî makam kararlarının, KİKS kapsamında dikkate alınabilmesi için kesinleşme şartının aranıp aranmadığı hususunda bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak çocuğun yüksek menfaatinin göz önüne alınması gerektiği prensibinden yola çıkarak kesinleşmiş ve icra edilebilir nitelikteki adlî makam kararlarının dikkate alınması gerektiğini söyleyebiliriz. Söz konusu adlî makam kararları, boşanma davası sonrasında verilebileceği gibi, boşanma talebiyle birlikte de hükme bağlanabilir.

b) Tarafların karşılıklı olarak birlikte mutabık kaldıkları ve adlî makamlarca tasdik edilmiş olan kişisel ilişki kurulmasına ilişkin anlaşmalar

Tarafların üzerinde mutabık kaldıkları, kişisel ilişki anlaşmalarının tercihen yazılı olması gereklidir. Nitekim bu husus, KİKS'in 8. maddesinin 1.

fıkrasında açıkça ifade edilmiştir. Nitekim Türk hukukunda da; TMK. madde 182 gereği boşanma ve ayrılık durumunda çocukla kişisel ilişkinin ne şekilde düzenleneceği hâkim tarafından takdir edilerek düzenlenecektir. Tarafların yaptıkları ve tasdike tabi olan anlaşmanın geçerli olması ve de tereddüde yer vermemesi için; çocukla ilgili bilgilerin, kişisel ilişki kuracak kişiye ait bilgilerin, çocukla görüşülecek tarih ve takvimin açıkça yazıya dökülmesi gereklidir.

Şayet milli hukuklarda; çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin taraflarca yapılan anlaşmalar için tasdik zorunluluğu yok ise, bu durumda sözleşme uygulama alanı bulacaktır.

c) Resmî şekilde düzenlenen kişisel ilişki kurulmasına ilişkin anlaşmalar

Türk hukuku bakımından, boşanmak üzere anlaşan çiftler, noterde boşanma protokolü yapabilirler. Bu protokolde çocukla kişisel ilişkinin ne şekilde ve sıklıkla kurulacağı düzenlenebilir. Ancak söz konusu protokolün taraflar bakımından bağlayıcı olabilmesi için hâkim tarafından tasdik edilmesi gerekir. Hâkim, çocuğun menfaatini göz önünde bulundurarak, tarafların anlaşmasında gerekli gördüğü değişikliği yapabilir(TMK. md.166/3f).

d) Geçerli bir senet olarak tanzim edilen ve icra edilebilir nitelikteki kişisel ilişki kurulmasına ilişkin anlaşmalar

Bu tür senetlerin geçerliliği, düzenlendiği ülke hukukunun şekil şartlarına tabidir. Türk hukukunda, çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin eşlerin kendi aralarında yaptıkları anlaşmaların şeklen geçerli olabilmesi için aile mahkemesi hâkimince tasdik edilmeleri gerekir. Türk hukukunda, çocukla kişisel ilişki kurulmasına yönelik tüm talep, düzenleme ve değişiklikler hakkında, kural olarak çocuğun oturduğu yer mahkemesi yetkilidir[44].

KİKS kapsamına giren anlaşmalardan, çocuğun yüksek yararına aykırı olmayanların tasdik edilmesi gerektiği belirtilmiştir (md 8/2).

KİKS, yukarıda sayılan anlaşmaların dışında kalan kişisel ilişki kararlarını dikkate almamaktadır. Örneğin ana ve babanın karşılıklı anlaşma ile kendi aralarında yazılı olarak yaptıkları ancak adlî makamlarca tasdik edilmemiş olan anlaşmalar sözleşme uygulamasının dışında kalmaktadır.

Buna mukabil, aile arabuluculuğu[45] neticesinde verilen ve mahkemece tasdik edilen kararlar, KİKS kapsamındadır.

---

44 TMK. madde 326. Madde hükmüne göre, boşanmaya ve evlilik birliğinin korunmasına ilişkin yetki kuralları da dikkate alınabilecektir.

45 Bkz. Avrupa Konseyi, Bakanlar Komitesinin 21.01.1998 tarihli 98/1 sayılı Tavsiye Kararı.

XII. Kişisel İlişki Kararlarının Uygulanmasını Temin Amacıyla Alınacak Koruma Tedbirleri İle Sağlanacak Güvence ve Garantiler

Sözleşmenin 10. maddesi taraf devletler tarafından alınacak koruma tedbirlerini üç kategori altında sınıflandırmıştır. Birinci kategorideki koruma tedbirleri, kişisel ilişki kurma kararlarının âkit devletlerde uygulanırlığını temin amacına hizmet etmektedir. Bu kategorideki tedbirler, çocuk üzerinde velâyet sorumluluğuna sahip olan kişinin, kişisel ilişki kararının gereğini yerine getirmesini temin amacıyla alınan önlemlerdir. Şu halde söz konusu tedbirlerin gereğini velâyet sorumluluğuna sahip olan taraf yerine getirecektir.

Buna mukabil ikinci ve üçüncü kategorideki koruma tedbirlerinin öznesi ise, çocukla kişisel ilişki kurma hakkına sahip olan kişidir.

İkinci kategorideki koruma tedbirleri, kişisel ilişki süresinin sonunda çocuğun mutad olarak yaşadığı yere[46] dönmesine ilişkin alınacak güvenceleri düzenlemektedir. Son kategorideki koruma tedbiri ise, çocuğun kişisel ilişki süresinin tamamlanmasından sonra olası bir ihtimal olarak hukuka aykırı şekilde yer değişikliğini önlemek amacıyla alınacak önlemler hakkındadır.

Sözleşmenin 10. maddesi âkit devletlere, sözleşmenin yürürlüğe girmesinden itibaren üç ay içinde kişisel ilişki ve velâyete ilişkin kararların âkit devletlerde tanınması ve tenfizini öngören bir usulü tesis etme mükellefiyetini yüklemektedir. Bunun yanında her devlet, iç hukukunda hâlihazırda yürürlükte olan koruma tedbirlerinden ve garantilerden en az üç tanesini Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine bildirmekle yükümlüdür. Şu halde her âkit devlet en az üç çeşit koruma tedbir ve garantisi seçmek zorundadır[47]. Bu tedbirlerin sayısı âkit devletin tercihine bağlı olarak daha fazla da olabilir. Sözleşmede âkit devletçe alınacak koruma tedbirinin sayısı için üst sınır belirtilmemiştir. Koruma tedbirleri ile garantilerdeki bu çeşitlilik, KİKS taslağı hazırlanırken, kimi ülkelerin milli mevzuatlarında bazı tedbirlerin hiç-

---

46 KİKS, kişisel ilişki süresinin tamamlanmasından sonra çocuğun mutad olarak yaşadığı yere dönmesini amaçlamaktadır. Bu yer aynı zamanda çocuğun mutad meskenidir. Ancak sözleşme metnini kaleme alanlar mutad mesken yerine, "mutad olarak yaşanılan yer" ifadesini kullanmayı tercih etmişlerdir. Bkz. Explanatory Report / Convention on Contact Concerning Children, paragraf 104. KİKS. çocuğun yaşam merkezinin odaklandığı yere iadesini arzu ettiği için mutad mesken kavramını dikkate almıştır.

47 03.10.2011 tarihi itibariyle Arnavutluk, Hırvatistan, Çek Cumhuriyeti, Portekiz, Romanya ve Ukrayna Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine yetkili Merkezi Makamların adreslerini bildirmişler ancak iç hukuklarında yer alan koruma tedbiri ve garantilerden hangilerini seçtiklerini henüz belirtmemişlerdir.

bir şekilde düzenlenmemiş olmasından kaynaklanmaktadır[48]. Söz konusu tedbirler alınırken dikkat edilmesi gereken husus tedbirlerin ne derece etkili olacağıdır. İlgili tedbir ve garanti, istenmeyen fiilin veya hukuka aykırı olası eylemin gerçekleşmesini önleyecek nitelikte olması gerektiği gibi orantılı da olmalıdır.

A. Alınacak Koruma Tedbirleri ile Sağlanacak Güvence ve Garantilerin Kapsamı

Kişisel ilişki kurma kararlarının âkit devletlerde uygulanırlığını temin amacıyla sağlanacak güvenceler ve verilecek garantiler iki türlüdür.

Bunlardan ilki kişisel ilişki kararlarının icrasını temine yönelik alınacak tedbirler iken diğeri ise çocuğun kişisel ilişki sonrası iadesini temin etmeye yönelik veya haksız olarak yerinin değiştirilmesinin önlenmesi için verilecek güvence ve teminatlar hakkındadır.

Çocukla kişisel ilişkinin temini için alınacak koruma tedbirleri ile verilecek garantilerin yazılı olması gerekir. Ayrıca söz konusu tedbirlerin alınıp alınmadığı veya garantilerin verilip verilmediği iddiası yazılı olarak ispat edilmelidir. Garanti ve tedbirler, mahkeme kararında yer alabileceği gibi, mahkeme kararından bağımsız olarak ayrı bir karar ile de düzenlenebilir[49].

Çocukla kişisel ilişkinin tesisi için öngörülen tedbir ve garantiler, kişisel ilişki kararının veya tasdik edilen anlaşmanın ayrılmaz bir parçası olarak kabul edilmektedir.

B. Kişisel İlişki Kararlarının İcrasını Temine Yönelik Alınacak Tedbirler (md.10/2/a)

Kişisel ilişki kararlarının icrasını temin etmeye yönelik tedbirler madde 10/2/a'da 4 bent olarak sayılmıştır.

Alınacak tedbirler,

a) Kişisel ilişkinin gözetim altında tutulması şeklinde olabilir.

Türk hukukunda çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamların icrasında icra müdürünün yanında uzman bulundurma zorunluluğu vardır. Uzman kişi, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu[50] tarafından görevlendirilen sosyal çalışmacı, pedagog, psikolog veya bir eğitimci olabilir. Çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamların

---

48 Explanatory Report / Convention on Contact Concerning Children, paragraf 68.

49 Explanatory Report / Convention on Contact Concerning Children, paragraf 89.

50 Kurum, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığına bağlı olarak hizmet vermektedir.

icrasında uzman kişinin bulundurulmasının sebebi Çocuk Hakları Sözleşmesinin 9. maddesinden kaynaklanmaktadır. Çocuğun, psikolojik yönden rahatsız edici unsurlardan etkilenmemesinin önüne geçebilmek için kişisel ilişki ilâmlarının icrasında uzman kişiden yararlanılmaktadır.

b) Çocuğun ve de gerektiğinde refakatçisinin seyahat ve konaklama[51] giderlerinin bir kişi tarafından karşılanması ve bununla yükümlü tutulması şeklinde olabilir.

Gerek çocuğu gerekse refakatçinin konaklama masraflarının mutlak surette, çocukla kişisel ilişki kuracak kişi tarafından ödenmesi zorunlu değildir. Bu masraflar herhangi bir kişi tarafından ödenebilir. Sınırötesi kişisel ilişkinin tesisi için çocuğa refakatçinin eşlik etmesinin gerekip gerekmediği tespit edilirken çocuğun yaşı dikkate alınmalıdır. Çocuğun yaşı çok küçük veya daha önce hiç bulunmadığı bir âkit devlette ilk kez kişisel ilişkide bulunacak ise refakatçi zorunluluğu öngörülebilir. Kanaatimizce onyedi yaşındaki bir çocuğun diğer âkit devlete yapacağı seyahati için refakatçi gerekmemelidir.

c) Çocuğun mutad olarak yanında yaşadığı kişinin, kişisel ilişki kararının gereğini yerine getirmeme ihtimaline karşılık olarak teminat yatırmakla mükellef tutulması şeklinde olabilir. Buradaki teminat maddi veya ayni nitelikte olabilir.

d) Çocuğun mutad olarak yanında yaşadığı kişinin, kişisel ilişki kararının gereğini yerine getirmeyi reddetmesi ihtimaline karşılık olarak idarî para cezası ödemekle mükellef tutulması şeklinde olabilir.

Âkit devletin iç hukukuna göre yetkili olan makam idarî para cezasına hükmedecektir. Cezaya hükmedecek olan makam, idare mahkemesi, ceza mahkemesi veya hukuk mahkemesi olabilir.

C. Çocuğun Kişisel İlişki Sonrası İadesini Temin Etmeye Yönelik veya Haksız Olarak Yerinin Değiştirilmesini Önlemek Amacıyla Verilecek Güvence ve Teminatlar (md.10/2/b)

Çocuğun yerinin değiştirilmesini önlemek amacıyla verilecek güvence ve teminatlar 10. maddenin 2/b fıkrasında yedi bent olarak sayılmıştır.

Verilecek güvence ve teminatlar,

a) Pasaport veya kimlik belgelerinin yetili konsolosluk makamına kişisel ilişki süresince teslimi şeklinde olabilir.

---

51 Sözleşmenin Türkçe metninde ikamet giderleri olarak tercüme edilmiştir.

Schengen vize anlaşmasına taraf olan âkit devletler için söz konusu tedbir daha az etkili olacaktır[52].

b) Çocuğuyla kişisel ilişki kuracak kişinin malî teminat vermesi şeklinde olabilir.

Malî teminatın, çocukla kişisel ilişki kuracak kişinin mutad meskeninin bulunduğu âkit devletteki yaşam standardına uygun olarak takdir edilmesi gerekir[53]. Kişinin mali gücü, teminat miktarının tayininde esas olmalıdır.

c) Çocuğuyla kişisel ilişki kuracak kişinin malları üzerinde aynî teminat konması şeklinde olabilir.

Kişinin malları üzerindeki aynî teminat menkul mallar veya gayrimenkuller üzerinde olabilir. Söz konusu teminat kapsamında, çocukla kişisel ilişki kuracak kişinin sahip olduğu gayrimenkullerine tedbir konulabilir, banka hesabı geçici olarak bloke edilebilir veya hisse senetleri rehnedilebilir[54]. Türk hukukunda ipotek ve taşınmaz rehini, kişisel alacağın teminat altına alınmasına hizmet eder[55]. Oysa aile hukukundan doğan kişisel hakların tesisi için menkul ve gayrimenkullerin aynî teminata konu edilmesi Türk hukuku bakımından KİKS ile getirilecek olan bir yeniliktir.

d) Çocuğuyla kişisel ilişki kuracak kişinin, mahkeme tarafından talep edilen yükümlülüğü yerine getirmesi veya taahhütte bulunması şeklinde olabilir.

Söz konusu taahhütlere aykırı davranmak mahkeme kararının gereğini yerine getirmemek olarak değerlendirileceğinden, bu durum para cezasına, hapis cezasına, cezai yaptırıma veya mallar üzerinde ihtiyati haciz konmasına sebebiyet verebilir[56]. Türk hukukunda çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmların icrası İcra ve İflas Kanunun 25/a maddesinde düzenlenmiştir.

e) Kişisel ilişki kuracak kişiye, çocuğuyla birlikte, ilişkinin kurulacağı yerdeki polis karakoluna veya gençlik sosyal hizmet kurumu gibi yetkili bir makama düzenli olarak görünme zorunluluğu getirilmesi şeklinde olabilir.

---

52 Explanatory Report / Convention on Contact Concerning Children, paragraf 81.

53 Explanatory Report / Convention on Contact Concerning Children, paragraf 82.

54 Explanatory Report / Convention on Contact Concerning Children, paragraf 83.

55 Oğuzman Kemal/Seliçi Özer, Eşya Hukuku, İstanbul, 2002, s.659 ve 660.

56 Explanatory Report / Convention on Contact Concerning Children, paragraf 84 ilk bend.

Şayet düzenli olarak görünme zorunluluğu yerine getirilmez ise, emniyet makamları en seri şekilde çocuğun yerinin bulunması için girişimlere başlayacaktır. Belli aralıklarla görünme zorunluluğu, kişisel ilişkinin tesisi için öngörülen süreyi ortadan kaldıracak biçimde düzenlenmemelidir. Söz gelimi çocuğun iki saatte bir, polis karakoluna görünmesinin kararlaştırılması kişisel ilişki süresinin verimli geçmesine engel olabilir. Çocuğun, belli sürelerle gençlik sosyal hizmet kurumuna görünmesinin kararlaştırıldığı hallerde, hizmet kurumunun niteliği önem az etmektedir. Bu kurumun misyonerlik faaliyeti yapan dini bir kurum olmamasına özen gösterilmelidir.

f) Çocuğuyla kişisel ilişki kuracak kişinin, kişisel ilişki tesisinden önce veya kişisel ilişki kararı verilmesinden önce, velâyet kararının veya kişisel ilişki kararının kişisel ilişkinin kurulacağı âkit devlette tanınıp, tenfiz edileceğine dair âkit devlet makamlarından sadır bir belgenin ibrazı şeklinde olabilir.

Kişisel ilişki sonrası çocuğun hukuka aykırı olarak yerinin değiştirilmesinin önüne geçebilmek için, kişisel ilişkinin gerçekleştirileceği devlete çocuk gönderilmezden evvel velâyet kararının tenfiz edilmesine hükmedilmesi önemli bir güvence olacaktır[57].[58]

g) Herhangi bir ulusal ve uluslararası bilgi sistemine çocuğun kişisel ilişkinin kurulacağı âkit devletten ayrılmasını önlemeye yönelik bir yasağın kaydedilmesi şeklinde olabilir.

Şayet kişisel ilişki sonrasında çocuğun yerinin değiştirileceği endişesi varsa, kişisel ilişki süresinin tamamlanmasından sonra, çocuğun bu âkit devletten yurtdışına çıkışına yasak getirilebilinir.

Yukarıda sayılan söz konusu tedbirler, şartlara bağlı olarak kişisel ilişkinin tesisinden önce, sonra veya ilişkinin kurulduğu sırada değiştirilebilecek tedbirlerdir.[59].

XIII. KİKS Kapsamında Kişisel İlişki Kararlarının Tanınması ve Tenfizi

KİKS, çocukla kişisel ilişki kurma hakkının kurulmasına ilişkin verilmiş kararların diğer âkit devletlerde tenfiz edilebilmesi için usulî bir sisteminin tesis edilmesini mecbur tuttuğu gibi aynı zamanda muhatap devlette henüz

---

57 Lowe Nigel/ Everall Mark/ Nicholls Micheal, International Movement of Children, Family Law, Bristol, 2004,s.605.

58 Explanatory Report / Convention on Contact Concerning Children, paragraf 87.

59 Explanatory Report / Convention on Contact Concerning Children, paragraf 75.

kişisel ilişki tesis edilmezden evvel, diğer âkit devletler tarafından verilen kişisel ilişki kararlarının tenfiz edileceğini bildiren bir usulün de öngörülmesini şart koşmuştur. Âkit devlet mahkemelerinden sadır kişisel ilişki kararlarının muhatap devlette icra edilmezden evvel tenfiz edilmesini öngören bir usulün varlığı, kişisel ilişki sonrası çocuğun âkit devlete iadesi için önemli bir teminat niteliğindedir[60]. Nitekim kişisel ilişki kararının diğer âkit devlette icra edilmesinden önce; o yer devletinde velâyet kararının tenfizinin mümkün olduğu hallerde, çocuğun iadesinde sorun yaşanmayacaktır.

KİKS âkit devletler için öngördüğü tenfiz usulünün tesisini velâyet kararları için de aramıştır (madde 14).

KİKS'in öngördüğü amacın gerçekleşebilmesi için âkit devlet hukuklarında genel nitelikteki tanıma tenfiz şartlarından bağımsız bir usulün tesis edilmesi gerekir. Sadece âkit devletler arasında geçerli olacak olan ve kişisel ilişki kararları ile velâyet kararlarının tanınması ve/veya tenfizine[61] yönelik özel nitelikte hükümler içeren bir usulün oluşturulması KİKS'in yüklediği bir sorumluluktur.

Genel nitelikteki tanıma/tenfiz şartlarından farklı olarak KİKS'in amacına hizmet etmek amacıyla oluşturulacak özel tanıma ve tenfiz usulünün nitelik olarak Hızlı, Ucuz ve Basitleştirilmiş olması gerekir.

Şu halde Türk hukuku bakımından KİKS yürürlüğe girdiği vakit, sözleşmeye taraf devletlerden sadır yabancı kişisel ilişki kararlarının tenfizi; 5718 sayılı MÖHUK'un 50. ve 54. madde hükümlerinde öngörülenlerden daha kolay bir usule göre tenfiz edilmesi gerekir.

KİKS âkit devlet makamlarından sadır kişisel ilişki ve velâyet kararlarının diğer âkit devlette tanınması ve tenfizi için bir usulün varlığını şart tutmuş ancak kişisel ilişki kararlarının tanınması ve tenfizi için maddî şartları düzenlememiştir. KİKS, kişisel ilişki kararlarının âkit devletlerde tanınması ve tenfizi için yeknesak bir usul prosedürünün tesisini amaçlamış ancak akit devletler için yeknesak maddî kuralları tanzim etmeye yanaşmamıştır. Kanaatimizce bunun sebebi, KİKS'e taraf olacak devletlerin sayısının arttırılmak istenmesinden kaynaklanmaktadır.

Ancak ilginç olarak kişisel ilişki kararlarının tanınması ve tenfizi için âkit devletlerin kanunlarında mütekabiliyet şartının aranabileceği ihtimalini dikkate alarak 14. maddenin 2. fıkra hükmünü düzenlemiştir. Madde

---

60 Bkz. Transfrontier Contact Concerning Children, General Principles and a Guide to Good Practice, Family Law, 2008, Bristol, s.13.

61 Türk Milletlerarası Özel Hukuku bakımından, çocukla kişisel ilişki kararları ile velâyet kararları nitelikleri itibariyle icraî nitelik taşıdığından tenfize konu olurlar.

hükmü gereğince, sadece kişisel ilişki kararlarıyla sınırlı olmak kaydıyla (velâyet kararları hariç) âkit devlet mahkemelerinden sadır yabancı kararların diğer bir âkit devlette tanınması ve tenfizi için aranan mütekabiliyet şartının KİKS'e taraf olunmakla yerine gelmiş sayılacağı kabul edilmiştir.

Şu halde KİKS'e taraf olan devlet mahkemelerinden sadır yabancı kişisel ilişki kararlarının tenfizi için artık MÖHUK'un 54. maddesinin (a) bendinde aranan mütekabiliyet şartı Türk mahkemeleri tarafından aranmayacaktKişisel ilişki kararlarının diğer bir âkit devlette tanınması ve tenfiziyle ilgili olarak KİKS'in öngördüğü diğer bir kolaylık ise revizyon yasağına[62] ilişkindir. KİKS'e göre âkit devlet makamlarından verilen kişisel ilişki kurma kararları hiçbir koşulda esastan incelenemez[63].

KİKS'le getirilen başka bir kolaylık da kişisel ilişki kararlarının kurulmasını kolaylaştırmak için yabancı ilâma ek olarak, kişisel ilişkinin kurulacağı devletin adlî makamlarının yeni (veya ilave) koruma tedbirleri ve garantileri şart koşabilmesidir. Şu halde yabancı ilâmda kişisel ilişkinin tesisi için herhangi bir tedbir öngörülmemiş dahi olsa, âkit devlet mahkemesi, ilişkinin kurulmasını kolaylaştırmak için kararın tenfizinin yanı sıra her türlü koruma tedbirini ve garantiyi talep edebilecek veya kararda yer alan koruma tedbirlerini kendi mevzuatında olanlara uyarlayabilecektir. Âkit devlet mahkemesinden sadır bir kişisel ilişki kararının içeriği tenfiz yargılamasında esastan incelenemeyecek olmakla birlikte bunun tek istisnasını ilave alınacak tedbirler oluşturmaktadır[64]. Çocukla kişisel ilişkinin gerçekleştirileceği âkit devlet, bu ilişkinin kolaylıkla icra edilebilmesi için ilave veya yeni tedbirler alabilecektir. Alacağı tedbirlerin mahiyetini belirlerken, mevcut kişisel ilişki kararının içeriğini dikkate almalıdır. Kararın mahiyeti, alınacak tedbirin amaca uygunluğu ile orantılılığını belirleyecektir. Söz gelimi çocuğun yaşı alınacak tedbirin niteliğinde farklılık yaratabilecektir.

Alınacak tedbirlerde farklılık, çoğu zaman şartların değişmesinden ileri gelebilir. Şartların değişmesi; çocuğun yaşadığı şehrin değişmesinden veya tedavi görecek olmasından kaynaklanabileceği gibi, kişisel ilişki kurmayı talep eden kişinin öznel durumundan da kaynaklanabilir. Çocukla kişisel

---

62 Bkz. Nomer/Şanlı, Nomer Devletler Hususi Hukuku, 14. Bası, İstanbul, 2008, s.439. Mülga 2675 sayılı MÖHUK madde 38/e de yer alan istisna için bkz. Nomer, 14.Bası, s. 454. Eleştirisi için Erdem Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 38.Madde (E) Bendinin İncelenmesi ve Bu Bendin Yarattığı Sorunlar, Mahmut R. Belik'e Armağan, İ.Ü. Basımevi, Yayın No, 3719, İstanbul, s.119. Ayrıca Bkz. Yargıtay 2. HD.'nin 04.11.2004 tarihli ve E. 2004/10683 K. 2004/13120 sayılı Kararı. İstanbul Barosu Dergisi, Yıl 2007, Sayı 2, Cilt 81, s.708-709.

63 KİKS. madde 15.

64 Explanatory Report / Convention on Contact Concerning Children, paragraf 114.

ilişki kuracak kişinin, bulunduğu âkit devlette hapsedilmesi, sonradan alkol veya uyuşturucu bağımlısı olması, ağır bir hastalığa tutulması alınacak tedbirlerde değişiklik yapılmasını zorunlu kılacaktır.

Çocuğun veya kişisel ilişki kuracak kişinin hayatında sonradan meydana gelen bu türden esaslı değişiklikler kişisel ilişkinin tamamen ortadan kalkmasına gerekçe oluşturmamalıdır. Çocukla kişisel ilişkinin tümüyle kesilmesindense değişen koşullara uygun olarak başkaca yeni tedbirlerin alınması veya mevcut tedbirlerde revizyona gidilmesi gerekir. Bu yöndeki değişiklikler çocuğun psikolojisi için de yararlı olacaktır[65].

Âkit devletlerin hukuk sistemlerindeki farklılığa bağlı olarak kişisel ilişki kararlarının yerine getirilmesini temin için alınacak tedbir türleri ile mekanizmalar da değişiklik gösterebilir. Âkit devletten sadır kişisel ilişki kararında öngörülen bir tedbirin, diğer âkit devlette karşılığı yok ise KİKS gereğince o tedbir, çocukla kişisel ilişkinin gerçekleştirileceği devletin iç hukukunda yer alan başka bir tedbire dönüştürülebilir, değiştirilebilir veya uyarlanabilir. Âkit devletler kişisel ilişkinin gerçekleştirilmesine yönelik koruma tedbirlerine ve garantiye hükmederlerken diğer âkit devlette uygulanabilir olma ihtimallerini de göz önüne almak zorundadırlar. Nitekim KİKS'in 10. maddesinin 4. fıkra hükmü gereğince adlî makamlar, başka bir âkit devlette uygulanacak koruma tedbirleri ile garantilere hükmederlerken, söz konusu tedbir ve garantilerin diğer taraf devlette uygulanabilir türden tedbirler olmalarına gayret göstermekle yükümlüdürler[66]. Âkit devlette tedbirlerin alınması için merkezi makam aracılığıyla yapılan başvurular kural olarak masraftan muaftır. Âkit devlet merkezi makamları istisnai olarak sadece çocuğun geri dönme masrafları için talepte bulunabilirler[67]. Masraftan muafiyet sadece merkezi makamların gerçekleştirdiği işlemler için geçerlidir. Mahkeme masrafları ile avukatlık ücretleri madde hükmünün kapsamı dışındadır[68].

XIV. Kişisel İlişkinin Gerçekleşmesinden Sonra Çocuğun İadesi

Sınır ötesi kişisel ilişki kurulması amacıyla çocuğun âkit devlete götürülmesi sonrasında yaşanabilecek olası bir tehlike çocuğun âkit devlete iade edilmemesidir. İşte bu olası tehlikenin önüne geçebilmek amacıyla 16. madde hükmü düzenlenmiştir. Madde hükmüne göre, sınır ötesi kişisel ilişki süresi-

---

65 Explanatory Report / Convention on Contact Concerning Children, paragraf 115.

66 Explanatory Report / Convention on Contact Concerning Children, paragraf 90.

67 KİKS madde 17. Davanın niteliği başvuruda bulunan tarafın adlî yardımdan istifade etmesini zorunlu kılıyor ise (AİHS md.6/adil yargılanma ilkesi), yapılan masrafların talep edilip edilemeyeceği âkit devletin iç hukuk düzenlemesine tabidir.

68 Explanatory Report / Convention on Contact Concerning Children, paragraf 123.

nin sonunda çocuk iade edilmez ise, ilgilinin talebi üzerine, yetkili makamlar uluslararası sözleşmelerden ve iç hukuktan doğan yetkilerini kullanarak gerekli tedbirleri almak ve çocuğun iadesini sağlamakla yükümlü tutulmuşlardır. Şayet çocuğun iadesi için bir karar vermek gerekecek ise, mümkün mertebe bu kararın iade başvurusunun yapıldığı tarihten itibaren altı hafta içinde verilmesi gerekir[69].

XV. Merkezi Makamların Fonksiyonları

Merkezi makamların görevleri KİKS'in 12. maddesinde düzenlenmiştir. Merkezi makamların esas gayesi gerek adlî makamlar gerekse yetkili makamlar arasındaki işbirliğini arttırmaktır. Bunun yanında KİKS'in âkit devletlerarasındaki uygulanırlığını daha etkili kılmak için merkezi makamlara ek bir görev verilmiştir. Merkezi makamlar, sözleşmenin uygulanmasından doğabilecek her tür güçlük hakkında birbirlerini haberdar edip, mümkün olduğu ölçüde bu engelleri ortadan kaldırmaya gayret edeceklerdir.

Merkezi makamlar, ilave olarak alınacak tedbirler hakkında diğer merkezi makamları bilgilendireceklerdir. Keza mevzuat ve hizmetlerde herhangi bir değişiklik olursa, söz konusu değişiklikler hakkında diğer âkit devletlere bilgi sağlayacaklardır.

Çocuğun yerini bulmak için gerekli bütün önlemlerin alınması ile görülmekte olan davalarla ilgi bilgi ve belgelerin iletilmesi de merkezi makamların diğer bir görevidir.

Kişisel ilişkinin tesisi için çocuğun yerinin bulunması şarttır. Merkezi makamlar çocuğun nerede olduğunu bulabilmek için gerekli olan tüm önlemleri almakla yükümlüdürler.

KİKS'in öngördüğü merkezi makamlar, gerek 1980 tarihli[70] gerekse 1996 tarihli La Haye sözleşmelerinde yer verilen merkezi makamları tamamlamaktadır[71]. Bu nedenle âkit devletler bakımından her bir sözleşme için ayrı merkezi makamlar ihdas etmektense, tek bir merkezi makamı farklı sözleşmeler için yetkilendirmek daha avantajlı olacaktır. Özellikle farklı sözleşme hükümlerine dayanılarak çocuğun iadesi talep edildiği vakit, taleplerin tek bir merkezi makamdan yürütülmesi işlemleri kanaatimizce hızlandıracaktır.

---

69 KİKS madde 16/2f.

70 İlgili sözleşme bakımından Merkezi Makam, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğüdür.

71 Lowe Nigel/ Everall Mark/ Nicholls Micheal, International Movement of Children, Family Law, Bristol, 2004, s.601.

Sonuç

KİKS çocuğun sınırötesi kişisel ilişki kurabilme hakkını düzenleyen bir adlî yardım sözleşmesidir. KiKS aynı zamanda kişisel ilişki kurma süresi sona eren çocuğun diğer âkit devlete geri dönüşünü de temin etmeyi hedefleyen bir milletlerarası sözleşmedir.

Sözleşme, çocukla kurulacak kişisel ilişkinin düzenli ve sürekli olmasını amaçlamaktadır. KİKS kapsamında on sekiz yaşından küçük olan çocuğun salt ana veya babası ile değil aynı zamanda ailevi bağlarının bulunduğu kişilerle de kişisel ilişki kurabilme hakkı bulunmaktadır.

Kişisel ilişki ve velâyete ilişkin kararların diğer âkit devletlerde tanınması ve tenfizi KİKS'de kısmen düzenlenmiştir. Esas olarak maddi hükümleri düzenlemeyip, âkit devlet mevzuatlarında tanıma ve tenfize olanak sağlayan bir usulün öngörülmesini hedeflemiştir. Bu amacı gerçekleştirebilmek için KİKS, âkit devletlere kişisel ilişki kararları ile velâyet kararlarının tanınması ve/veya tenfizine yönelik özel nitelikte hükümler içeren bir usulün oluşturulmasını şart koşmaktadır. Yeni ve özel olarak düzenlenecek olan tanıma/tenfiz şartlarının nitelik gereği basitleştirilmiş, hızlı ve ucuz olması gerekir.

Çocukla, kişisel ilişki kurulmasına uygulanacak hukuk hakkında KİKS, herhangi bir kanunlar ihtilâfı kuralı sevk etmemiştir. Kişisel ilişki kararlarına uygulanacak hukuk, her bir âkit devletin Lex Fori'sine bırakılmıştır.

KİKS'in üç temel amacı vardır. Birinci amacı kişisel ilişki kurulmasına ilişkin kararlara uygulanacak olan genel ilkeleri saptamaktır. İkinci amacı, çocukla kurulan kişisel ilişkinin düzgün şekilde yürütülmesini temin etmek ve bu amacı gerçekleştirmeye yönelik olan uygun koruma tedbirlerini ve garantilerini oluşturmaktır. KİKS'in gerçekleştirmeyi hedeflediği son amaç ise; merkezi makamlar, adlî makamlar ve ilgili diğer kurumlar arasında işbirliğini tesis etmektir.

Kişisel ilişkinin tesisi için KİKS herhangi bir sınırlama getirmemiştir. KİKS, çocukla kişisel ilişkinin kurulabilmesini temin için çok çeşitli tedbir mekanizmaları öngörmüştür. Nitekim kişisel ilişki kurmayı talep eden kişinin mallarının aynî teminat konusu yapılması yenilik arz eden garantilerden biridir. Aile hukukundan doğan kişisel ilişki kurma hakkının icrası için menkul ve gayrimenkullerin ayni teminat konusu yapılması Türk hukuku bakımından sözleşmenin getirdiği bir yeniliktir.

KİKS'e taraf olan devlet mahkemelerinden sadır yabancı kişisel ilişki kararlarının tenfizi için artık MÖHUK'un 54. maddesinin (a) bendinde aranan mütekabiliyet şartı Türk mahkemeleri tarafından aranmayacaktır. Zira

KİKS'in 14. maddesinin 2.fıkra hükmü, KİKS'e taraf olunmakla, mütekabiliyet şartının âkit devletler için var olduğunu açıkça kabul etmektedir.

KİKS'le getirilen önemli bir farklılık da; kişisel ilişki kararlarının icrasını kolaylaştırmak için yabancı ilâma ek olarak, kişisel ilişkinin kurulacağı devletin adlî makamlarının yeni koruma tedbiri ile garantileri alabilmesidir. Âkit devletten sadır kişisel ilişki kararında öngörülen bir tedbirin, diğer âkit devlette karşılığı yok ise KİKS gereğince o tedbir, çocukla kişisel ilişkinin gerçekleştirileceği devletin iç hukukunda yer alan başka bir tedbire dönüştürülebilir, değiştirilebilir veya uyarlanabilir.

KİKS yürürlüğe girdiği 2003 yılından bugüne kadar beklenen katılım seviyesine ulaşamamıştır. Bunda Avrupa Birliğine üye devletlerin kendi aralarında geçerli olan 2201/2003sayılı Tüzüğünün de etkisi bulunmaktadır. Kanaatimizce çocukla kişisel ilişkinin sorunsuz şekilde gerçekleştirilmesi için malî teminatların yanında malvarlığının da aynî teminata konu edilmesi KİKS'e taraf olmak isteyen devletlerin benimsemekte ve uygulamakta zorlanacağı düzenlemelerdir. Aile hukukundan doğan çocukla kişisel ilişki kurma hakkın yerine getirilmesini temin için KİKS kapsamında malvarlığının aynî teminata konu edilmesi, Türk rehin hukukunda esaslı değişiklik getirecek olan yeni bir düzenleme olacaktır.

Roma Hukukunda Kadının Cezai Sorumluluğu

*Nurcan İPEK**

Romalıların özel hukuk[1] alanında ortaya koydukları kavram, kural, prensip ve kurumlar günümüze kadar intikal etmiş olup, önemlerini halen sürdürmektedir. Romalıların hukuk alanındaki faaliyetleri aslında sadece özel hukuka yönelik olmayıp, kamu hukukuyla[2] da ilgilidir. Ancak kamu hukuku alanında devlet, kendi hâkimiyetini devam ettirebilmek ve güçlü kılabilmek için gerekli hukuki düzenlemeleri gerçekleştirdiğinden, Romalı hukukçular bu alanda serbestçe hareket etme imkanından yoksun olmuşlar ve özel hukuk alanında olduğu kadar faaliyet gösterememişlerdir[3]. Özel hukuka ilişkin kuralların devlet tarafından konması veya devletin bir hukuki ilişkinin tarafını teşkil etmesi halinde konunun kamu hukuku kapsamında kalması da hukukçuların faaliyet alanını sınırlamıştır. Bir taraftan Roma dünyasında fertlerin (*singuli*) ve toplumun yararı (*communis utilitas*) arasında gerekli olan dengenin çoğu kere devlet güvenliğinin üstünlüğüyle (*salus rei publica*) devam ettirilme düşüncesi[4] diğer taraftan kamu hukuku-özel hukuk ayırımı[5] bakımından Romalıların kullandığı ölçünün günümüz anla-

---

* Yrd. Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 Fertlerin menfaatlerine ilişkin olan ve fertler arasındaki ilişkileri düzenleyen kurallar bütünü (*ius privatum*).

2 Roma devletinin idaresine ilişkin olan ve Roma toplumunun yaşayışını düzenlemeyi ön plana alan, fertlerin uymak zorunda olduğu emredici kurallar bütünü (*ius publicum*).

3 Erdoğmuş B.-Tahiroğlu B., Roma Hukuku Dersleri, İstanbul 2009, s.116.

4 Georgesco A.-V., Roma Hukuku ve Modern Dünya Düşüncesi, çev.Bülent Tahiroğlu, İÜHFM, C.XLII, S.1-4, ayrı bası, İstanbul 1977, s.5.

5 "Kıta Avrupası hukukçuları, kamu hukuku ile özel hukuk arasındaki sınırı, hukuk dünyasını iki parçaya bölen ekvatora benzetmektedir". *Ulpianus*'un tanımına göre devletin yararı ile ilgili normlar, kamu hukukuna, özel kişilerin yararına olan normlar ise özel hukuka aittir. Basedow J., Avrupa Özel Hukukunun Doğuşu, çev.Arzu Oğuz, AÜHFD, C.52, S.3, 2003, s.1-2.

D. 1. 1. 1. 2 Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. publicum ius in sacris, in

yışı ile bağdaşmaması[6] ve Romalılarda bu iki hukuk alanı arasındaki sınırın tespitindeki güçlük[7] hukukçuların faaliyet alanlarının belirlenmesinde etkili olmuştur. Nitekim *Corpus Iuris Civilis* kapsamında hem kamu hukukuna hem de özel hukuka ilişkin düzenlemeler yer almakla beraber, bunların çoğunluğu özel hukuka ilişkindir[8]. Roma hukukunun üzerinde en az çalışılmış ve en tartışmalı alanlarından biri de Romalı hukukçuların serbestçe hareket etme imkanına sahip olmadığı ceza hukukudur[9]. *Ius poenale (criminale)* terimi klasik hukukçulara bile yabancıdır[10]. Roma ceza hukuku Roma devletinin siyasi devirleri içerisinde, hukukun diğer dalları kadar gelişme göstermese de önemli kanunlar vasıtasıyla zamanla ortaya çıkmış ve kökleşmiştir. Roma'da gerçek anlamda ceza hukukunun yerleşmesi, ilk imparatorluk devrinin sonlarına doğru ceza hukukuna ilişkin yürürlüğe konan bazı kanunlarla[11] mümkün olmuştur[12].

---

sacerdotibus, in magistratibus constitit. Privatum ius tripertitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus: "Bu çalışmanın iki cephesi vardır: kamu hukuku ve özel hukuk. Kamu hukuku, Roma devletinin idaresine ilişkindir; özel hukuk ise, fertlerin yararına ilişkindir. Bazı hususlar kamuya yararlı iken, bazıları da fertlerin yararınadır. Kamu hukuku, kutsal seromonilere ve rahiplerle, magistra'ların gorevlerine yonelirken, Ozel hukuk tabii hukuk, kavimler hukuku ve vatandaslar hukuku kuralları olmak üzere üç kısımdan meydana gelmektedir". Ayrıca bkz.*I.1.1.4* (*Iustinianus Institutiones,* çev.Ziya Umur, İstanbul 1968, s.14-17).

6 Günümüzde bu ayırım daha kesin bir şekilde yapılmıştır. Özel hukukta şekil serbestisi ve tarafların özgür iradeleri önemliyken, kamu hukuku alanına sıkı şekil kontrolü hâkimdir. Ayrıca özel hukuk alanında şeffaflık ve aleniyet ilkesi kural değilken, bu ilke kamu hukuku alanında geçerli olan önemli bir ilkedir. Sancaktar O., Özelleştirmenin Kamu Hukuku-Özel Hukuk Ayırımına Etkileri ve Bu Bağlamda Güncel Özelleştirne Tartışmalarındaki Görüşler, DEÜHFD, C.8, S.1, 2006, s.243-248.

7 Roma hukukunda, kamu hukuku-özel hukuk ayırımının, sınırları zorlayan bir yönü bulunmaktadır. Günümüz hukukunda kamu hukuku kapsamında değerlendirilen bazı durumlar, Roma'da, özel hukuk içinde değerlendirilmiş; bir taraftan konu, kamu menfaatlerinin ihlâl edilmesi nedeniyle kamu düzeniyle ilişkilendirilmiş, diğer taraftan kişilerin menfaatlerinin de devlet tarafından güvence altına alınması gerektiği düşüncesinden hareket edilmiştir. Bu nedenle bazen kamu hukuku ile özel hukuk arasına kesin bir çizgi koymak imkansız olmuştur.

8 Küçük E., XII. Rönesansı ve "Yeniden Doğan" Roma'yı Günümüze Bağlayan Son Halka: Pandekt Hukuku, AÜHFD, C.56, S.4, 2007, s.119.

9 Tamer D., Augustus Çağında Cinsel Suçlar ve Lex Iulia De Adulteriis Coercendis, İstanbul 2007 (Cinsel Suçlar), s.121.

10 Wilinski A., Roma Ceza Hukuku ve Ceza Usul Hukukuna Bir Kuşbakışı, çev.Belgin Erdoğmuş, DÜHFD, Yıl 1983, S.1, s.329.

11 *Dictator Cornelius Sylla'*nın M.Ö. 82-79 yılları arasında çıkarttığı kanunlar ile *Iulius Caesar* ve *Iulius Octavius Augustus'un* zamanında çıkartılan kanunlar.

12 Okandan, Recai G.,Umumi Hukuk Tarhi Dersleri, İstanbul 1951, s.456-457.

Eski devirlerden beri Roma'da toplumsal düzeni bozan ve devlete zarar veren bazı fiiller bizzat devlet tarafından kovuşturulur ve cezalandırılırdı. Ancak *crimen* ya da *delictum publicum*[13] olarak adlandırılan bu fiillerin kapsamı oldukça dardı. Modern hukuklarda ceza hukuku kapsamında yer alan suçların pek çoğu Roma hukukunda özel hukuk kapsamında değerlendirilen haksız fiillerdi. Diğer bir ifadeyle bugün devlet tarafından takip edilen haksız fiillerin önemli bir kısmı, Roma hukukunda devletin değil zarar görenin takibine bırakılmıştı. Haksız fiil sonucunda zarar veren, zarar görene belli bir miktar parayı ödemeyi "ceza olarak" yüklenirdi. İlk imparatorluk devrinde başlayan ve son imparatorluk devrinde de devam eden değişiklik ve gelişmeler *crimen* ya da *delictum publicum* sayılan fiillerin artmasına ve sosyal hayatın ceza hukuku kurallarıyla donatılmasına neden olmuştur. Son imparatorluk devrinde, eskiden beri bilinmesine rağmen çok kesin olmayan, ancak gelişmiş Roma hukukunda belirgin hale gelen *crimina* ve *delicta*[14] ayırımı, daha kapsamlı değerlendirilmiştir. İmparatorluk devrinde delictum privatum'un yanında ortaya çıkan yeni suçlar imparatorluk emirnameleri, senatus kararları ve nihayet hukukçuların yorumlarıyla yaratılmış ve kovuşturulmaları şikayete bağlı tutulmuştur.Böylece önceleri şahsi dava şeklinde takip edilen birçok suç, şikayet üzerine devlet tarafından kovuşturulan suç halini almıştır[15]. Bonfante gibi bazı yazarlar bu durumu dikkate alarak, imparatorluk devrinde ceza hukukunun genel, özel ve fevkalade olmak üzere bir diğerinden farklı esaslara dayanan çeşitli türlerinden bahsetmişlerdir[16]. *Crimina-delicta* ayırımı özellikle yargılama açısından önem taşımaktadır. *Crimina'*nın özel hukuka giren haksız fiillerden (*delictum*) farkı,

---

13 *Delictum publicum (crimen*-çoğulu: *crimina):* Devletin güvenliğini doğrudan doğruya tehlikeye düşüren, kamu düzenini ihlal eden ve devlet tarafından kovuşturulan kamuyu ilgilendiren suç.

14 *Delictum* (çoğulu: *delicta*): Özel hukuk alanında haksız fiil işlemiş olan faile, belli bir miktar para cezası ödeme borcu yükleyen haksız fiil. Bugün devlet tarafından kovuşturulan pek çok suç, Roma hukukunda *delictum* olarak değerlendirilir ve devlet tarafından takip edilmeyen failin takibi bizzat fiilden zarar görene bırakılırdı. *Ius civile'*nin tanıdığı dört haksız fiil; hırsızlık (*furtum),* gasp (*rapina*), şahsa yönelik maddi ve manevi tecavüz *(iniuria),* başkasının malına haksız olarak verilen zarar (*damnum iniuria datum*)dır.

15 Dönmezer S.- Erman S., Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C.I, Giriş, Kaynaklar, Suç Genel Teorisi, Kanuni Unsur, Maddi Unsur, 13.Bası, İstanbul 1997, s.46-47.

16 Okandan Recai G., s.462.

praetor[17]'lardan alınan *formula*[18]'lara dayanan davalarla değil, suçlama yoluyla takip edilmeleridir[19]. Bu husus *Institutiones Iustiniani'*de belirtilmiştir.

I.4.18pr: Publica iudicia neque per actiones ordinantur nec omnino quicquam simile habent ceteris iudiciis, de quibus locuti sumus, magnaque diversitas est eorum et in instituendis et in exercendis.

"Kamu davaları *actio'*larla düzenlenmedikleri gibi, bahsettiğimiz diğer dava usulleriyle de hiç bir ortak tarafları yoktur; bu davalar, gerek açılmalarında gerekse karara varmada, diğerlerinden çok farklıdır".

Crimina sayısının zaman içerisinde çoğalması, devlet iktidarının güçlenmesiyle paralellik göstermiştir. Devletin artan iktidarı karşısında aile reisinin, ailenin üyeleri ve malvarlığı üzerindeki gücü azalmış, kişiler aile reisinin hakimiyetinden kurtularak kamu otoritesinin kontrolüne girmişlerdir[20]. Önceleri *ius civile* ve *ius publicum* tarafından sınırlandırılmamış olan aile reisinin hâkimiyeti zaman içinde değişime uğramış, eski mutlak halini[21] kademeli olarak kaybetmiş, *Iustinianus* devrinde adeta çocukları terbiye etme şekline dönüşmüştür.

Roma ailesinde *pater familias*'ın agnatik anlamda ailesine dahil bulunan erkek veya kız çocukları, *manus*[22] altındaki karısı, torunları, evlatlık

---

17 *Praetor:* Cumhuriyet devrinde ihdas olunan *magistra*lık. Devlet iktidarını fiilen kullanma yetkisine *(imperium)* sahip olan *praetor'*lardan şehir *praetor'u (praetor urbanus)* Roma vatandaşları arasındaki hukuki uyuşmazlıkları çözerken, yabancılar *praetor'*u *(praetor peregrinus)* yabancılar arasındaki hukuki uyuşmazlıkları çözerdi. Daha sonra sayıları artan *praetor'*lar, göreve geldiklerinde yayınladıkları beyanname *(edictum)* ile özel hukuk alanında geçerli olan önemli koruma usulleri getirerek *praetor* hukukunun *(ius honorarium)* doğmasına neden olmuşlar ve Roma hukukunun gelişimini sağlamışlardır.

18 *Formula: Praetor'*un nezareti altında, fiilen davacının yalnız başına veya kendisine yardım eden hukukçuyla beraber düzenleyerek davalıya kabul ettirilen ve hakime davayı hangi yolla halledeceğini bildiren yazılı belgedir. Umur Z., Roma Hukuku, Tarihi Giriş-Kaynaklar-Umumi Mefhumlar-Hakların Himayesi, İstanbul 1982, s.591(Roma Hukuku); Umur Z., Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul 1999(Ders Notları), s.253.

19 Suçlama yoluyla takibin istismarı Roma'da sık rastlanılan durumlardır. Bu nedenle yersiz, dayanaksız şikayetleri ve dolayısıyla davaları önlemek amacıyla yeni suç ve ceza türlerinin ortaya çıktığı bilinmektedir. Wilinski A., s.334.

20 Güven Tamer D., Roma Hukukunda Boni Mores Doktrini, Prof.Dr.M.Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s.925.

21 Bu hakimiyet önceleri *pater familias'*a yeni doğan çocuğu kabul etmeme hakkı (*ius exponendi),* her yaştaki çocuğu satma hakkı (*ius vendendi*) hatta öldürme hakkı (*ius vitae ac necis*) verecek kadar geniş ve mutlaktı.

22 *Manus:* Evlenmiş olan bir kadın üzerinde kocasının veya kocası hakimiyet altında ise, onun aile reisinin uyguladığı hakimiyettir. *Manus'*un hukuki niteliği hakkında bkz. Gönenç F.İ., Roma Hukukunda Kadın, İstanbul 2010, s.63-64.

alınan çocukları, meşrulaştırma suretiyle (nesebin tashihi) aileye girmiş olan *concubinatus*[23] çocukları üzerindeki otoritesi (*patria potestas*) ona bu kişiler üzerinde yaptırım uygulama gücü vermektedir. *Patria potestas* kapsamında Romalı aile reisi çocuklarına yaşamlarını vermiştir ve bunu geri alabilir[24]. Roma'da babanın aile evladı üzerinde teorik olarak sahip olduğu bu hak yaşam ve ölüm üzerindeki haktır (*ius vitae ac necis*). Böylelikle aile reisi, hakimiyeti altındaki kadınları, çocukları ve gözetimi altındaki kişileri yargılama yetkisine sahipti ve bunun temeli *ius vitae ac necis*'e dayanmakta idi[25]. Bu hakkın varlığıyla bağlantılı olarak Roma'da aile içi sorunlar önceleri aile mahkemelerinde çözülürdü. Hakimiyet altındaki (*alieni iuris*) erkek çocuk suç (*crimen*) işlediğinde hem *patria potestas*'a dayanarak aile reisi tarafından hem de devlet tarafından cezalandırılırdı[26]. Kadınlar ise işlemiş oldukları suçlardan dolayı aile reisine, babasına ya da eşine karşı sorumlu tutulurdu[27]. Bunun nedeni ise Roma ekonomisinin tarıma dayandığı, servet farklarından kaynaklanan güçlüklerle henüz karşılaşılmadığı dönemlerde kadına bağımsız ve imtiyazlı bir durum verilmemesidir. Özel hukuk alanında olduğu gibi[28] kadının aktif rol almasını kabul etmeyen Roma kamu hukuku, ceza hukuku alanında da kadınlar hakkında özel düzenlemelere yer vermemişti. Erkekler devlet tarafından cezalandırılırken, kadınlar ailenin özel yargılamasına tâbi tutulurlardı[29]. Bu durumda aile reisi, hakimiyeti altında bulundurduğu aile evlatlarından birisine veya *manus*'u altında bulundurduğu karısına ölüm cezasını veya işkence cezasını vermeden, konuyu aile meclisi (*consilium propinquorum*) ile tartışırdı[30]. Diğer bir anlatımla kadınlara kamu cezası uygulanmazdı. Bu önemli husus sadece babasının ya da kocasının hakimiyeti altında bulunan *alieni iuris* kadınlarda değil, aynı zamanda *sui iuris* olan ve

---

23 *Concubinatus* evli olmadıkları halde hür bir kadınla bir erkeğin devamlı olarak birlikte yaşamalarıdır. Bkz. İpek N., Concubinatus, YÜHFD, C.V, S.2, Yıl 2008, s.15-37.

24 Foucault M., Cinselliğin Tarihi, çev. Hülya Uğur Tanrıöver, İstanbul 2007, s.99.

25 Tamer D., Cinsel Suçlar, s.135.

26 Strachan –Davidson J. L., Problems Of The Roman Criminal Law, Littleton, Colorado 1991, s.29

27 Söğüt İ.S., Roma'nın Eski Hukuk Döneminde Kadın, Prof.Dr.Ali Güzel'e Armağan, C.2, İstanbul 2010, s.1495.

28 Roma hukukunda hak ehliyetine sahip olan kadınların fiil ehliyetleri kısıtlanmıştır. M.S. 3.yy.'a kadar hakimiyet ve *manus* altında olmayan bir kadın *sui iuris* olmasına rağmen vesayet altındadır. Vesayetin amacı kadının malvarlığının korunması idi.

29 Söğüt İ.S., s.1495-1496.

30 Umur Z., Roma Hukuku Lügatı,İstanbul 1975, s.41. Davidson, aile reisi tarafından çağrılan aile meclisinin sadece baba tarafından değil, anne tarafından katılan akrabalardan oluştuğunu düşünmektedir . Strachan –Davidson J. L., s.35, dn.1.

bununla beraber ölüm ya da hısımları (*propinqui*) veya kan akrabaları (*cognati*) tarafından sürgüne gönderilen kadınlar için de geçerli idi[31].

Roma'nın ilk kralı *Romulus*'un hüküm sürdüğü en eski devirlerden başlayarak kadının zinası ve şarap içmesi cezalandırılan suçlardandı. Kaynaklarda *Romulus*'un, zina sırasında yakalanan ve şarap içen kadınlar için ölüm cezası öngördüğü söylenir[32]. Roma ailesinin, devletin dini yapısının bir parçası olması ve ahlaki terminolojide Romalıların aile içindeki fertler üzerinde yargılama konusunda *pater familias'*a yetki tanıması sonucunda, yaradılışları gereği zayıf oldukları kabul edilen kadınların hukuk kurallarını ihlal etmesi halinde cezalandırılmaları ailelerine bırakılmıştı. Kadının şarap içmesi saflığının zedeleneceği ve zinaya yatkınlığına neden olacağı düşüncesiyle cezalandırılıyordu. Hatta İmparatorluk devrinde dahi şarap içme suç olarak kabul edilmişti[33].

Ailenin özel yargılamasına tâbi tutulan Romalı kadının devlet tarafından cezalandırılmasına önceleri istisnai durumlarda rastlanmıştır. Bunlardan ilki Vesta Bakireleri'nin diğeri ise kocalarını zehirlemeleri durumunda Romalı evli kadınların cezalandırılmalarıdır.

Vesta Bakireleri denen rahibeler, Roma *forum*'unun güneybatı köşesinde bulunan Vesta Tapınağı'ndaki devlet ocağının ateşine göz kulak olmakla görevliydiler. Vesta, Roma'nın koruyucu ilahlarından biriydi. Romalılar yüzyıllar boyunca devletin refahının, Vesta rahibelerinin kutsal ateşi titizlikle korumalarına bağlı olduğuna inandılar[34]. Devlet ocağının korunması düşüncesinin temelinde her evde yanan ve ailenin başında toplanarak birlikteliğin görüntülendiği hiç sönmeyen aile ocağı ateşi vardır. Roma dininin temelini oluşturan *Latium* köylü dininin aile kültünden gelişen devlet dininde, aile içindeki genel düzen, şehirde yaşamanın önem kazanması sonucunda devlet düzenine yansımış ve Roma devlet ocağı bir tapınak ve ev tanrıları da bu ocağın koruyucu tanrıları haline gelmiştir, ev içi ile sınırlı ibadet ise devletin ibadet ve dini törenleri olarak resmileşmiştir[35]. Aile ocağının ateşinin sönmemesini sağlayan evin genç kızları iken[36] devlet ocağı ateşinin koruyucusu Vesta Rahibeleri idi[37]. Soylu Romalı ailelerden belirlenen adaylar arasından

---

31 Strachan –Davidson J. L., s.32.

32 Bauman R. A., Crime and Punishment in Ancient Rome, New York 1996, s.9.

33 Gönenç F.İ., s.149.

34 Tannahill R., Tarihte Cinsellik, çev. Sinem Gül, Ankara 2003, s.101.

35 Dürüşken Ç., Antik Çağ'da Yaşamın ve Ölümün Bilinmezine Yolculuk, Roma'nın Gizem Dinleri, İstanbul 2000, s.23.

36 Dürüşken Ç., s.21.

37 Paribeni R., Roma Hukukunda Aile Kurumu, İÜHFM, Yıl I, İstanbul 1935, s.84.

kurayla on ya da daha küçük yaştayken yalnızca altı Vesta Bakiresi seçilirdi. *Aulus Gellius, Noctes Atticus* adlı eserinde otuz yıl boyunca kendilerini dini erdemliğe adayan Vesta Bakirelerinin ilk on yılı dini usul ve kuralların öğrenilmesi, ikinci on yılı bunların uygulanması ve üçüncü on yılı diğerlerine öğretilmesi ile geçirdiklerini belirtmektedir[38]. *Augustus* devrinde pek çok Roma vatandaşının boşalan rahibelikler için kızlarının adının aday listesine alınmaması için uğraş verdikleri ifade edilmektedir[39]. Hizmet gördükleri süre boyunca bakire kalmaları gereken rahibeler iffetlilik (*pudicita*) yemini ederlerdi[40]. Diğer Romalı kadınlardan farklı olarak önemli ve istisnai ayrıcalıklardan yararlanan Vesta Rahibeleri mülkiyet hakkına sahip olma yanında vasinin *auctoritas*'ı[41] olmadan tasarrufta bulunabilirlerdi[42]. Ayrıca yemin etmeleri beklenmeksizin mahkemede şahit de olabilirlerdi[43]. Vesta Rahibesi devlet ocağında bir kızın görevini göreceği için daha önceden hakimiyet altında bulunduğu aile reisi tarafından *pontifex maximus*[44]'un ellerine teslim edilirdi. *Pontifex maximus*, kız üzerinde *pater familias* ve aile meclisiyle aynı yetkiye sahip olurdu. Diğer bir anlatımla bakire kız daha önce hakimiyeti altında bulunduğu aileden onu alan krala[45] ya da *pontifex maximus*'a karşı hukuki olarak kızı ilişkisiyle bağlanırdı. Ancak baş rahibin gücü, aile reisininkine eş değer değildi. *Pontifex maximus*'un hakimiyeti altında bulunan Vesta Rahibesi görevlerini yapmayı ihmal ederse[46] *pontifex maximus*'un cezalandırma yetkisi vardı. Bu yetki kapsamında *pontifex maximus,* Vesta

---

38 Shelton Jo-Ann, As the Romans Did – A Sourcebook in Roman Social History, Oxford 1998, s.386.

39 Tannahill R., s.102.

40 *Pudicita,* mutlak bir cinsel perhiz yemini olmayıp, daha çok, tek bir erkeğe sadık kalınması, davranışlarında ve giyiminde ağırbaşlı olunması yönündeydi. Scheid J., "Romalı Kadınların Dinsel Rolleri", Kadınların Tarihi, Ana Tanrıçalardan Hıristiyan Azizelere, C.I, çev. Ahmet Fethi, İstanbul 2005, s.381.

41 *Auctoritas* vesayet altında bulunan kişinin yapmak istediği bir hukuki muamele sırasında vasinin hazır bulunarak onun fiil ehliyetindeki eksikliği tamamlamasıdır. Aksi halde vesayet altında bulunan kişinin yaptığı muamele geçerli olmazdı.

42 Strachan J. -Davidson L., s.31.

43 Söğüt İ.S., s.1503.

44 *Pontifex maximus:* Roma'nın din kurumu olan *pontifex*'liğin (rahipliğin) başıdır. Devlet dininin bütün gereklerini, kurallarınca yerine getirmekten sorumludur. Cumhuriyet devrinde forum'daki bir sarayda, sosyal açıdan ayrıcalıklı bir yaşam süren *pontifex maximus*, hayatı boyunca görevde kalırdı.

45 Krallık devrinde (M.Ö.753-510) Roma devletinin başında olan kral aynı zamanda dini reis (*pontifex maximus*) idi.Umur Z., Roma Hukuku Ders Notları, s.9-10.

46 Kutsal ateşin sönmesine izin vermek ve iffetsizlik görevin ihmal edilmesi sonucunu doğurmaktadır. Bir Vesta Bakiresinin ahlakı ulusal önem taşıdığından bekaretini vermesi halinde verilecek ceza bir yatak, bir lamba ve bir kaç günlük yiyecekle yeraltında küçük bir odaya kapatılarak yavaş yavaş ölmeye terk edilmekti.

Rahibesi'nin ölüm veya kırbaçlama gibi sert bir bedensel cezaya mahkum edilmesini emrederdi[47]. Bu durumda Vesta Rahibesi'nin *provocatio*[48] hakkına başvurmasına izin verilmezdi[49]. *Mommsen* Vesta Bakiresi'nin *pontifex maximus* tarafından cezalandırılmasının bir *patria potestas* durumu olduğunu iddia etse de bu yerinde bir iddia değildir. *Davidson'un* da belirttiği gibi *pontifex maximus*'un otoritesi, devletin gücüne rakip olmayıp[50] bizzat devletin gücüdür.

Kadınların devlet mahkemeleri önünde yargılanması bakımından önem taşıyan diğer bir örnek Romalı evli kadınların kocalarını zehirlemekle suçlanmalarıdır. *Augustus* devrine gelinceye kadar birkaç zehirleme iddiasından söz edilmiştir. Bunlardan ilk büyük zehirleme davası M.Ö.331 yılında Roma'da görülmüştür. *Titius Livius*, *Ab Urbe Condita* (Şehrin Kuruluşundan İtibaren) adlı eserinde bu olayı ayrıntısıyla anlatmış ve "o güne kadar Roma'da zehirlenme ile ilgili bir mahkeme olmadığını" belirtmiştir[51]. Bu nedenle *Titius Livius*'un aktardığı bu olay kadınların kamu yargısına tâbi tutulması ve cezalandırılmaları bakımından oldukça önemlidir[52]. M.Ö. 180 ve 154 yıllarında da kocalarını zehirlemekten suçlu bulunan kadınlardan bahsedilmektedir[53]. Soylu kadınlar arasında yaygın olduğu ifade edilen zehirlemeler Cumhuriyet devrinde özellikle kocaların başlattıklar boşanmalar sonucunda gerçekleşmiştir. Kaynaklarda ayrıca zehirlemelerin nedeni olarak korku ve servet edinme çabası da gösterilmektedir[54]. Sebebi ne olursa olsun kocalarını zehirleyen kadınlar ailelerinin takibi yerine devletin kovuşturmasına tabi tutularak cezalandırılmışlardır.

Cumhuriyet devrinin sonlarından itibaren ise aile reisinin hakimiyeti biçimsel olarak kalmış, ancak yargılama yetkisi aileden alınmıştır. Geleneksel baba hakimiyetine dayanan *domestica disciplina* ancak belli istisnai durumlarda uygulanmaya devam etmiştir.

---

47 Scheid J., s.382.

48 *Provocatio, magistra* tarafından hakkında ölüm veya kırbaçlama cezası verilmiş olan kişinin, halk meclisine başvurma hakkıdır. Önceleri sadece Roma ve çevresindeki bir mil içinde bulunan Roma vatandaşlarına tanınan bu hak, daha sonra imparatorluk sınırları içinde yaşayan herkese tanınmıştır.

49 Strachan -Davidson J. L., s.30.

50 Strachan –Davidson J. L., s.30.

51 Titus Livius, Roma Tarihi, Şehrin Kuruşundan İtibaren (Ad Urbe Condita), çev. Sabahat Şenbark, Kitap 8, Caput 18, İstanbul 1999, s.44.

52 Gönenç F.İ., s.148.

53 Sandalcı S., Eski Roma Yazınında Satir Türü ve Kadın, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1999, s.154, dn.574.

54 Sandalcı S., s.153.

Devletin yargı gücünün aile içine girmesi esas itibarıyla *Augustus*'un aile hukuku ile ilgili yaptığı düzenlemeler sonucunda gerçekleşmiştir. Bu devirde toplumun ahlaki çöküntüsünü durdurabilmek için ailenin gücü yetersiz kaldığından, aile meclisine tanınan yargılama yetkisi (*iudicium domecticum*) yerini daha tarafsız, daha yararlı ve daha homojen bir usul sistemine bırakmıştır[55]. *Tamer'in* de belirttiği gibi *Augustus* kanunlarının asıl amacı Roma'da bozulan aile hayatını ve ahlak anlayışını düzenlemekten ziyade devlet gücünün arttırılması, yönetme ve yargılama yetkilerinin aile ve aile reisinden alınarak, devlete terk edilmesidir[56].

Augustus tarafından kabul edilen hukuki düzenlemeler kapsamında, hükümleri ihlal eden kadınlar kamu suçu işledikleri kabul edilerek cezalandırılmışlardır. Cinsel suçları ortadan kaldırmayı hedefleyen *Augustus* kanunları özellikle zina gibi cinsel suçları yargılamak için özel mahkemeler kurulmasına imkan vermiştir. M.Ö.18 yılından itibaren zina devlete karşı işlenen bir suç sayılmaya başlanmıştır. *Augustus* döneminin etkin ideolojisinde kadının vücudu ailesinin ve devletin hizmetinde kabul edilmektedir[57]. *Augustus*'un kanunlarıyla birlikte onurlarını, iffetlerini korumaları beklenen kadınların bunu gerçekleştirmedikleri takdirde kendilerini sosyal kınamanın öznesi olarak buldukları, kınamanın da kamu tarafından gerçekleştirildiği söylenebilir[58]. Nitekim *Tacitus* da *Annales* adlı eserinde kadınların şehvetli davranışlarına *Senatus* tarafından sınırlar konduğunu ve Roma şövalye sınıfından olan kişilerin kızlarının, torunlarının ve eşlerinin fahişelik yapmalarının yasaklandığını belirtmektedir[59]. M.S.19 yılında çıkarılmış olduğu bilinen bu Senatus kararı şövalye sınıfından veya şövalye eşi olan kadınların fuhuşunu cezalandırma amacını gütmektedir[60]. Ayrıca devletin itibarını koruma çabası da göz ardı edilmemelidir. *Bauman, Augustus*'un kanunları çıkarmakla iffet kavramını güçlendirmek istediğini yazar[61]. Bazı yazarlar ise devletin müdahale nedenini, ekonomik veya sosyal bir görüş açısından kadının şahsından ziyade malvarlığı ile ilgilenilmesine dayandırmaktadır[62].

---

55 Tamer D., Cinsel Suçlar, s.137.

56 Tamer D., Cinsel Suçlar, s.139.

57 Harries J., Law and Crime in the Roman World, Cambridge 2007, s.89.

58 Harries J., s.89.

59 Demiriş B., Annales'te Beliren Tarihçiliği ve Hümanizmi İle Tacitus, İstanbul 2002, s.110.

60 Gaudemet J., Roma İmparatorluğunda Kadının Hukuki Durumu, çev.Bülent Tahiroğlu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi Yeni seri Sayı 9, 1972'den Ayrıbasım, s.221.

61 Bauman R. A., s. 116-117.

62 Villers R., Roma Hukukunda Cumhuriyet Devri Sonuna Kadar, Kadının Hukuki Durumu, çev. Bülent Tahiroğlu, İÜHFM, C.XXXIX, S.1-4, s.428.

Görüldüğü gibi erkek hakimiyeti altında yaşayan Romalı kadınlar önceleri işledikleri suçlardan dolayı sadece aile reisi tarafından aile meclisinin aldığı karara bağlı olarak cezalandırılırken; özellikle ahlaklarının, iffetlerinin ulusal önem taşıdığı durumlarda ve sadakatsiz davranışları nedeniyle devlet tarafından çok ağır cezalara mahkum edilebiliyorlardı. Kadının saflığının korunması yaşamından daha fazla önem taşıyor, tecavüze uğramış kadın babası tarafından öldürülebiliyordu. Ya da geriye başka bir seçenek kalıyordu: İntihar etmek. Kendisinden onurunu koruması beklenen kadın bazen hukuki olmasa bile toplumsal cezalandırmaya maruz kalabiliyordu.

Sonraki dönemlerde ise devletin ekonomik gelişimine bağlı olarak artan iktidarı ve sosyal yapının değişimi karşısında, kadınların durumları gerek özel hukuk gerekse kamu hukuku alanında farklılıklar göstermiştir. Bu farklılaşmaya paralel cinsiyetleri ne olursa olsun aile evlatları aile reisinin hakimiyetinden kurtularak devletin hakimiyeti altına girmişlerdir. Devlet otoritesinin ortaya koyduğu yargılama sistemi kadınların da erkekler gibi kamu suçu işlediklerinde bizzat devlet tarafından kovuşturulmalarını ve cezalandırılmalarını gerekli kılmıştır. Ancak örf ve adetlere bağlılık ve bunlara verilen değer göz ardı edilemediğinden belli şartlar altında eski düzenlemelerin uygulanmasına imkan verilmiş, bunlar tümüyle ortadan kaldırılmamıştır. Örneğin *Tiberius,* kadının zinası durumunda kamu makamlarının bir suçlaması olmadığı durumda ataların örf ve adeti olarak yakın akrabalara yargılama yetkisini yeniden vermiştir[63]. Bu durum da Romalıların atalarının adetlerine, geleneklerine ne kadar bağlı kaldıklarını göstermektedir. Ayrıca zaman içinde başta Hristiyanlığın etkisiyle gerçekleşen toplumsal değişim, kadınlar tarafından işlenen belli suçlardan dolayı öngörülen cezaların ağırlaşmasına neden olmuştur[64].

Roma hukukundan farklı olarak günümüz ceza hukuku ve ceza yargılaması kapsamında kadınların cezai sorumluluğu bakımından cinsiyet ayırımı yapılmamıştır. Türk ceza hukuku sisteminde suçlar, cezalar ve yargılama usulü bakımından sadece kadınlar tarafından işlenebilen fiiller[65] dışında,

---

63 Gaudemet J., s.215.

64 Örneğin *Constantinus* ve *Iustinianus* devrinde zina suçunun cezası ağırlaştırılaştırılmıştır. Her iki suçlu da ölüm cezasına mahkum edilebilmiştir. Diler T., Cinsel Suçlar, s.221-223.

65 TCK.m.100'e göre "gebelik süresi on haftadan fazla olan kadının çocuğunu isteyerek düşürmesi halinde, bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur". On haftayı aşan gebeliklerin isteyerek sona erdirilmesi kanun tarafından yasaklanmıştır. Bu suça iştirak edenler iştirak derecesine göre eyleme katılmış olacaklar ve cezalandırılacaklardır. Gebelik süresi on haftayı geçen kadını, çocuğunu aldırmaya azmettiren veya ona bu konuda bu eylemi gerçekleştiren hekimi bulan da iştirakteki derecelerine göre sorumlu olacaklardır. Donay S., Türk Ceza Kanunu Şerhi, İstanbul 2007, s.159.

kadın erkek eşitliğini bozacak düzenlemelere yer verilmemiştir. Yakın bir tarihe kadar ülkemizde suç olarak kabul edilen ve cezalandırılan zina, pek çok batı ülkesi ceza kanunlarında olduğu gibi Türk Ceza Kanunu'nda da yer almamaktadır. Suç olmaktan çıkartılan zina, Türk Medeni Kanununun 161. maddesinde bir boşanma sebebi olarak yer almaktadır.

Günümüzde Türk Ceza Kanunu'nda suç olarak belirlenmemesine ve kanun tarafından bir ceza öngörülmemesine rağmen özellikle vücudunun kontrolü kendisine ait olması gereken kadının; aile onurunun, şerefinin, namusunun zedelendiği iddiasıyla aile meclisi kararıyla sorgulanması ve hatta bu sorgulama sonucunda aile fertlerinden biri tarafından cezalandırılması çağdaş olma yolunda ilerleme hedefi olan bir toplum için oldukça düşündürücüdür. "Töre" kavramı altında kamu otoritesini dışlayan aile bireyleri, kadın üzerindeki aile hakimiyetini ön plana çıkararak onların ilkel toplumlardaki mağduriyetlerinin sona ermediğini ve hatta devam ettiğini göstermekte, adeta ceza hukukunun temel ilkelerinden biri olan *nullum crimen sine lege* ve *nulla poena sine lege*'yi hiçe saymaktadırlar.

Kaynakça

Basedow J., Avrupa Özel Hukukunun Doğuşu, çev.Arzu Oğuz, AÜHFD, C.52, S.3, 2003.

Bauman R. A., Crime and Punishment in Ancient Rome, New York 1996.

Demiriş B., Annales'te Beliren Tarihçiliği ve Hümanizmi İle Tacitus, İstanbul 2002.

Donay S., Türk Ceza Kanunu Şerhi, İstanbul 2007.

Dönmezer S.- Erman S., Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C.I, Giriş, Kaynaklar, Suç Genel Teorisi, Kanuni Unsur, Maddi Unsur, 13.Bası, İstanbul 1997.

Dürüşken Ç., Antik Çağ'da Yaşamın ve Ölümün Bilinmezine Yolculuk, Roma'nın Gizem Dinleri, İstanbul 2000.

Erdoğmuş, Belgin-Tahiroğlu, Bülent, Roma Hukuku Dersleri, İstanbul 2009.

Foucault M., Cinselliğin Tarihi, çev. Hülya Uğur Tanrıöver, İstanbul 2007.

Gaudemet J., Roma İmparatorluğunda Kadının Hukuki Durumu, çev.Bülent Tahiroğlu, İstanbul Üniversitesi Hukuk fakültesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi Yeni seri Sayı 9, 1972'den Ayrıbasım.

Georgesco A.-V., Roma Hukuku ve Modern Dünya Düşüncesi, çev.Bülent Tahiroğlu, İÜHFM, C.XLII, S.1-4, ayrı bası, İstanbul 1977.

Gönenç F.İ., Roma Hukukunda Kadın, İstanbul 2010.

Güven Tamer D., Roma Hukukunda Boni Mores Doktrini, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000.

Harries J., Law and Crime in the Roman World, Cambridge 2007.

Iustinianus Institutiones, çev. Ziya Umur, İstanbul 1968.

İpek N., Concubinatus, YÜHFD, C.V, S.2, Yıl 2008.

Küçük E., XII. Rönesansı ve "Yeniden Doğan" Roma'yı Günümüze Bağlayan Son Halka: Pandekt Hukuku, AÜHFD, C.56, S.4, 2007, s.119.

Okandan, Recai G., Umumi Hukuk Tarhi Dersleri, İstanbul 1951.

Paribeni R., Roma Hukukunda Aile Kurumu, İÜHFM, Yıl I, İstanbul 1935.

Sancaktar O., Özelleştirmenin Kamu Hukuku-Özel Hukuk Ayırımına Etkileri ve Bu Bağlamda Güncel Özelleştirne Tartışmalarındaki Görüşler, DEÜHFD, C.8, S.1, 2006.

Sandalcı S., Eski Roma Yazınında Satir Türü ve Kadın, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1999.

Scheid J., "Romalı Kadınların Dinsel Rolleri", Kadınların Tarihi, Ana Tanrıçalardan Hıristiyan Azizelere, C.I, çev. Ahmet Fethi, İstanbul 2005.

Shelton Jo-Ann, As the Romans Did – A Sourcebook in Roman Social History, Oxford 1998.

Söğüt İ.S., Roma'nın Eski Hukuk Döneminde Kadın, Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, C.2, İstanbul 2010.

Strachan-Davidson J.L., Problems Of The Roman Criminal Law, Littleton, Colorado 1991.

Tamer D., Augustus Çağında Cinsel Suçlar ve Lex Iulia De Adulteriis Coercendis, İstanbul 2007 (Cinsel Suçlar).

Tannahill R., Tarihte Cinsellik, çev. Sinem Gül, Ankara 2003.

Titus Livius, Roma Tarihi, Şehrin Kuruşundan İtibaren (Ad Urbe Condita), çev. Sabahat Şenbark, Kitap 8, Caput 18, İstanbul 1999.

Umur Z., Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul 1999(Ders Notları).

Umur Z., Roma Hukuku, Tarihi Giriş-Kaynaklar-Umumi Mefhumlar-Hakların Himayesi, İstanbul 1982(Roma Hukuku).

Umur Z., Roma Hukuku Lügatı,İstanbul 1975 (Lügat).

Villers R., Roma Hukukunda Cumhuriyet Devri Sonuna Kadar, Kadının Hukuki Durumu, çev. Bülent Tahiroğlu, İÜHFM, C.XXXIX, S.1-4.

Wilinski A., Roma Ceza Hukuku ve Ceza Usul Hukukuna Bir Kuşbakışı, çev.Belgin Erdoğmuş, DÜHFD, Yıl 1983, S.1.

Ceza Kanunlarının Zaman Bakımından Uygulanması

*Zeynel T. KANGAL**

I. Genel Olarak Ceza Kanunlarının Zaman Bakımından Uygulanması

1. Kavram

Ceza kanunlarının zaman bakımından uygulanması, bir ceza kanunu hükümlerinin zaman dilimi itibarıyla hangi andan itibaren uygulanabileceği sorunuyla ilgilidir. Başka bir ifadeyle, bir ceza kuralının zaman sürecinde hangi tarihten itibaren uygulanacağının ve hangi tarihten sonra uygulanmayacağının belirlenmesi gerekmektedir.

Ceza kanunlarının yürürlüğe girme ve yürürlükten kalkma bakımından diğer kanunlardan bir farkı bulunmamaktadır. Buna göre, her kanunun Resmî Gazete'de yayınlanması gerekmektedir (1322 sayılı Kanunların ve Nizamnamelerin Sureti Neşir ve İlanı ve Meriyet Tarihi Hakkında Kanun md. 1). Ancak bunun yeterli olmayıp, Resmî Gazete'nin Basın Kanunu md. 2 anlamında da kamuya duyurulması gerektiği de belirtilmektedir[1]. Kanunlar genelde yürürlüğe girecekleri tarihi gösterirler. Bu açık bir tarih belirleme şeklinde olabileceği gibi (örneğin 01.01.2012), kanunun Resmî Gazete'de yayınlandığı günden itibaren belirli bir zamanın geçmesini öngörmek suretiyle de olabilir (örneğin yayınlandığı tarihten itibaren 3 ayın dolmasıyla yürürlüğe girer). Eğer bir kanun yürürlüğe giriş tarihini göstermemişse, 1322 sayılı Kanunların ve Nizamnamelerin Sureti Neşir ve İlanı ve Meriyet Tarihi Hakkında Kanun md. 3 gereğince, Resmî Gazete'de yayını takip eden günün başlangıcından itibaren 45 günün bitiminden itibaren yürürlüğe girecektir.

---

* Yrd. Doç. Dr., Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 **ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner:** *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 4. Baskı, Ankara 2009, sh: 148; **KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan:** *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 3. Baskı, Ankara 2010, sh: 62.

Ceza kanunlarının yürürlükten kalkmaları da diğer kanunlardan farklı değildir. Bu da dört şekilde olmaktadır. Birincisi, bir kanunun daha sonra çıkarılan kanun tarafından açıkça yürürlükten kaldırılmasıdır. Örneğin 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun md. 12/1-b, 765 sayılı TCK'yı yürürlükten kaldırdığını açıkça ifade etmektedir. İkincisi ise, bir kanunun hükümlerinin sonraki kanunun hükümleri ile çatışması hâlinde zımnen yürürlükten kalkmasıdır[2]. Üçüncüsü ise, kanunun süreli kanun olmasıdır. Buna göre, kanun yürürlükte kalacağı süreyi belirlemişse veya yürürlükten kalkacağı zamanı göstermişse, bu sürenin dolmasıyla veya gösterdiği tarihin gelmesiyle kendiliğinden yürürlükten kalkar. Dördüncüsü de, bir kanun düzenlemesinin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesidir (AY md. 153).

Fiilin gerçekleştirildiği zamanda yürürlükte bulunan hukuk kuralları ilk derece mahkemesince veya kanun yolu mahkemesince hüküm verilinceye, hatta infaz tamamlanıncaya kadar failin lehine veya aleyhine olarak değiştirilmiş olabilir. Böyle bir durumda uygulanması gereken hukuk kuralının belirlenmesi gerekmektedir. Bu tür durumlarda fiilin gerçekleştiği zaman henüz yürürlükte bulunmayan kurallar geçmişe uygulanacak ya da hüküm ve infaz anında artık yürürlükte bulunmayan kurallar uygulanmaya devam edecektir. Somut olayda zaman bakımından birbirleriyle çatışan birden çok ceza kanunu varsa, kanunlardan biri diğeri karşısında uygulama alanı bulacaktır[3].

2. Kanunların Zaman Bakımından Uygulanmasında Sistemler

Kanunların zaman bakımından uygulanmasında üç sistem vardır. Bunlar, derhal uygulama ilkesi, geçmişe uygulama ilkesi ve ileriye uygulama ilkesinden ibarettir.

Derhal uygulama ilkesi, bir kanunun yürürlüğe girdiği andan itibaren gerçekleşen olaylara ve işlemlere uygulanmasını ifade etmektedir. Kanunların uygulanması bakımından kabul edilen temel ilke derhal uygu-

---

2 Zımnî ilgada çeşitli ihtimaller ortaya çıkabilmektedir. Önceki ve sonraki kanunlar genel nitelikteki kanunlar ise, sonraki genel kanun önceki genel kanunu zımnen yürürlükten kaldırır. Önceki kanun genel, sonraki kanun özel ise, önceki genel kanunun sonraki özel kanun ile çelişen hükümlerinin zımnen yürürlükten kalkmış olduğu kabul edilir. Sonraki kanunun genel, önceki kanunun özel olması durumunda, önceki özel kanun hükümleri yürürlükten kalkmaz. Önceki ve sonraki kanunlar özel nitelikte iseler, sonraki özel kanun uygulanır (bkz. **KATOĞLU, Tuğrul:** *Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması*, Ankara 2008, sh: 38-39).

3 **SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst:** *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28. Auflage, München 2010, (**ESER, Albin/HECKER, Bernd**), § 2, No: 1.

lama ilkesidir. Bu ilke hukukun bütün dalları için geçerlidir[4]. Derhal uygulama ilkesi sonraki kanunun önceki kanunu ilga etmesi ilkesi (*lex posterior derogat legi priori*) ile de bağlantılıdır. Yeni bir kanun yürürlüğe girdiğinde aynı konuyu düzenleyen kanun geçerliliğini kaybeder ve yeni kanun yürürlük tarihinden sonra işlenen fiillere ve işlemlere uygulanır. Böylece derhal uygulama ilkesi bünyesinde geçmişe uygulama yasağını da barındırmaktadır. Başka bir ifadeyle, bir kanun ancak yürürlüğe girdiği tarihten sonra gerçekleşen fiillere ve işlemlere uygulanabileceğinden, yürürlüğe girmeden önce gerçekleşen fiillere ve işlemlere uygulanması olanaklı değildir. TCK md. 7/1,c.1 ve 7/3 bunu dile getirmektedirler.

Geçmişe uygulama ilkesi, bir kanunun, yürürlüğe girmeden önce gerçekleşmiş fiillere ve işlemlere de uygulanması hâlinde sözkonusu olmaktadır. Bir kanunun geçmişe uygulanması istisna niteliğinde olduğundan, bunun sadece ilgili kanunda veya başka bir kanundaki bir düzenleme ile gösterilmesi gerekmektedir. TCK md. 7/2, sonraki kanunun failin daha lehine olması hâlinde yürürlüğe girmeden önce işlenmiş suçlara uygulanabileceğini öngörerek böyle bir istisnaya yer vermiştir.

İleriye uygulama ilkesi ise, bazı kanunların yürürlükten veya uygulamadan kaldırılmış olmalarına rağmen, yürürlükte bulundukları veya uygulandıkları dönemde gerçekleşmiş fiillere ve işlemlere uygulanmaya devam etmeleri hâlinde sözkonusudur. Ancak bunun için genelde geçiş hükümlerine ihtiyaç bulunmaktadır. Başka bir ifadeyle, bazı kanunlar kaldırılmalarına ve yerlerine yenilerinin getirilmesine rağmen, geçiş hükümleri öngörülerek uygulanmaya devam edebilmektedirler. Bu tür hükümler özellikle temel kanunlar için ayrıca çıkarılan yürürlük kanunlarında ya da ilgili kanunun son veya geçiş hükümlerinde yer alırlar. Bununla birlikte TCK md. 7/4 böyle bir hükme genel hükümlerde yer vermiştir. Buna göre, geçici veya süreli kanunlar bakımından ileriye uygulama ilkesi kabul edilmiştir. Yine bir suç düzenlemesi içeren bir kanun yürürlükten kalkmasına rağmen, sonraki kanuna göre daha lehe ise, uygulanmaya devam eder (TCK md. 7/2).

II. Geçmişe Uygulama Yasağı

1. Kavram

Kanun koyucu özellikle toplumda infial yaratan bazı olaylara kamuoyunun baskısıyla ve siyasî kargaşayı engellemek için sonradan oluşturduğu

---

4 **ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan:** *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Baskı, Ankara 2011, sh: 90; **ÜNVER, Yener:** *"Ceza Yargılaması Normlarının Derhal Uygulanması İlkesine İlişkin Bir Yargıtay CGK. Kararının İncelenmesi"*, İÜHFM 1991-1994, c: LIV, sy: 1-4, sh: 209.

suç tiplerini uygulama veya ilgili suç tipindeki cezayı ağırlaştırma yanlışına düşebilir[5]. Bu tür kanunların çıkarılarak yürürlük tarihinden önce gerçekleşmiş fiillere uygulanmasının engellenmesi kanunîlik ilkesinin görünüm şekillerinden biri olan geçmişe uygulama yasağının kabulüyle mümkün olabilmektedir. Geçmişe uygulama yasağı, cezayı gerekçelendiren veya ağırlaştıran bir kanunun, henüz yürürlüğe girmeden önce işlenmiş olan bir fiile failin aleyhine olarak uygulanmasını engellemektedir[6]. Başka bir ifadeyle, fiilin gerçekleştirildiği tarihte henüz yürürlükte olmayan, dolayısıyla da failin bilme olanağının bulunmadığı bir kanundan dolayı bir kişiye ceza verilmesini geçmişe uygulama yasağı engellemektedir[7]. Bununla birlikte failin lehine olan kanun değişikliklerinin geçmişe uygulanması yasağın kapsamında değildir.

---

5 **ROXIN, Claus:** *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. Auflage, München 2006, § 5, No: 51. Bazı devletlerin geçmişinde bu tür uygulamalar bulunmaktadır. Örneğin, 1949 yılında Çin Halk Cumhuriyeti'nin kurulmasından sonra Çin merkezî hükümetinin 1951'de çıkardığı ve 21 paragraftan oluşan Karşıdevrimin Cezalandırılması Hakkında Tüzük, 18. paragrafında Tüzüğün yürürlüğe giriş tarihinden önceki karşıdevrimci fiillere de uygulanacağını ifade etmişti. 01.07.1979 tarihinde kabul edilip, 01.01.1980 tarihinde yürürlüğe giren Çin Halk Cumhuriyeti Ceza Kanunu 9. paragrafında geçmişe uygulama yasağını kabul ederek bu uygulamaya son vermiştir. 1997 tarihli Çin Halk Cumhuriyeti Ceza Kanunu da geçmişe uygulama yasağını sürdürmektedir (**ZHAO, Yang/RICHTER, Thomas:** *"Das Gesetzlichkeitsprinzip in China"*, Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Teilband II, Berlin 2008, sh: 4-5, 10-11). Geçmişe uygulama yasağı İngiliz hukukunda da gerek kanunla tanımlanmış suçlar gerek *common law* suçları bakımından geçerli olmakla birlikte, halen bazı istisnalar bulunmaktadır. Bunlar savaş suçları, korsanlık, işkence ve soykırım gibi uluslararası hukuka göre suç sayılan ve evrensellik ilkesinin geçerli olduğu fiillerdir. İngiliz hukukunda bu suçlar hakkındaki kuralların geçmişe uygulanabilirliğine ait hükümler 1990 tarihli *War Crimes Act* ve 1969 tarihli *Genocide Act* gibi çeşitli kanunlarda yer almaktadır (**FORSTER, Susanne:** *"Das Gesetzlichkeitsprinzip in England und Wales"*, Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Teilband II, Berlin 2008, sh: 36-37; **MUNDAY, Roderick:** *"İngiliz Hukukunda ve Common Law Ülkelerinde Kanunilik İlkesi"*, (Çev.: **Zeynel T. KANGAL**), İÜHFM 2003, c: LXI, sy: 1-2, sh: 452-454). Bununla birlikte İngiliz hukukunda geçmişe uygulama sorunu içtihat değişikliklerinde ortaya çıkmaktadır. Örneğin Lordlar Kamarası 1987 yılında *Howe* kararında cebir veya tehdide dayalı zorunluluk durumunun adam öldürme suçunda artık bir mazeret nedeni teşkil etmeyeceğine karar vererek sanığı bundan yararlandırmamıştır (**MUNDAY,** *"İngiliz Hukukunda ve Common Law Ülkelerinde Kanunilik İlkesi"*, sh: 454).

6 **JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas:** *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Berlin 1996, § 15 IV 1; **MAURACH, Reinhart/ZIPF, Heinz:** *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband I*, 8. Auflage, Heidelberg 1992, § 12, No: 2; **ZIESCHANG, Frank:** *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* 2. Auflage, Stuttgart 2009, sh: 18; **NK-StGB³ (HASSEMER/KARGL),** § 1, No: 42.

7 **SCHMIDT, Rolf:** *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 9. Auflage, Bremen 2010, No: 17.

Geçmişe uygulama yasağı TCK'da öngörüldüğü gibi, önemi nedeniyle anayasal düzlemde de yer almaktadır. AY md. 38/1'e göre; *"Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez"*. Bu kural zamanaşımı ve ceza mahkûmiyetinin sonuçları bakımından da geçerlidir (AY md. 38/2). Geçmişe uygulama yasağı anayasal düzlemde yer alan bir kural olduğu için sadece mahkemeleri değil, kanun koyucuyu da bağlayan bir ilkedir. TCK md. 7/1,c.1'e göre de; *"İşlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz"*.

Yine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de geçmişe uygulama yasağına yer vermiştir. Sözleşme'nin 7. maddesinin 1. paragrafı şöyledir; *"Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Aynı biçimde, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez"*. Ancak bu maddenin 2. fıkrası geçmişe uygulama yasağı bakımından bir istisna getirmektedir. Buna göre; *"Bu madde, işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir eylem veya ihmalden suçlu bulunan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir"*. Buna göre, işlendiği zaman uluslararası örf-âdet kurallarına aykırı olmakla birlikte, uluslararası hukuka aykırı olmayan fiiller, daha sonradan ulusal veya uluslararası metinler tarafından suç olarak düzenlenecek ve bu düzenlemeler de geçmişe uygulanabilecektir. İkinci dünya savaşı sonrasında Nürnberg ve Tokyo mahkemelerinin yargılamaları buna örnek teşkil etmektedir[8].

Geçmişe uygulama yasağı hukuk devleti ilkesinin doğal sonuçlarından biri olan hukuk güvenliği ilkesine dayanmaktadır. Suç teşkil etmediğini bilerek bir fiili gerçekleştiren kişinin sonradan çıkarılan bir kanunun uygulanarak cezalandırılması, onun hukuka olan güvenini sarsmaktadır. Fiil toplumsal açıdan kabul edilemez veya ağır olsa bile, kişinin bir şekilde kanunlar ağındaki bir boşluktan yararlandığının kanun koyucu tarafından tespit edilerek sonradan bir kanun çıkarılması hâlinde de, cezalandırılamaz[9]. Geçmişe uygulama yasağı, toplumda oluşan infial veya heyecan duygularıyla hareket edilerek suç teşkil etmeyen bir fiilin sonradan çıkarılan bir kanunla

---

8 **PRADEL, Jean/CORSTENS, Geert:** *Droit pénal européen*, 2e éd., Paris 2002, No: 299, 302.

9 **JESCHECK/WEIGEND,** *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, (5), § 15 IV 1; **KREY, Volker/ESSER, Robert:** *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil,* 4. Auflage, Stuttgart 2011, No: 52; **RENGIER, Rudolf:** *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* 2. Auflage, München 2010, § 4, No: 16; **KÖHLER, Michael:** *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Berlin-Heidelberg 1997, sh: 97; **NK-StGB³ (HASSEMER/KARGL),** § 1, No: 46; **KATOĞLU,** *Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması*, sh: 79-80.

cezalandırılmasına izin vermemektedir. Böylece bu yasak, kanun koyucunun somut olayın öneminden ve ağırlığından korkmadan ve etkilenmeden değerlendirme yapmasını sağlamaktadır[10].

Geçmişe uygulama yasağı hukuk güvenliği bakımından çok önemli olduğu için AY md. 15 ve AİHS md. 15 olağanüstü durumlarda bile, kısıtlanabilmesine veya askıya alınmasına olanak vermemiştir.

Geçmişe uygulama yasağı çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Birinci olarak işlendiği zaman suç teşkil etmeyen bir fiile ceza uygulanmasını engellemiş olabilir. İkincisi, suç teşkil eden bir fiile uygulanacak ceza ve/veya güvenlik tedbirinin tür itibariyle ağırlaştırılmasını önlemiş olabilir. Üçüncüsü ceza veya güvenlik tedbirinin miktarının sınırının artırılmasını önlemiş olabilir.

2. Fiilin İşlendiği Zaman Yürürlükte Bulunan Kanunun Tespiti

Bir ceza hükmü içeren kanunun işlenmiş olan fiile uygulanabilmesi için bu fiilin işlendiği zaman yürürlükte olması gerekir. Bu kanun fiilin işlendiği zaman açık veya zımnen ilga edilme, yürürlükte kalacağı sürenin dolması, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi dolayısıyla yürürlükten kalkmışsa, artık uygulama olanağı kalmaz. Bu nedenle öncelikle fiilin işlendiği zamanın tespiti önem arz etmektedir.

Sırf hareket suçlarında hareketin yapıldığı an suçun işlendiği zamanı gösterir. Sırf hareket suçu aynı zamanda ihmalî bir suç ise, failin belirli bir hareketi yapmak zorunda olup da yapmadığı anda işlenmiş sayılır[11]. Bu tür suçlarda hareket failin elinde olmayan nedenlerden dolayı yarıda kalmışsa, başka bir deyişle eksik teşebbüs aşamasında kalmış bir fiil sözkonusu ise, en son hareketin yapıldığı anda yürürlükte bulunan kanun uygulanacaktır[12].

Neticeli suçlarda ise, hareket ile neticenin aynı anda gerçekleşmesi hâlinde sorun yoktur. Buna karşın, hareket ile netice arasında bir zaman aralığı mevcutsa, başka bir ifadeyle netice hareketten belli bir süre sonra meydana gelmişse, hareketin yapıldığı an esas alınmalı ve o tarihte yürürlükte bulunan kanun uygulanmalıdır. Burada neticenin meydana geldiği zaman yürürlükte bulunan kanun uygulanmayacaktır. Böylece neticenin gerçekleştiği zaman başka bir kanun yürürlükte olsa bile, hareketin gerçekleştirildiği tarih suçun işlenme zamanıdır. Çünkü fail hukuka karşı gelme

---

10 **BAUMANN, Jürgen/WEBER, Ulrich/MITSCH, Wolfgang:** *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, 11. Auflage, Bielefeld 2003, § 9, No: 24.

11 **HAKERİ, Hakan:** *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 10. Baskı, Ankara 2011, sh: 72-73.

12 **HAKERİ,** *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (10), sh: 73.

iradesini hareketini yaptığı zamanda ortaya koymaktadır[13]. Bu tür suçlarda hareket failin elinde olmayan nedenlerden dolayı yarıda kalmışsa, başka bir deyişle fiil eksik teşebbüs aşamasında kalmışsa, en son hareketin yapıldığı anda yürürlükte bulunan kanun uygulama alanı bulacaktır. Fail hareketi gerçekleştirmekle beraber, elinde olmayan nedenlerden dolayı netice meydana gelmemişse, hareketi tamamladığı anda yürürlükte bulunan kanun uygulanacaktır.

Mütemadî suçlarda fiilin icrası devam ettiği esnada kanun değişmiş olabilir. Bu tür suçlarda temadinin bittiği tarihte yürürlükte bulunan kanun uygulanır. Metemadî suçlarda suçun tamamlandığı andaki değil, bittiği anda yürürlükte bulunan kanun uygulanır. Suçun bittiği anda yürürlükte bulunan kanun, suçun tamamlandığı andaki kanuna göre daha aleyhte olsa bile, uygulanır. Çünkü suç, suçun bittiği anda işlenmiş kabul edilmekte ve lehe kanun değerlendirilmesi yapılmamaktadır[14].

Türk ceza hukukunda zincirleme suçlar, cezanın belirlenmesinde (TCK md. 43/1), dava zamanaşımının başlangıcında (TCK md. 66/6) ve yetkili mahkemenin belirlenmesinde (CMK md. 12/2) tek suç olarak kabul edilmektedir. Bunun dışında kalan durumlarda zincirleme suça dâhil olan her suç bağımsızlığını korumaktadır. Dolayısıyla zincirleme suça dâhil olan her suçun işlendiği zamanı genel kurallara göre ayrı ayrı tespit etmek gerekmektedir. Bu suçlar hangi kanun yürürlükte iken işlenmişlerse, kural olarak o kanunlara tabi olacaklardır. Yeni kanun eski kanuna göre daha lehe ise, zincirleme suça dâhil edilen bütün suçlar yeni kanuna göre değerlendirilebilecektir. Buna karşılık yeni kanun zamanında işlenen suçlara, eski kanun zamanında işlenmiş suçlarla zincir oluşturduğu gerekçesiyle eski kanundaki zincirleme suç hükmünün, lehe de olsa, uygulanması mümkün değildir[15].

---

13 **ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR, M. Nihat/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker:** *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 2. Baskı, Ankara 2011, sh: 130; **KOCA/ÜZÜLMEZ,** *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (3), sh: 69; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA,** *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (4), sh: 165; **DEMİRBAŞ, Timur:** *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Bası, Ankara 2009, sh: 124-125; **ZAFER, Hamide:** *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, İstanbul 2010, sh: 69-70; **CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem:** *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 5. Bası, İstanbul 2008, sh: 113; **ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan:** *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 9. Baskı, Ankara 2006, No: 79; **KATOĞLU,** *Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması*, sh: 47-48.

14 **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA,** *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (4), sh: 165-166; **KOCA/ÜZÜLMEZ,** *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (3), sh: 69; **HAKERİ,** *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (10), sh: 71-72; **DEMİRBAŞ,** *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (6), sh: 125; **KATOĞLU,** *Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması*, sh: 57.

15 **KOCA/ÜZÜLMEZ,** *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (3), sh: 70; **KATOĞLU,** *Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması*, sh: 58, 60. En son suçun

3. Yasağın Kapsamı

a) Maddî Ceza Hukuku Kuralları

Geçmişe uygulama yasağı suç tipindeki cezalandırılabilirliği gerekçelendiren bütün unsurlar için geçerlidir. Bu bakımdan suçun unsurları ve failin kusuru bakımından uygulama alanı bulmaktadır. Yeni kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar suç olarak tanımlanmayan bir fiil, yeni kanunun geçmişe yürütülmesi suretiyle cezalandırılamaz. Yine daha önce de mevcut olan bir suç tipine yeni bir unsur eklenerek, bu unsurun kapsamına giren geçmişteki bir fiil cezalandırılamaz. Böylece özel hükümlerdeki bu tür cezayı gerekçelendiren veya ağırlaştıran unsurlardaki aleyhe değişiklikler geçmişe yürütülememektedir[16].

Çerçeve norm aynı kalmakla birlikte, bunu dolduran normda yapılan bir değişiklikle cezalandırılabilirliğin alanı genişletilmişse, bu değişiklik de geçmişe uygulanamaz[17].

Genel hükümlerde yer alan bir kavramın veya kurumun kapsamının aleyhe olarak genişletilmesi hâlinde de geçmişe uygulama yasağı geçerli olacaktır. Bu bağlamda iştirak ve teşebbüsün kapsamının genişletilmesi, hukuka uygunluk ve mazeret nedenlerinin ortadan kaldırılması veya sınırlandırılması, kişisel cezasızlık nedenlerinin veya cezayı ortadan kaldıran kişisel nedenlerin sınırlandırılması veya ortadan kaldırılması hâlinde, bu değişiklikler yeni kanunun yürürlüğe girmesinden önce işlenen fiillere failin aleyhine olarak uygulanamaz[18]. Kusuru ortadan kaldıran veya etkileyen nedenler için de aynı husus geçerlidir.

---

işlendiği zamanı (teselsülün bittiği anı) esas alan görüş için bkz. **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE,** *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (2), sh: 131; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA,** *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (4), sh: 166; **HAKERİ,** *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (10), sh: 72; **CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT,** *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, (5), sh: 113; **DEMİRBAŞ,** *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (6), sh: 125; **ÖNDER, Ayhan:** *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul 1992, sh: 74; **ÖZTÜRK/ERDEM,** *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, (9), No: 79.

16 **SCHÖNKE/SCHRÖDER,** *Strafgesetzbuch Kommentar*[28], (**ESER/HECKER**), § 2, No: 3; **JESCHECK/WEIGEND,** *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, (5), § 15 IV 3; **STRATENWERTH, Günter/KUHLEN, Lothar:** *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Straftat*, 6. Auflage, München 2011, § 3, No: 8.

17 **STRATENWERTH/KUHLEN,** *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* (6), § 3, No: 8.

18 **SCHÖNKE/SCHRÖDER,** *Strafgesetzbuch Kommentar*[28], (**ESER/HECKER**), § 2, No: 3; **MAURACH/ZIPF,** *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband I*, (8), § 12, No: 7; **BAUMANN/WEBER/MITSCH,** *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, (11), § 9, No: 27; **STRATENWERTH/KUHLEN,** *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* (6), § 3, No: 8; **SCHMIDT,** *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (9), No: 18.

Geçmişe uygulama yasağı ceza hukuku yaptırımları bakımından da geçerlidir. Bu yasağın kapsamına öncelikle cezalar girmektedir. Suçun işlendiği zaman kanunda öngörülmeyen bir cezaya karar verilemez. Yine suçun işlendiği zaman uygulanması öngörülen cezadan daha ağır bir cezaya karar verilemez[19]. Örneğin, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre adlî para cezasını gerektiren bir suç bakımından sonradan çıkarılan kanunla hapis cezası uygulanamaz.

Geçmişe uygulama yasağı cezaların yanısıra, güvenlik tedbirleri bakımından da geçerlidir. Bunu TCK md. 7/1 açıkça ifade etmiştir[20]. Bu sonuç AY md. 38/3'den de çıkarılabilir. Buna göre, işlendiği zaman suç olarak kanunda tanımlanmayan bir fiilden dolayı sonradan çıkarılan kanunla fail hakkında güvenlik tedbiri uygulanmasına karar verilemez. Yine suçun işlendiği zaman kanunda öngörülen güvenlik tedbirinden daha ağır bir güvenlik tedbirine karar verilemez. Aynı şekilde suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunda güvenlik tedbiri öngörülmüşse, sonradan çıkarılan kanunun aynı suç için ceza öngörmesi hâlinde de yeni kanundaki ceza geçmişe uygulanamaz. Bu husus, eski kanunda hürriyeti bağlayıcı bir güvenlik tedbiri, yeni kanunda adlî para cezası öngörülmüş olsa bile geçerlidir.

Zamanaşımı maddî hukuk ve muhakeme hukuku boyutlarına sahip olan karma nitelikte bir kurumdur. AY md. 38/2, kanunîlik ilkesinin dava ve ceza zamanaşımı için de geçerli olduğunu ifade ettiğinden, zamanaşımı hükümle-

---

19 **SCHÖNKE/SCHRÖDER,** *Strafgesetzbuch Kommentar*[28], (**ESER/HECKER**), § 2, No: 4.

20 Buna karşın Alman Ceza Kanunu § 2/6 farklı bir düzenleme içermektedir. Buna göre; *"Güvenlik tedbirleri hakkında, kanunda başka türlü bir düzenleme yapılmamışsa, hüküm zamanında yürürlükte bulunan kanuna göre karar verilir"*. Bunun nedeni, güvenlik tedbirlerinin ceza gibi radikal ve damgalayıcı nitelikte olmadıkları, aksine iyileştirme ve güvenliği sağlama amacı güttükleri, böylece failin yararına kurumlar oldukları esasına dayanmaktadır. Güvenlik tedbirlerinde hukuk güvenliği ve failin korunması düşüncesi, hukuka aykırı fiillerin önüne geçmeye yönelik özel önleme amacına ilişkin en yeni bilgilerin yeni kanunla getirildiği yaklaşımının gerisine çekilmektedir. Bununla birlikte, özellikle cezadan daha kısıtlayıcı olabilen güvenlik tedbirleri konusunda Alman Ceza Kanunu § 2/6'nin çözümünün tatmin edici olmadığı doktrinde dile getirilmektedir (**BAUMANN/WEBER/MITSCH,** *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, (11), § 9, No: 53-54; **JAKOBS, Günther:** *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Berlin-New York 1993, 4/56). İtalyan Ceza Kanunu md. 200/1'e göre, güvenlik tedbirleri uygulama zamanında yürürlükte bulunan kanuna göre kurala bağlanır. Md. 200/2'ye göre, güvenlik tedbirlerinin yerine getirildiği zaman yürürlükte bulunan kanun farklı olduğunda, infaz zamanında yürürlükte bulunan kanun uygulanır (bkz. **RIZ, Roland/BOSCH, Johanna:** *Italienisches Strafgesetzbuch*, Bozen 1995, sh: 159; **JARVERS, Konstanze:** *"Das Gesetzlichkeitsprinzip in Italien"*, Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Teilband II, Berlin 2008, sh: 56, 64).

ri bakımından da geçmişe uygulama yasağı geçerli olacaktır. Zamanaşımını durduran ve kesen nedenler bakımından da aynı husus geçerlidir. Buna göre, suçun işlendiği zamana göre daha uzun bir zamanaşımı süresi kabul eden yeni kanun, eski kanuna göre zamanaşımı süresi henüz dolmamış olsa bile, aleyhe olduğu için geçmişe uygulanamaz. Lehe olduğu takdirde, yeni kanun uygulanacaktır[21].

b) Ceza Muhakemesi Hukuku Kuralları

Ceza muhakemesinde de kural olarak derhal uygulama ilkesi geçerlidir. Buna göre, ceza muhakemesine ilişkin bir norm, yürürlüğe girdikten sonra henüz soruşturulmasına başlanılmayan uyuşmazlıklar ile yürürlüğe girmeden önce soruşturulmasına veya kovuşturulmasına başlanılmakla birlikte, henüz sonuçlandırılmamış uyuşmazlıklara uygulanacaktır. Böylece yeni kanunda aksine bir düzenleme olmadığı sürece, önceki kanunun yürürlükte olduğu zaman tamamlanmış işlemler yeni kanuna göre tekrarlanmayacak, tamamlanmamış işlemler ise yeni kanuna göre yapılacaktır. Yeni normun lehe veya aleyhe olmasının bir önemi yoktur[22].

Ceza muhakemesi kurallarının derhal uygulanması ilkesinin bazı sonuçları bulunmaktadır. Birinci sonuca göre, ceza muhakemesi işlemleri, yapıldıkları anda yürürlükte bulunan normlara tabidirler. Suçun işlenmesinden sonra başka bir muhakeme kanunu yürürlüğe girdiğinde işlemler bu yeni kanuna göre yapılır. İkinci sonuç, ceza muhakemesine ilişkin yeni kanunun, sanığın lehine veya aleyhine olup olmadığına bakılmaksızın uygulanmasıdır. Başka bir ifadeyle, suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan ceza muhakemesi kanunu sanığın lehine olsa bile, muhakeme işlemi sonradan yürürlüğe giren aleyhe kanuna göre yapılır. Üçüncü sonuç ise, işlemin yapıldığı anda yürürlükte bulunan ceza muhakemesi kanununa göre tamamlanmış işlem, yeni kanunun yürürlükte olduğu dönemde de geçerliliğini korur. Böyle bir işlem yeni kanuna göre tekrarlanmaz. Ancak eski kanuna göre başlanıp da, henüz tamamlanmamış işlemler yeni kanuna göre tamamlanırlar[23].

---

21 **ÖZGENÇ, İzzet:** *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 5. Bası, Ankara 2010, sh: 128-130; **HAKERİ,** *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (10), sh: 68; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA,** *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (4), sh: 175-176; **CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT,** *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, (5), sh: 103; **ZAFER,** *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, sh: 77; **KATOĞLU,** *Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması*, sh: 161.

22 **KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe:** *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 16. Baskı, İstanbul 2008, sh: 605-606; **ÜNVER/HAKERİ,** *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (4), sh: 90-91, 93; **ÜNVER,** *"Ceza Yargılaması Normlarının Derhal Uygulanması İlkesine İlişkin Bir Yargıtay CGK. Kararının İncelenmesi"*, sh: 206.

23 **ÜNVER/HAKERİ,** *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (4), sh: 94-96; **ÜNVER,** *"Ceza Yargılaması Normlarının Derhal Uygulanması İlkesine İlişkin Bir Yargıtay CGK. Ka-*

Bir kavramın veya kurumun ne zaman maddî ceza hukukuna ne zaman usul hukukuna dâhil olduğunun çözüme kavuşturulması gerekir. Bunun için ilgili kavram veya kurumun esasına göre bir değerlendirme yapmak gerekir[24]. Genel olarak kabul edilen kritere göre, kanunun bir yaptırım öngörüp öngörmemesine bakılmalıdır. Buna göre, kanun bir fiile yaptırım uygulanmasını öngörmüşse, bir ceza kanunundan; bir fiilin işlenip işlenmediğini araştırmaya yönelik hükümler getirmişse, ceza muhakemesine ilişkin bir kanundan söz edilebilir[25]. Örneğin hükmün açıklanmasının geri bırakılması CMK'da düzenlenmiş olmakla birlikte, maddî ceza hukukuna ilişkin sonuçlara da sahip olduğundan (CMK md. 231/5), ceza kanunlarının zaman bakımından uygulanması hükümlerine göre değerlendirme yapılmalıdır.

Bununla birlikte ceza muhakemesi hukuku kurallarının bazı durumlarda geçmişe uygulama yasağının kapsamında olup olmadıkları bu yasağın amacına bakılarak tespit edilebilir. Geçmişe uygulama yasağı aynı zamanda güvenin korunmasına ve devlet faaliyetinin tahmin edilebilirliğine ilişkin hukuk devleti düşüncesine de hizmet ettiğinden, ilgili norma yönelik güvenin korunması belirleyici olacaktır[26]. Bu bağlamda şikâyet süresini veya temyiz (veya itiraz) süresini kısıtlayan yeni kanunun derhal uygulanmasına bir istisna getirilerek, önceki kanunla verilmiş olan haktan kişilerin yararlanmasını sağlamak gerekir[27]. Re'sen soruşturulan ve kovuşturulan bir suçu yeni kanun şikâyete tabi kılmışsa, şikâyet süresini, yeni kanunda aksine bir hüküm yoksa, yeni kanunun yürürlüğe girdiği tarihten başlatmak gerekir[28].

Geçmişe uygulama yasağının muhakeme koşullarını kapsayıp kapsamadığı doktrinde tartışmalıdır. Örneğin, işlendiği zaman şikâyete bağlı olan bir suç bakımından sonradan şikâyet koşulu kaldırıldığı takdirde, bu suç re'sen takip edilerek faile ceza verilip verilemeyeceği bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Bir görüşe göre, şikâyete bağlı suçlarda devletin cezalandırma yetkisi, suçtan zarar görenin şahsî yararları konusunda bir değerlendirme

---

rarının İncelenmesi", sh: 206-208; **KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU,** *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, (16), sh: 607-608.

24 **MAURACH/ZIPF,** *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband I*, (8), § 12, No: 6.

25 **ÜNVER/HAKERİ,** *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (4), sh: 93; **KATOĞLU,** *Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması*, sh: 29-30.

26 **SCHÖNKE/SCHRÖDER,** *Strafgesetzbuch Kommentar*[28], (**ESER/HECKER**), § 2, No: 6.

27 **ÜNVER/HAKERİ,** *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (4), sh: 97; **ÜNVER,** *"Ceza Yargılaması Normlarının Derhal Uygulanması İlkesine İlişkin Bir Yargıtay CGK. Kararının İncelenmesi"*, sh: 208; **KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU,** *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, (16), sh: 608-609.

28 **KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU,** *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, (16), sh: 607.

yapmasına bağlanmıştır. Fail suçtan zarar görenin şikâyette bulunmayacağına güvenmiş olabilir. Şikâyet koşulu geçmişe etkili bir şekilde ortadan kaldırılarak şikâyet aranmaksızın cezalandırma yoluna gidildiği takdirde, geçmişteki olaylar bakımından devletin cezalandırma yetkisi sonradan tecelli etmiş olur. Geçmişe uygulama yasağının, dolayısıyla da kanunîlik ilkesinin önüne geçmeye çalıştığı husus da bu durumdur[29]. İkinci görüşe göre, kınanabilirliğini bildiği bir davranışından dolayı sadece belirli koşullarda cezalandırılma riskini alan failin güveni korunmayı hak etmemektedir. Kanun koyucunun keyfî muamelelerinin önüne geçilmesi gerektiğinde, hangi davranışın cezalandırıldığına ve cezanın da hangi koşullara bağlandığına ilişkin güvene, buna göre genel güvene, somut olaydaki korunmaya liyakati dikkate alınmadan, riayet edilmelidir. Cezalandırılabilirliğin, ceza hükümlerinden ve temel usul garantilerinden farklı olarak bireyin özgürlük alanını ilgilendirmeyen bu modellerinde kanunların geçmişe uygulanması objektif olarak anlaşılan güven prensibiyle bağdaştırılabilir[30].

c) Mahkemelerin İçtihat Değişiklikleri

Sanığın aleyhine içtihat değişikliklerinin de geçmişe uygulama yasağının kapsamında olup olmadığı tartışmalıdır. Başka bir ifadeyle, failin suçu işlediği zamandaki yerleşmiş olan içtihat hüküm zamanında aleyhine olarak değişmişse, hakkındaki hükmün yeni içtihada göre verilip verilemeyeceği tartışmalıdır.

Bir görüşe göre, içtihat değişiklikleri bakımından geçmişe uygulama yasağı mevcut değildir. Buna göre mahkeme bir normu sanık bakımından, o güne kadarki uygulamada gerçekleşenden daha elverişsiz yorumladığı takdirde, bu geçerli bir yorum tarzıdır. Geçmişe uygulama yasağıyla çelişmez. Çünkü yeni yorum, geçmişe etkili cezalandırma veya cezayı ağırlaştırma anlamına gelmemekte, bilakis önceden mevcut olan, fakat ilk defa şimdi doğru bir şekilde ortaya konulan kanunun iradesinin tezahürü anlamına gelmektedir[31].

---

29 **ROXIN,** *Strafrecht, Allgemeiner Teil I,* (4), § 5, No: 59; **HAKERİ,** *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (10), sh: 67.

30 **STRATENWERTH/KUHLEN,** *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* (6), § 3, No: 11; **STRATENWERTH, Günter:** *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat*, 3. Auflage, Bern 2005, § 4, No: 11; **JESCHECK/WEIGEND,** *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, (5), § 15 IV 4; **NK-StGB³ (HASSEMER/KARGL),** § 1, No: 62. Aynı yönde bkz. **KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU,** *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, (16), sh: 607.

31 **ROXIN,** *Strafrecht, Allgemeiner Teil I,* (4), § 5, No: 61; **SCHÖNKE/SCHRÖDER,** *Strafgesetzbuch Kommentar*[28], (**ESER/HECKER**), § 2, No: 7; **KINDHÄUSER, Urs:** *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Baden-Baden 2009, § 3, No: 4; **WESSELS, Johannes/BEULKE, Werner:** *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 40. Auflage,

Buna karşın doktrinde aksi görüş de ileri sürülmektedir. Buna göre, istikrar kazanmış ve yerleşmiş içtihatlardan sanığın aleyhine olarak dönülmesi geçmişe uygulama yasağı engeliyle karşılaşır. Çünkü kişi kanuna olduğu gibi, yerleşmiş içtihada da güvendiğinden bu güven hayal kırıklığına uğratılmamalıdır. Aksi bir tutum, kanunun o güne kadarki yanlış yorumlanmasının somut olay bakımından düzeltilememesi, böylece yorum yasağı tehlikesini doğurur[32]. Bu görüş eleştirilmiştir. Bu eleştiriye göre, kanunîlik ilkesi kuvvetler ayrılığı ilkesinden hareket eder ve yasama ile içtihat aynı kefeye konulamaz. Hâkimin görevi sadece kanundaki kuralın çerçevesini doldurmakla sınırlıdır. Kişi, çoğu zaman hukukçular tarafından bile bilinmeyen içtihatları bilmek zorunda değildir. İçtihatlara değil, kanun metnine güven duyması icap eder. İçtihat değişiklikleri kanun metninin olası anlamı içerisinde kalmak zorunda olduklarından kanun değişikliklerine göre daha az radikaldirler ve daha kolay öngörülebilirler. Bu yüzden de kişi bazı durumlarda davranışlarını buna göre ayarlayabilir ve ayarlamak zorundadır[33].

Kanaatimizce de ilk görüş isabetlidir. İçtihat değişiklikleri kanunun yeni bir yorumunu ifade etmekte olduklarından, cezalandırılabilirliği gerekçelendiren veya ağırlaştıran bir kanun değişikliğiyle bir tutulamazlar. Üstelik TCK md. 7 *kanun* değişikliklerini esas alarak zaman bakımından uygulamaya ilişkin kuralları göstermiştir. Dolayısıyla zaman bakımından uygulamanın kapsamına içtihat değişikliklerinin dâhil edilemeyeceğini ifade etmiştir.

İçtihatları birleştirme kararları bakımından da farklı düşünmemek gerekir. Başka bir deyişle, içtihatların birleştirilmesi sonucunda failin aleyhine bir durum ortaya çıksa bile, içtihatları birleştirme kararına uyulmalıdır. Failin hukuksal durumunda içtihatları birleştirme kararı sonucunda lehe bir durum çıksa bile, bu, kesinleşmiş mahkûmiyetleri etkilemez[34].

Heidelberg 2010, No: 51; **GROPP, Walter:** *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, Berlin-Heidelberg 2005, § 2, No: 41; **SCHMIDT,** *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (9), No: 19; **HEINRICH, Bernd:** *Strafrecht – Allgemeiner Teil I*, 2. Auflage, Stuttgart 2010, No: 33; **NK-StGB³ (HASSEMER/KARGL),** § 1, No: 50.

32 **BAUMANN/WEBER/MITSCH,** *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, (11), § 9, No: 38; **MAURACH/ZIPF,** *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband I*, (8), § 12, No: 8.

33 **ROXIN,** *Strafrecht, Allgemeiner Teil I,* (4), § 5, No: 61; **SCHÖNKE/SCHRÖDER,** *Strafgesetzbuch Kommentar*[28], (**ESER/HECKER**), § 2, No: 7.

34 **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE,** *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (2), sh: 127; **ZAFER,** *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, sh: 80. Karşı görüş için bkz. **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA,** *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (4), sh: 153; **CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT,** *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, (5), sh: 103-104; **HAKERİ,** *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (10), sh: 69; **DEMİRBAŞ,** *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (6), sh: 137-138; **EREM, Faruk/DANIŞMAN, Ahmet/ ARTUK, Mehmet Emin:** *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Bası, Ankara 1997, sh: 147; **ÖNDER,** *Ceza Hukuku Dersleri*, sh: 86;

Diğer taraftan fail kınanamayacak bir şekilde belirli bir içtihada güvenmiş olabilir. Örneğin hukuk müşavirinden aldığı bilgiler üzerine hareket etmiş olabilir. Daha sonra içtihadın değişmesi hâlinde hukuka sadakatinden dolayı cezalandırılamaz. Fakat bunun gerekçesi geçmişe uygulama yasağı değil, kaçınılmaz yasak hatası (TCK md. 30/4) olabilir[35].

d) İnfaz Hukuku Kuralları

İnfaz hukuku kuralları bakımından da derhal uygulama ilkesi geçerlidir. Buna göre, suçun işlendiği tarihten sonra infaz kanunu değiştiğinde, bu suçtan dolayı kesinleşmiş mahkûmiyetin infazı yürürlükteki kurallara göre yapılır. Bu yeni infaz kanununun hükümlünün lehine veya aleyhine olup olmadığı dikkate alınmaz[36]. TCK md. 7/3 bu kuralı dile getirmekle birlikte, üç istisnaya da yer vermiştir. Buna göre; *"Hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrürle ilgili olanlar hariç; infaz rejimine ilişkin hükümler, derhal uygulanır"*. Buna göre, diğer infaz kurumları gibi erteleme, koşullu salıverilme ve tekerrür ile ilgili düzenlemeler bakımından da derhal uygulama ilkesi geçerlidir. İnfaza ilişkin yeni kanun erteleme, koşullu salıverilme ve tekerrüre ilişkin olarak eski kanuna göre daha lehe hükümler getirmekteyse sorun yoktur. Yeni kanun uygulanır. Farklılık sadece erteleme, koşullu salıverilme ve tekerrür hükümleri bakımından yeni kanunun aleyhe hükümler getirmesi hâlinde, yeni kanunun uygulanmamasından ve suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan infaz kanununun uygulanmasından ibarettir. Başka bir ifadeyle, yeni infaz kanunu erteleme, koşullu salıverilme ve tekerrür bakımından aleyhe olduğu takdirde, lehe olan eski infaz kanununun ileriye uygulanması sözkonusu olacaktır.

ÖZTÜRK/ERDEM, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, (9), No: 86; **KATOĞLU,** *Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması*, sh: 276-277.

35 **ROXIN,** *Strafrecht, Allgemeiner Teil I,* (4), § 5, No: 61; **SCHÖNKE/SCHRÖDER,** *Strafgesetzbuch Kommentar*[28], (**ESER/HECKER**), § 2, No: 7; **GROPP,** *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (3), § 2, No: 41.

36 *"5237 sayılı TCK'nın 58/9. maddesi, örgüt mensubu olan hükümlüler hakkında hükmolunan hapis cezasının infazı sırasında ve infazından sonra uygulanmak üzere denetimli serbestlik tedbiri uygulamasını getirmiş, ayrıca hükümlüler hakkında uygulanacak infaz rejiminin buna göre belirlenmesini öngörmüştür. Maddenin kapsam ve amacından da anlaşılacağı üzere, maddede yer alan hususların bir ceza değil, cezaya bağlı olarak uygulanacak infaz rejimi ile ilgili olduğu ve bu konunun gerek Yargıtay Ceza Genel Kurulu, gerekse Dairemizin yerleşik uygulamaları karşısında kazanılmış hak oluşturmayacağı da gözetilerek; silahlı örgüt üyeliği suçundan mahkumiyetine karar verilen hükümlüler hakkında anılan maddenin uygulanması konusunda her zaman bir karar verilmesi mümkün görülmüştür"* (9. CD., 14.07.2009, E. 2008-1560/K. 2009-8449, www.kazanci.com, Erişim tarihi: 27.09.2011).

İnfaz hukuku kurallarının uygulanmasında esas alınan derhal uygulama ilkesi sadece cezaların infazı değil, aynı zamanda güvenlik tedbirlerinin infazı açısından da geçerlidir. Buna göre, tekerrüre ilişkin yeni kanunun düzenlemesi aleyhe ise, lehe olan eski kanun ileriye yönelik uygulanır. Bunun dışında kalan güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesiyle ilgili yeni kurallar failin lehinde veya aleyhinde olup olmadıklarına bakılmaksızın uygulanacaktır[37].

III. Failin Lehine Kanunun Geçmişe Uygulanması

1. Genel Olarak

Ceza kanunları failin lehine olduğu takdirde geçmişe yürütülebilir. Nitekim bu, TCK md. 7'de ifadesini bulmaktadır; *"İşlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılamaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolunmuşsa infazı ve kanuni neticeleri kendiliğinden kalkar"* (f.1/c.2,3). *"Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur"* (f.2). Buna göre, fiilin işlendiği zaman ile infazın tamamlandığı ana kadar yapılan kanun değişiklikleri, failin lehine olduğu takdirde, uygulama alanı bulur. Böylece failin lehine olan yeni kanunun uygulanması geçmişe uygulama yasağının bir istisnasını ifade etmektedir.

Lehe kanunun uygulanmasının altında yatan düşünce şudur; fiilin gerçekleştirildiği zaman yürürlükte bulunan bir ceza kanunu sonradan ortadan kaldırıldığı veya daha yumuşatıldığı takdirde, kanun koyucu fiilin gerçekleştirildiği zamandaki kanunun artık uygun olmadığını ifade etmiş olacağından, önceki kanunun uygulanması kanun koyucunun kendisiyle çelişmesi anlamına gelecektir[38].

Lehe kanun, faili somut olayda maddî ceza hukuku bakımından daha uygun bir konuma getiren kanundur. Böylece maddî ceza hukukunun sorumluluğu ve yaptırımı ilgilendiren her türlü düzenlemesi gözönünde bulundurulmalıdır[39]. Bu nedenle, failin hukuksal durumunun bütün olarak ele alınması gerekmektedir[40].

---

37 **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA,** *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (4), sh: 169; **HAKERİ,** *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (10), sh: 66-67.

38 **KREY/ESSER,** *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil,* (4), No: 58.

39 **MAURACH/ZIPF,** *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband I*, (8), § 12, No: 14; **FISCHER, Thomas:** *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 57. Auflage, München 2010, § 2, No: 4.

40 **HAFT, Fritjof:** *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 9. Auflage, München 2004, sh: 36.

2. Fiilin İşlendiği Zaman İle İnfazın Tamamlanmasına Kadar Bir Kanun Değişikliğinin Varlığı

Suç teşkil eden bir fiil işlendiğinde, o anda yürürlükte bulunan kanuna tabidir. Fiilin işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun tespitine ilişkin ilkeleri yukarıda belirmiştik. Suçun işlendiği tarihten sonra fail lehine bir kanunun yürürlüğe girmesi mümkündür. Ancak failin lehe bu kanundan yararlanabilmesi için, bunun infazın tamamlanmasına kadar yürürlüğe girmiş olması gerekmektedir. Nitekim TCK md. 7/2, *"failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur"* ifadesine yer vererek bunu açıkça dile getirmiştir[41]. 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun md. 98/1 gereğince, sonradan yürürlüğe giren kanunun hükümlünün lehinde olması hâlinde, yerine getirilecek cezanın belirlenmesi için hükmü veren mahkemeden karar istenecektir. İnfaz tamamlandıktan sonra yürürlüğe giren kanun failin lehine olsa bile, fail herhangi bir talep ileri süremez. Çünkü fail hakkındaki ceza yaptırımı, kesinleşmiş hükmün bağlayıcılığı kuralı gereğince infaz edilmiştir ve hukuksal süreç sona ermiştir. Bununla birlikte, infaz tamamlanmış olmakla birlikte, ceza mahkûmiyetinin sonuçları devam etmekteyse, yine lehe kanun değerlendirmesi yapılmalıdır.

Bazı hukuk sistemleri hüküm kesinleştikten sonra, yani infaz aşamasında lehe kanun değişikliklerinin dikkate alınmayacağını kabul etmektedir. Örneğin Alman Ceza Kanunu § 2 III, fiilin tamamlandığı anda yürürlükte bulunan kanunun hükümden önce değişmesi hâlinde lehe kanunun uygulama alanı bulabileceğini ifade etmektedir. Bununla birlikte, sadece ilk derece mahkemesinde değil, temyiz incelemesi sırasında da karardan önce yürürlüğe girmiş olan lehe kanunun dikkate alınacağı ifade edilmektedir[42]. İtalyan

---

41 Aynı sistem İspanya Ceza Kanunu md. 2/2'de de benimsenmiştir. Bu düzenlemeye göre, sanığın lehine olan ceza kanunları, yürürlüğe girdiklerinde önceden kesinleşmiş bir hüküm bulunsa ve ceza infaz ediliyor olsa bile, geçmişe uygulanacaktır (Bkz. **HOFFMAN, Markus/MELIÁ, Manuel Cancio:** *Das spanische Strafgesetzbuch*, Freiburg im Breisgau 2002, sh: 17; **MANSO PORTO, Teresa:** *"Das Gesetzlichkeitsprinzip in Spanien"*, Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Teilband II, Berlin 2008, sh: 128, 138). Yine Rus Ceza Kanunu md. 10 da benzer bir hüküm sevk etmiştir (Bkz. **SCHROEDER, Friedrich-Christian/BEDNARZ, Thomas:** *Strafgesetzbuch der Russischen Föderation*, Freiburg im Breisgau 1998, sh: 43-44). Yine Portekiz Ceza Kanunu md. 2/2 ve md. 2/4, hem fiilin tamamen suç olmaktan çıkması hâlinde hem de sonraki kanunun lehe hükümler getirmesi hâlinde, önceki kanuna göre verilen mahkûmiyet hükmü kesinleşmiş olsa bile, yeni kanunun geçmişe uygulanacağını ve cezanın infaz edilen kısmının sonraki kanunla öngörülen ceza miktarını karşılaması hâlinde infazın ve ceza hukukuna ilişkin sonuçların ortadan kalkacağını ifade etmektedir (**FERNANDES, João Manuel:** *Das portugiesische Strafgesetzbuch*, Berlin 2010, sh: 35-36).

42 **SCHÖNKE/SCHRÖDER,** *Strafgesetzbuch Kommentar*[28], (**ESER/HECKER**), § 2, No: 17; **KREY/ESSER,** *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil,* (4), No: 59; **BA-**

Ceza Kanunu md. 2/2 bir fiilin suç olmaktan çıkması hâlinde infazın ve ceza hukukuna ilişkin sonuçların ortadan kalkacağını belirtmekle birlikte, md. 2/3 sonraki kanunun lehe hükümlerinin geçmişe yürütülebilmesi için önceki kanuna göre kesinleşmiş bir mahkûmiyetin olmamasını aramaktadır[43]. Aynı sistemi Fransız Ceza Kanunu da benimsemiştir (md. 112-1/3 ve 112-4/2)[44].

3. Lehe Kanunun Tespiti

Sonraki kanunun failin lehine olup olmadığının tespit edilmesinde bütün hukuksal durum gözönünde bulundurulmalıdır. Böylece önceki kanun ile sonraki kanun bütün maddî ceza hukuku kuralları bakımından karşılaştırılmalıdır[45]. Bu karşılaştırma kanunlardaki ceza oranlarının soyut olarak değil, somut olaya uygulanması suretiyle yapılır[46]. Bu bağlamda, eski ve yeni kanunların sadece lehe hükümlerinin biraraya getirilmesi, başka bir deyişle karma bir uygulama yapılması mümkün değildir[47].

a) Fiilin Suç Olmaktan Çıkarılması

İşlendiği zaman suç teşkil eden bir fiil, sonradan yürürlüğe giren bir kanunla suç olmaktan çıkartılmışsa, fail hakkında cezaya veya güvenlik tedbirlerine karar verilemeyecektir (TCK md. 7/1,c.2). Suç olmaktan çıkarma infaz aşamasında gerçekleşmişse, mahkûmiyet ve sonuçları kendiliğinden ortadan kalkacaktır (TCK md. 7/1,c.3). Çünkü kanun koyucu suç politikası açısından bir fiilin cezalandırılmasını artık gerekli görmediği takdirde, suç olmaktan çıkaran kanundan önce işlenmiş fiillere ceza uygulanmasının veya

---

UMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, (11), § 9, No: 44; **FISCHER,** *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, (57), § 2, No: 12; **LACKNER, Karl/KÜHL, Kristian:** *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 27. Auflage, München 2011, § 2, No: 7.

43 Bkz. **RIZ/BOSCH,** *Italienisches Strafgesetzbuch*, sh: 29; **JARVERS,** *"Das Gesetzlichkeitsprinzip in Italien"*, sh: 56, 63.

44 Bkz. **LELIEUR, Juliette/PFÜTZNER, Peggy/VOLZ, Sabine:** *"Das Gesetzlichkeitsprinzip in Frankreich"*, Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Teilband II, Berlin 2008, sh: 48-49.

45 **SCHÖNKE/SCHRÖDER,** *Strafgesetzbuch Kommentar*[28], (**ESER/HECKER**), § 2, No: 18.

46 **LACKNER/KÜHL,** *Strafgesetzbuch, Kommentar*[27], § 2, No: 3.

47 **KINDHÄUSER, Urs:** *Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar*, 4. Auflage, Baden-Baden 2010, § 2, No: 10; **FISCHER,** *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, (57), § 2, No: 9; **LACKNER/KÜHL,** *Strafgesetzbuch, Kommentar*[27], § 2, No: 3; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA,** *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (4), sh: 160; **ÖZTÜRK/ERDEM,** *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, (9), No: 91.

bu fiillerden dolayı daha önce verilmiş olan mahkûmiyetlerin infaz edilmesinin bir anlamı da kalmamaktadır.

Yeni kanun eski kanuna göre suç teşkil eden bir fiili kapsamına alan bir hukuka uygunluk nedeni getirmekteyse veya mevcut bir hukuka uygunluk nedeninin kapsamını genişletmekteyse, fiili suç olmaktan çıkarmış demektir[48]. Örneğin 765 sayılı TCK md. 49/2 saldırının bir kişinin nefsine veya ırzına yönelik olmasını arayarak meşru savunmanın kapsamını dar tutmuş ve özellikle malvarlığına yönelik saldırılar bakımından savunma fiilinin hukuka uygunluğunu kabul etmemişti. Buna karşın 5237 sayılı TCK md. 25/1 saldırının kişinin herhangi bir hakkına yönelmesini kabul ederek meşru savunmanın kapsamını geniş tutmuştur. Bu nedenle 765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde malvarlığını savunmak için saldırgana karşı bir fiil işlenmişse, TCK md. 25/1 uygulama alanı bularak fiilin hukuka uygunluğu kabul edilmelidir.

Suça teşebbüs hâlinin de tamamlanmış suç gibi cezalandırılacağını öngören hüküm kaldırılarak, teşebbüse ilişkin genel hükümlerin uygulanması yolu açılmışsa yeni kanun lehedir[49].

Suç olmaktan çıkarma ilgili fiilin kabahate dönüştürülmesi şeklinde de olabilir. Adlî para cezasını gerektiren bir fiil suç olmaktan çıkartılarak daha yüksek miktarda idarî para cezasını gerektiren bir kabahate dönüştürülmüş olsa bile, kabahat içeren kanun daha lehedir[50].

b) Yeni Kanunun Lehe Hükümler Getirmesi

TCK md. 7/2'ye göre; *"Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur"*.

Kanunlardan hangisinin lehe olduğunun tespiti, suç tiplerinin veya yaptırım miktarlarının soyut olarak karşılaştırılması suretiyle yapılamaz. Bu yüzden hangi kanunun somut olayda bütün olarak uygulandığında daha lehe bir değerlendirmeyi olanaklı kıldığı araştırılmalıdır[51]. Nitekim 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun md.

---

48 **KATOĞLU,** *Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması*, sh: 109.

49 **HAKERİ,** *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (10), sh: 62.

50 **KANGAL, Zeynel T.:** *Kabahatler Hukuku*, İstanbul 2011, sh: 71-72; **SCHÖNKE/SCHRÖDER,** *Strafgesetzbuch Kommentar*[28], (**ESER/HECKER**), § 2, No: 28; **MAURACH/ZIPF,** *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband I*, (8), § 12, No: 15; **LK-StGB[12] (DANNECKER),** § 2, No: 62.

51 **ÖZGENÇ,** *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (5), sh: 119; **KATOĞLU,** *Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması*, sh: 144, 149.

9/3 de bunu vurgulamıştır. Buna göre; *"Lehe olan hüküm, önceki ve sonraki kanunların ilgili bütün hükümleri olaya uygulanarak, ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenir"*[52]. Bu değerlendirmede sadece bir kanun değil, bir kurumla ilgili düzenlemelerin yer aldığı kanunların birlikte gözönünde bulundurulması gerekmektedir[53].

Yeni kanun yeni bir mazeret nedeni, kusuru ortadan kaldıran neden, kişisel cezasızlık nedeni veya cezayı ortadan kaldıran kişisel neden getirmişse ya da mevcut olanın kapsamını genişletmişse, failin lehinedir[54].

Tipikliğin unsurlarının değişmesi hâlinde bazı sorunlar ortaya çıkabilmektedir. Öncelikle, suç tanımının değişmesi durumunda, fiil önceki şekliyle cezalandırılabilir olmaya devam ettiği takdirde, bunun dikkate değer olup olmadığı sorunu ortaya çıkmaktadır. İkinci olarak, bir taraftan tipikliğin değişmesi dolayısıyla o zamana kadar yürürlükte bulunan ceza kanununun kalkması, diğer taraftan yeni bir suç tanımının yapılmasından dolayı fiilin işlendiği zaman yürürlükte olmayan bir ceza kanununun bulunması nedeniyle failin cezasız kalmasının gerekip gerekmediği sorunu gündeme gelmektedir. Bu sorunlar karşısında doktrinde egemen olan çözüm tarzı, *haksızlık tipinin devamlılığı* formülüdür. Buna göre, değişikliğe rağmen yeni suç tipi eski suç tipi ile esas itibarıyla hâlâ özdeş ise, haksızlık tipinin devamlılığından söz edilebilir. Bu durumda da fail, lehe olan suç tipi esas alınarak cezalandırılmalıdır. Buna karşın, haksızlık esası değişmişse, başka bir ifadeyle yeni suç tipi ile eski suç tipi arasında devamlılık yoksa, önceki suç tanımı artık yürürlükte olmadığı için uygulanabilirliği ortadan kalkmıştır. Yeni suç tanımı da geçmişe uygulama yasağı gereğince uygulama alanı bulamaz. Dolayısıyla fail cezalandırılamayacaktır[55].

Lehe kanunun tespiti bakımından değinilmesi gereken sorunlardan biri de, fiilin işlenmesinden sonra nitelikli bir unsurun yerine, failin fiilinde de bulunan bir başka nitelikli unsurun kabul edilmesidir. Bu durumda fail suçun temel şeklinden dolayı cezalandırılmalıdır[56]. Ancak önceki nitelikli

---

52 Belirtelim ki, bu düzenleme bir geçiş hükmüdür. Dolayısıyla 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girdiği dönemle sınırlı olarak uygulama alanı bulan bir düzenlemedir. Bununla birlikte, bunun dışında kalan lehe kanun değerlendirmelerinde de somut karşılaştırma ilkesine başvurulması her zaman mümkündür.

53 **ÖZGENÇ,** *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (5), sh: 122.

54 **SCHÖNKE/SCHRÖDER,** *Strafgesetzbuch Kommentar*[28], (**ESER/HECKER**), § 2, No: 19.

55 **SCHÖNKE/SCHRÖDER,** *Strafgesetzbuch Kommentar*[28], (**ESER/HECKER**), § 2, No: 22; **LK-StGB[12] (DANNECKER),** § 2, No: 63; **NK-StGB[3] (HASSEMER/KARGL),** § 2, No: 26.

56 **ROXIN,** *Strafrecht, Allgemeiner Teil I,* (4), § 5, No: 64; **SCHÖNKE/SCHRÖDER,** *Strafgesetzbuch Kommentar*, (**ESER/HECKER**), § 2, No: 22; **JAKOBS,** *Strafrecht Allgemeiner Teil*, (2), 4/75.

unsurla sonraki nitelikli unsur arasında bir devamlılık sözkonusu ise, failin lehine olan nitelikli unsur uygulanır.

Haksızlık tipinin devamlılığının belirlenmesi için gerekli olan özdeşliğin derecesi konusunda doktrinde ve uygulamada tartışma mevcuttur. Haksızlık tipinin dar devamlılığı düşüncesine göre, haksızlık tipinin devamlılığı, yeni suç tipini eski suç tipinin tamamen kapsamına alması ve o güne kadarki hukuka göre önem arz etmeyen maddî vakıalara ilişkin olmadığı takdirde, mevcuttur. Böyle bir durum, tipikliği sınırlandıran bir unsurun kaldırılarak cezalandırılabilirliğin alanı genişletildiğinde de mevcuttur. Cezalandırılabilirliğin alanı sınırlandırılmış ve fail tarafından gerçekleştirilmiş haksızlık yeni suç tipinin hâlâ kapsamına girmekteyse de farklı düşünmemek gerekir[57]. İkinci görüş, nitelikli fiil modellerine belirleyici önemi vermemek suretiyle, haksızlık tipinin devamlılığı bakımından sadece normun koruma amacına dokunulmamasını, böylece de haksızlığın esasının ortak olmasını aramaktadır[58]. Buna göre, suç tipleri farklı koruma amaçlarına sahip oldukları takdirde, artık karşılaştırma yapılmamalıdır. Sonuç olarak eski ve yeni kanunlara göre ortaya çıkan hukuksal durumlar arasındaki karşılaştırmanın temel koşulu, ilgili normların aynı hukuksal değeri veya en azından ilgili hukuksal değerin uygun düşen bileşenlerinin korunması olmalıdır[59]. Üçüncü görüş, haksızlık tipikliğinin devamı bakımından hem normun koruma amacının hem de ihlâl biçimlerinin belirleyici olduğunu savunmaktadır. Buna göre, normun koruma amacının değişmemesine dayanılması tek başına yeterli değildir. Garanti fonksiyonu bakımından suç tiplerinin esası, belirli hareketlerin tasvir edilmesi suretiyle haksızlığın tipikleştirilmesinde de mevcut bulunmaktadır. Bu yüzden karşılaştırılması yapılan suç tiplerinde normun koruma amacının özdeşliğinin yanısıra, ihlâl biçimlerinin de aynı olması zorunludur[60]. Dördüncü görüşe göre, haksızlık tipinin devamlılığı sadece, değişen tipiklik unsuru veya nitelikli unsur normun hâlâ aynı koruma alanında ve aynı ihlâl modelinde kalmışsa kabul edilebilir[61].

Her ne kadar kanunîlik ilkesine aykırı bulsak da, mevcudiyetleri yadsınamayacak olan çerçeve normu dolduran normlarda yapılan değişikliklere de değinmek gerekir. Çerçeve kanunları dolduran ceza hukuku dışındaki

---

57 **NK-StGB³ (HASSEMER/KARGL),** § 2, No: 32; **SK-StGB (RUDOLPHI),** § 2, No: 10.

58 Alman Federal Yüksek Mahkemesi 3. Ceza Dairesi'nin 26 Kasım 1992 tarihli kararı (BGHSt 39, sh: 54-71, özellikle sh: 68).

59 Bkz. **LK-StGB¹² (DANNECKER),** § 2, No: 67.

60 **LACKNER/KÜHL,** *Strafgesetzbuch, Kommentar*[27], § 2, No: 5.

61 **SCHÖNKE/SCHRÖDER,** *Strafgesetzbuch Kommentar*[28], (**ESER/HECKER**), § 2, No: 23.

normlar da bütün hukuksal durumun gözönünde bulundurulması kapsamında ele alınacaklardır. Çünkü bu normlar çerçeve kanunların tipikliğini meydana getirmektedirler. Çerçeve kanunları dolduran bu normlardaki kısmen veya tamamen yapılan değişiklikler ceza kanununun da değiştirilmesi sonucunu doğurmaktadır. Fakat ilgili normdaki her değişiklik bu sonuca yol açmaz. Bu nedenle bu normlardaki değişikliklerin çerçeve tipikliğin koruma amacına ve hareket modeline ve böylece de gerçekleşmiş haksızlığa esas itibarıyla dokunmaması hâlinde, haksızlığın devamından sözedilebilir[62].

Yeni kanun yalnızca gelecekteki yeni olaylara uygulanacağını, eski kanun zamanında işlenen fiiller bakımından önceki kanunun uygulanmaya devam edeceğini açıkça belirtmişse, daha lehe hükümler barındırıyor olsa bile, geçmişe uygulanamaz[63].

Adlî para cezası hapis cezasından her zaman daha lehe bir yaptırımdır[64]. Önceki kanuna göre hapis cezası adlî para cezasına çevrildiğinde ortaya çıkan miktar, yeni kanunda ceza olarak öngörülen adlî para cezası miktarından daha az ise, eski kanun daha lehedir. Çünkü hapis cezası adlî para cezasına çevrildiği takdirde, asıl mahkûmiyet çevrilen adlî para cezasıdır (Mülga 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun md. 4/4; TCK md. 50/5).

Fiilin işlendiği sırada henüz yürürlükte olmayan, infaz tamamlanmadan önce de yürürlükten kalkmış olan bir kanuna aradaki kanun adı verilmektedir. Başka bir ifadeyle, suçun işlediği tarihte yürürlükte olan kanunu ilga eden bir kanun çıkarılmış, bu kanun da daha sonra bir başka kanun tarafından ilga edilmiş olabilir. Aradaki bu kanun fail bakımından daha lehe bir değerlendirmeyi olanaklı kılmaktaysa, uygulanmalıdır[65]. Sonradan yürürlüğe giren kanundan değil, *kanunlardan* söz eden TCK md. 7/2 de bunu

---

62 **SCHÖNKE/SCHRÖDER,** *Strafgesetzbuch Kommentar*[28], (**ESER/HECKER**), § 2, No: 24; **FISCHER,** *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, (57), § 2, No: 8; **JAKOBS,** *Strafrecht Allgemeiner Teil*, (2), 4/70-72.

63 **SCHÖNKE/SCHRÖDER,** *Strafgesetzbuch Kommentar*[28], (**ESER/HECKER**), § 2, No: 20.

64 **FISCHER,** *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, (57), § 2, No: 10.

65 **JESCHECK/WEIGEND,** *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, (5), § 15 IV 5; **SCHÖNKE/SCHRÖDER,** *Strafgesetzbuch Kommentar*[28], (**ESER/HECKER**), § 2, No: 27; **MAURACH/ZIPF,** *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband I*, (8), § 12, No: 17; **KREY/ESSER,** *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil,* (4), No: 60; **ZAFER,** *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, sh: 73; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA,** *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (4), sh: 162; **CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT,** *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, (5), sh: 104; **ÖNDER,** *Ceza Hukuku Dersleri*, sh: 78; **İÇEL, Kayıhan/DONAY, Süheyl:** *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku*, 1. Kitap, 4. Bası, İstanbul 2005, sh: 101; **ÖZTÜRK/ERDEM,** *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, (9), No: 80.

doğrulamaktadır[66]. Bununla birlikte, aradaki bu kanunun geçici veya süreli bir kanun olmaması gerekir.

4. Geçici ve Süreli Kanunlar

Geçici kanunlar belirli bir olay üzerine uygulamaya sokulan ve bu olayın sona ermesiyle birlikte uygulaması kaldırılan kanunlardır Bu kanunların uygulanma süreleri gösterilmemekle birlikte, nitelikleri gereği belirli bir olayın ve hâlin devamına bağlı olarak uygulanırlar. Bu olay ve hâl sona erdiğinde de geçici kanunun uygulanması da sona erer. Süreli kanunlar ise, belirli bir zamanla sınırlı olarak yürürlükte kalan ve belirtilen sürenin sona ermesiyle yürürlükten kalkacak olan kanunlardır. Geçici ve süreli kanunların zaman bakımından uygulanabilirliğine ilişkin ilkeyi TCK md. 7/4 göstermektedir. Bu düzenleme gereğince; *"Geçici veya süreli kanunların, yürürlükte bulundukları süre içinde işlenmiş olan suçlar hakkında uygulanmasına devam edilir"*[67]. Aksi bir kabulün yürürlülük süresinin sonuna doğru geçici veya süreli kanunu ihlâl eden kişinin avantajlı konuma getirilmesi anlamına geleceğini öngören kanun koyucu, bu düzenlemeyi yapmıştır.

Fiilin gerçekleştirildiği tarihte yürürlükte olan kanun geçici veya süreli bir kanun ise, bu kanun uygulamadan kaldırıldığında veya süresi dolduğu için yürürlükten kalktığında, failin aleyhine veya lehine olup olmadığına bakılmaksızın uygulanmaya devam edilir. Böylece geçici veya süreli kanun zamanında işlediği suçlar bakımından fail, geçici kanun uygulamadan veya süreli kanun yürürlükten kaldırıldığında, daha lehe bir hukuksal konuma getiren kanun yürürlüğe girmiş olsa bile, bu yeni kanundan yararlanamaz. Böylece geçici veya süreli kanunlar bakımından ileriye uygulama ilkesi kabul edilmiştir. Örneğin, 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu geçici bir kanundur. Bu Kanun, sıkıyönetim bölgesinde Sıkıyönetim Komutanlığı tarafından alınan tedbirlere aykırı hareket edilmesini suç olarak tanımlamaktadır (md. 16). Bu suçu işleyen kişi sıkıyönetim kaldırıldıktan sonra da bu suçtan dolayı yargı-

---

66 **CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT,** *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, (5), sh: 104-105; **ZAFER,** *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, sh: 73; **KATOĞLU,** *Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması*, sh: 228.

67 Benzer düzenlemelere yabancı hukuklarda da rastlamak mümkündür. Örneğin Alman Ceza Kanunu § 2/4; İtalyan Ceza Kanunu md. 2/4 (**RIZ/BOSCH,** *Italienisches Strafgesetzbuch*, sh: 29; **JARVERS,** *"Das Gesetzlichkeitsprinzip in Italien"*, sh: 56, 63-64); İspanya Ceza Kanunu md. 2/2 (**HOFFMAN/MELIÁ,** *Das spanische Strafgesetzbuch*, sh: 17; **MANSO PORTO,** *"Das Gesetzlichkeitsprinzip in Spanien"*, sh: 128, 138-139); Portekiz Ceza Kanunu md. 2/3 (**FERNANDES,** *Das portugiesische Strafgesetzbuch*, sh: 36); İsveç Ceza Kanunu'nun Yürürlük Kanunu § 5/2 (**CORNILS, Karin:** *"Das Gesetzlichkeitsprinzip in Schweden"*, Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Teilband II, Berlin 2008, sh: 115-116, 122).

lanıp mahkûm edilebilecektir. Sıkıyönetimin kaldırılması sonucu oluşan lehe durumdan failin yararlanmasına TCK md. 7/4 izin vermemektedir[68].

Belirtmek gerekir ki, geçici veya süreli kanunların, esas aldığı hukuksal düşüncenin değişmesinden dolayı değil, sadece uygulama amacının ortadan kalkması veya yürürlülük süresinin dolması nedeniyle uygulamadan veya yürürlükten kalktıklarına dikkat edilmelidir[69]. Böylece geçici veya süreli kanundaki suç tipinde veya cezada lehe bir değişiklik yapılmışsa, kanun uygulamadan veya yürürlükten kalktıktan sonra da bu lehe düzenlemesiyle uygulanmaya devam eder[70].

Geçici veya süreli kanunlardaki bu ileriye uygulama kuralının da bir sınırı olduğu belirtilmektedir. Buna göre, başlangıçta geçici bir amaçla uygulamaya veya yürürlüğe sokulan geçici veya süreli bir kanun süreklilik karakteri kazandığı takdirde, ileriye uygulama ilkesi artık geçerli olmamalıdır. Böylece bu durumda artık lehe kanun değerlendirilmesi yapılabilmelidir[71].

5. Anayasa Mahkemesi Kararları'nın Etkisi

Anayasa Mahkemesi suç tanımı içeren bir düzenlemeyi iptal ettiğinde, bu iptal kararının Resmî Gazete'de yayınlanıp yürürlüğe girmesinden önce işlenmiş olan suçlara etki edip etmeyeceği sorunu ortaya çıkmaktadır. AY md. 153/5 gereğince, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları geriye yürümez. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi'nin lehe olan iptal kararlarından, iptal kararının yayınlanmasından önce suç işleyen kişiler yararlanamayacaktır. AY md. 153/5'in ceza kanunları bakımından adaletsiz sonuçlara yol açtığı ortadadır[72]. Ancak doktrinde Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının

---

68 **KANGAL, Zeynel T.:** *Askerî Ceza Hukuku*, Ankara 2010, sh: 358. Aksi yönde bkz. **KATOĞLU,** *Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması*, sh: 42.

69 **JESCHECK/WEIGEND,** *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, (5), § 15 IV 6; **SCHÖNKE/SCHRÖDER,** *Strafgesetzbuch Kommentar*[28], (**ESER/HECKER**), § 2, No: 37; **KREY/ESSER,** *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil,* (4), No: 62; **FRISTER, Helmut:** *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, München 2009, 5/3.

70 **SCHÖNKE/SCHRÖDER,** *Strafgesetzbuch Kommentar*[28], (**ESER/HECKER**), § 2, No: 38; **KATOĞLU,** *Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması*, sh: 204-205.

71 **SCHÖNKE/SCHRÖDER,** *Strafgesetzbuch Kommentar*[28], (**ESER/HECKER**), § 2, No: 38.

72 Bunu engellemeye yönelik bir öneri için bkz. **ÖZGENÇ,** *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (5), sh: 133; **ÖZGENÇ, İzzet:** *"Ceza Hukukunun Güvence Fonksiyonu"*, Kamu Hukuku Arşivi 2000, c: III, sy: 2-3, sh: 117. AY md. 153/5'in düzeltilmesine kadar iptal kararının yargılamanın yenilenmesinde kullanılabileceği çözümü için bkz. **ÖZTÜRK/ERDEM,** *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, (9), No: 85.

failin hukuksal durumunda lehe bir sonuca yol açmasının geçmişe uygulanabileceği yönünde görüşler bulunduğu gibi[73], Yargıtay da failin lehine olan bu yeni hukuksal durumu geçmişe uygulamaktadır[74].

---

73 **DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir:** *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, c: I, 11. Bası, İstanbul 1994, No: 360; **ÖNDER,** *Ceza Hukuku Dersleri*, sh: 86; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA,** *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (4), sh: 153-154; **DEMİRBAŞ,** *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (6), sh: 138; **KATOĞLU,** *Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması*, sh: 264-265.

74 *"Mahkemece; TCK.nun 441. maddesi uygulanarak sanıkların cezalandırılmalarına karar verilmiş ise de, anılan yasa maddesi, Anayasa Mahkemesi'nin 23.9.1996 gün ve 1996/15 E. ve 1996/34 K. sayılı kararıyla iptal edilmiş, 27.12.1996 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan bu kararın yayın tarihinden itibaren 1 yıl (yani 27.12.1997 tarihinden) sonra yürürlüğe girmesi öngörülmüştür. // Anayasa Mahkemesi bu iptal kararı ile TCK.nun 441. maddesine geçici bir nitelik vermiştir. // İptal kararının yürürlüğe girdiği 27.12.1997 tarihine kadar TCK.nun 441. maddesinin yürürlükte kalacağı ve bu tarihe kadar işlenen koca zinası suçlarına tatbik edileceği hususunda duraksama yoktur. Ancak; süre bitiminden önce işlenmiş ve henüz kesin hükme bağlanmamış koca zinasına ilişkin kamu davalarında nasıl bir uygulama yapılacaktır. // İptal edilen kanun ilga edilen kanun gibidir. Bu nedenle; iptal kararının yürürlüğe girdiği tarih itibariyle, koca zinası suçları yaptırımsız kalmıştır. Bu halde TCK.nun 2. maddesindeki genel kuralın sanıklar yararına uygulanması gerekmektedir. Bu durumun Anayasa Mahkemesinin verdiği iptal kararlarının geriye yürüyemeyeceğini düzenleyen Anayasa'nın 153. maddesinin 5. halde, eldeki davaların Anayasaya aykırılığı saptanmış olan kurallara göre çözümlenmesi, Anayasanın üstünlüğü prensibine ve Hukuk Devleti ilkesine aykırı düşeceği için uygun görülemez. Bir başka ifadeyle Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihi ileriye yönelik olarak ertelemiş bulunması, yasama organına aynı konuda iptal kararının gerekçesine uygun olarak yeni bir düzenleme yapması için olanak tanımak ve hukuki bir boşluk yaratmamak amacına yönelik olup, yargı mercilerinin bakmakta oldukları uyuşmazlıklarda hukuka ve Anayasaya aykırı bularak iptal edilmiş kuralları uygulaması ve uyuşmazlıkları bu kurallara göre çözümlemesi sonucuna doğurmaz. // Diğer taraftan Anayasanın 153. maddesinde yer alan ve iptal kararlarının geriye yürümezliğine ilişkin bulunan kural, iptal edilen hükümlere göre kazanılmış olan hakların ortadan kaldırılmasına veya toplum huzurunun bozulmasına yol açacak sonuçları önlemek ve hukuksal işlemlerin geçerliliğini sağlamak amacıyla kabul edilmiştir. Suç ise, hukuksal bir işlem değildir. Bu nedenle korunacak bir hak doğurmaz. İptal kararları, yasa koyucunun bir ceza hükmünü ortadan kaldırması işlemi gibi geçmişe etkili olması gerekir. Nitekim; mahkemelerden gelen Anayasaya aykırılık iddiası ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi 5 ay içinde karar verip açıklamaması halinde, mahkemenin davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandıracağına işaret eden ve Anayasanın 152. maddesinin 3. fıkrasında yer alan 'ancak Anayasa Mahkemesinin kararı esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse mahkeme buna uymak zorundadır' yolundaki kuralı da Anayasa Mahkemesinin verdiği iptal kararlarının, bu karardan önce açılmış bulunan ve görülmekte olan davalarda uygulanması gerektiğini açıkça belirtmektedir. // Bu görüş gerek öğretide, gerekse uygulamada benimsenmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da 9.9.1968 tarih, 3/485-248 ve 11.10.1971 tarih, 3/572-325 sayılı kararlarında; genel hukuk kurullarına göre aleyhe sonuç doğuran iptallerin, geriye yürümemesi gerektiğini,*

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararıyla ilgili bir başka sorun da, Anayasa Mahkemesi'nin iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırdığında, esasen iptal edilmiş olmakla birlikte boşluk doğmaması için bir süre daha yürürlükte kalacak olan kanuna göre suç işleyen kişilerin cezalandırılıp cezalandırılamayacağıdır. Böyle bir durumda da failin cezalandırılması gerektiği sonucuna varılmalıdır[75].

Kaynakça

ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner: *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 4. Baskı, Ankara 2009.

BAUMANN, Jürgen/WEBER, Ulrich/MITSCH, Wolfgang: *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, 11. Auflage, Bielefeld 2003.

CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem: *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 5. Bası, İstanbul 2008.

CORNILS, Karin: *"Das Gesetzlichkeitsprinzip in Schweden"*, Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Teilband II, Berlin 2008, sh: 113-125.

DEMİRBAŞ, Timur: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Bası, Ankara 2009.

DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir: *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, c: I, 11. Bası, İstanbul 1994.

---

iptal lehe olduğunda ise ilgililerin iptalden önceki hususlar hakkında Anayasa Mahkemesi kararına dayanarak her zaman hak iddia edebileceklerini açıklamıştır. / / Bir an için TCK.nun 441. maddesinin iptaline ilişkin Anayasa Mahkemesi kararında koca zinasının oluşumunun kadın zinasına nazaran daha ağır koşullara bağlı bulunduğu, bunun da Anayasanın eşitlik ilkesine aykırı olduğu için iptal edildiği, bu nedenle ve yapılacak kanun açısından TCK.nun 2. maddesinden söz edilemeyeceği düşünülebilirse de Anayasa Mahkemesi'nin, bu kararında ayrıca yasa koyucunun zinayı suç olmaktan çıkarabileceği veya onun gerçekleşmesini belli koşullara bağlayabileceğini de açıklamış olması karşısında, yapılacak düzenlemenin mutlak anlamda aleyhe olması gerektiği gibi bir gerekçeyi ve görüşü benimsemek olanaklı değildir. / / Kaldı ki; TCK.nun 441. maddesinin iptaline dair kararın 27.12.1996 tarihli Resmi Gazetede yayımlanmasından itibaren, oluşan yasa boşluğunun doldurulması için verilen bir yıllık sürenin 27.12.1997 de dolmasına ve o tarihten bu yana geçen süreye rağmen yeni bir düzenleme getirilmemesi ve yasama organının iradesinin bu yönde oluşması karşısında, TCK.nun 440. maddesinde yaptırıma bağlanan ve kadının zinası olarak nitelendirilen eylemin de Anayasanın eşitlik ilkesine aykırı olduğunun tartışılır hale gelmesine neden olmuştur" (5. CD., 09.03.1998, E. 1998-82/K. 1998-854, www.kazanci.com; Erişim tarihi: 11.09.2011).

75 **HAKERİ,** *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (10), sh: 69.

EREM, Faruk/DANIŞMAN, Ahmet/ARTUK, Mehmet Emin: *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Bası, Ankara 1997.

FERNANDES, João Manuel: *Das portugiesische Strafgesetzbuch*, Berlin 2010.

FISCHER, Thomas: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 57. Auflage, München 2010.

FORSTER, Susanne: *"Das Gesetzlichkeitsprinzip in England und Wales"*, Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Teilband II, Berlin 2008, sh: 29-39.

FRISTER, Helmut: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, München 2009.

GROPP, Walter: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, Berlin-Heidelberg 2005.

HAFT, Fritjof: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 9. Auflage, München 2004.

HAKERİ, Hakan: *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 10. Baskı, Ankara 2011.

HEINRICH, Bernd: *Strafrecht – Allgemeiner Teil I*, 2. Auflage, Stuttgart 2010.

HOFFMAN, Markus/MELIÁ, Manuel Cancio: *Das spanische Strafgesetzbuch*, Freiburg im Breisgau 2002.

İÇEL, Kayıhan/DONAY, Süheyl: *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku*, 1. Kitap, 4. Bası, İstanbul 2005.

JAKOBS, Günther: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Berlin-New York 1993.

JARVERS, Konstanze: *"Das Gesetzlichkeitsprinzip in Italien"*, Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Teilband II, Berlin 2008, sh: 55-66.

JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas: *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Berlin 1996.

KANGAL, Zeynel T.: *Askerî Ceza Hukuku*, Ankara 2010.

KANGAL, Zeynel T.: *Kabahatler Hukuku*, İstanbul 2011.

KATOĞLU, Tuğrul: *Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması*, Ankara 2008.

KINDHÄUSER, Urs: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Baden-Baden 2009.

KINDHÄUSER, Urs: *Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar*, 4. Auflage, Baden-Baden 2010.

KINDHÄUSER, Urs/NEUMANN, Ulfrid/PAEFFGEN, Hans-Ullrich: *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Band I (§§1-145d)*, 3. Auflage, Baden-Baden 2010. [Kısaltma: **NK-StGB³ (HASSEMER/KARGL),** § 2, No:].

KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 3. Baskı, Ankara 2010.

KÖHLER, Michael: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Berlin-Heidelberg 1997.

KREY, Volker/ESSER, Robert: *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil,* 4. Auflage, Stuttgart 2011.

KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe: *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 16. Baskı, İstanbul 2008.

LACKNER, Karl/KÜHL, Kristian: *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 27. Auflage, München 2011.

LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm/RISSING-van SAAN, Ruth/TIEDEMANN, Klaus: *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, Band 1, 12. Auflage, Berlin 2007. [Kısaltma: **LK-StGB[12] (DANNECKER),** § 2, No:].

LELIEUR, Juliette/PFÜTZNER, Peggy/VOLZ, Sabine: *"Das Gesetzlichkeitsprinzip in Frankreich"*, Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Teilband II, Berlin 2008, sh: 40-54.

MANSO PORTO, Teresa: *"Das Gesetzlichkeitsprinzip in Spanien"*, Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Teilband II, Berlin 2008, sh: 126-141.

MAURACH, Reinhart/ZIPF, Heinz: *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband I*, 8. Auflage, Heidelberg 1992.

MUNDAY, Roderick: *"İngiliz Hukukunda ve Common Law Ülkelerinde Kanunilik İlkesi"*, (Çev.: **Zeynel T. KANGAL**), İÜHFM 2003, c: LXI, sy: 1-2, sh: 441-464.

ÖNDER, Ayhan: *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul 1992.

ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR, M. Nihat/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker: *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 2. Baskı, Ankara 2011.

ÖZGENÇ, İzzet: *"Ceza Hukukunun Güvence Fonksiyonu"*, Kamu Hukuku Arşivi 2000, c: III, sy: 2-3, sh: 90-117.

ÖZGENÇ, İzzet: *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 5. Bası, Ankara 2010.

ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan: *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 9. Baskı, Ankara 2006.

PRADEL, Jean/CORSTENS, Geert: *Droit pénal européen*, 2e éd., Paris 2002, No:

RENGIER, Rudolf: *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* 2. Auflage, München 2010.

RIZ, Roland/BOSCH, Johanna: *Italienisches Strafgesetzbuch*, Bozen 1995.

ROXIN, Claus: *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. Auflage, München 2006.

RUDOLPHI/HORN/GÜNTHER/SAMSON: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1, Allgemeiner Teil,* 8. Auflage, München 2011.

SCHMIDT, Rolf: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 9. Auflage, Bremen 2010.

SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst: *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28. Auflage, München 2010.

SCHROEDER, Friedrich-Christian/BEDNARZ, Thomas: *Strafgesetzbuch der Russischen Föderation*, Freiburg im Breisgau 1998.

STRATENWERTH, Günter: *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat*, 3. Auflage, Bern 2005.

STRATENWERTH, Günter/KUHLEN, Lothar: *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Straftat*, 6. Auflage, München 2011.

ÜNVER, Yener: *"Ceza Yargılaması Normlarının Derhal Uygulanması İlkesine İlişkin Bir Yargıtay CGK. Kararının İncelenmesi"*, İÜHFM 1991-1994, c: LIV, sy: 1-4, sh: 201-218.

ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Baskı, Ankara 2011.

WESSELS, Johannes/BEULKE, Werner: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 40. Auflage, Heidelberg 2010.

ZAFER, Hamide: *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, İstanbul 2010.

ZHAO, Yang/RICHTER, Thomas: *"Das Gesetzlichkeitsprinzip in China"*, Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Teilband II, Berlin 2008, sh: 3-15.

ZIESCHANG, Frank: *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* 2. Auflage, Stuttgart 2009.

Suçların ve Cezaların İçtimaı

*Fatma KARAKAŞ DOĞAN**

ÖZET

Makalede suçların ve cezaların içtimaı kurumları incelenmiştir. Suçların içtimaı konusunda Türk Ceza Kanununun sistemi ile suçların içtima ettiği başlıca kurumlar ele alınmıştır. Mevzuatımızda yer almayan cezaların içtimaı kurumu, Alman Ceza Kanunu ile 765 sayılı Türk Ceza Kanunu ışığında incelenmiş ve buna ilişkin başlıca sistemler anlatılarak gerekliliği üzerinde durulmuştur.

Anahtar kelimeler: Suçların içtimaı, bileşik suç, zincirleme suç, fikri içtima, cezaların içtimaı.

I. GENEL OLARAK

Tipiklikte korunan bir hukuksal değerin, hukuka aykırı ve kusurlu bir hareketle ihlal edilmesi suçun basit şeklidir. Korunan her hukuksal değerin ihlali ayrı bir suç olarak kabul edilir.[1] Böylece kanunda yer alan tanıma uygun olarak gerçekleştirilen her neticenin ayrı ve bağımsız bir suç oluşturması ve failin meydana gelen zarar neticesi sayısı kadar cezalandırılması kuraldır. Ancak tek neticenin bir veya birden fazla hareketten meydana geldiği veya hareketlerin birden fazla olmasına karşın neticenin tek olduğu veyahut bir veya birden fazla hareketle tek neticenin ve tek suçun işlendiği durumlarda genel kurallardan ayrılmak zorunlu olmaktadır.[2] İşte bu durumlarda ortaya çıkan sorunlar içtima kuralları ile çözülecektir.

Birleşme, kaynaşma ya da toplanma olarak da adlandırılan içtimanın ceza hukukunda iki türü bulunmaktadır. Bunlardan ilki suçların, ikincisi cezaların içtimaıdır.

---

* Yrd. Doç. Dr., Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

1 Ayhan Önder, Ceza Hukuku Dersleri, 1992 İstanbul, 445-6; Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C:I, 1997 İstanbul, 391; Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Yenerer Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 3. B., 2005 İstanbul, 488.; Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökcen/Ahmet Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. B., 2007 Ankara, 791; Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. B., Ankara 2007, 441.

2 Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C:II, 12. B., 1999 İstanbul, 373.

Suçların içtima ettiği hallerde, içtima eden suçlardan bazılarının cezası fail hakkında uygulanmamaktadır. Suçların içtimaı suç genel teorisine dair bir konudur. Öteden beri suçların içtimaının hukuksal niteliğine ilişkin çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Gerçekten de suçların içtimaını suçtan doğan ceza sorumluluğunu etkileyen bir hal olarak gören görüşler terk edilmiş, buna karşılık birleşen suçların birbiri içinde eridiğini ve sonuç olarak tek suça dönüştüğünü kabul eden görüşler ağırlık kazanmıştır.[3] Suçların içtimaında korunan hukuki yararın birden fazla olduğu gözetilerek bu konunun suçların özel görünüş biçimlerinden birisi olarak incelendiğini görmekteyiz.[4]

765 Sayılı Türk Ceza Kanununda olduğu gibi, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda da suçların içtimaına ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir. Buna karşılık 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu suçların içtimaına ilişkin hükümlerin uygulama alanını daraltarak suçların gerçek içtimaı kuralının uygulanma alanını genişletmiştir.[5]

Failin birden fazla hareketle, cezalandırılması mümkün birden fazla ihlale yol açması halinde ise suçların değil cezaların içtimaından bahsedilir.[6] Yaptırım teorisini ilgilendiren bir konu olarak ele alınan cezaların içtimaı, failin birden çok cezasının nasıl toplanacağını ve infazının nasıl düzenleneceğini göstermektedir. Cezaların içtimaında, suçların değil ancak bu suçlara ait cezaların bir araya gelmesinden bahsedilmektedir. Her suç bağımsızlığını korumaya devam ettiği için bu çeşit içtimaın gerçek içtima olarak da adlandırıldığını görmekteyiz.[7]

II. SUÇLARIN İÇTİMAI

1. Kavram

Tarihi gelişime bakıldığında, Roma hukukunda suçların içtima kurallarının bilinmediği belirtilmektedir. Hareketin sayısı da belirleyici değildi ve en basit hali ile fail meydana gelen netice sayısı kadar cezalandırılmaktaydı. Glassotörlerin ve Postglassotörlerin Roma hukukunu yeniden düzenlemeleri aşamasında suçların içtimaı önem kazanmıştır. Özellikle 16. yüzyılda cezaların toplanmasının yol açtığı şiddetli cezalara karşı çıkılmış ve fikri içtima ile birlikte, cezaların içtimaı ve zincirleme suç kavramları ortaya atılmıştır.[8]

---

3 Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, C:II, 373-4.

4 Önder, 447; Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Yenerer Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 3. B., 2005 İstanbul, 488 vd.

5 Mahmut Koca, *"Fikri İçtima"*, Ceza Hukuku Dergisi, Y:2, S:4, Ağustos 2007, 197.

6 Artuk/Gökcen/Yenidünya, 792.

7 Dönmezer/Erman, C:II, 374.

8 Kayıhan İçel, Suçların İçtimaı, İstanbul 1972, 46; Önder, 465.

Yürürlükten kaldırılan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu gibi, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda da suçların içtimaı kurumu düzenlenmiştir. Kanunun genel gerekçesinde kabul edilen temel ilke; "kaç tane fiil varsa o kadar suç ve kaç tane suç varsa o kadar ceza vardır" biçiminde özetlenmiştir. Bu temel ilkenin istisnasını suçların içtimaına dair hükümler oluşturmaktadır. İstisna hükümlerinin dışında kalan her durumda her suça ayrı bir ceza verilmesi kuraldır.[9] Suçların içtimaı, birden fazla suçun tek failde toplandığı durumu ifade etmektedir.[10] Alman Hukukundaki ifadesi ile fiilin tek olması ile birden fazla olması arasında ayrım yapılmaktadır.[11] Bir kimsenin birden fazla suç işlemesi halinde sorumluluğunun ne şekilde belirleneceği üzerinde durulmaktadır.[12]

Suçların içtimaına ilişkin düzenlemeler Türk Ceza Kanununda, bileşik suç (TCK m.42), zincirleme suç (TCK m.43/1,3), aynı türden fikri içtima (TCK m.43/2,3) ve farklı türden fikri içtima (TCK m.44) olarak yer almaktadır. Kanun koyucu bu hallerde gerçek içtima temel ilkesinden ayrılmıştır. Suçların içtimaı halinde ortada birden fazla suç bulunduğu kabul edilmekte ancak faile tek bir suçun cezası verilmektedir.

Türk Ceza Kanununda suçların içtimaı başlığı altında bileşik suça yer verilmesini eleştiren yazarlar, bileşik suçta tüketen-tüketilen norm ilişkisi bulunduğunu ancak neticede ortada tek bir suç bulunması nedeni ile suçların içtima ettiğinden sözedilemeyeceğini savunmaktadır.[13] Gerçekten kanuni tanımda da "tek fiil sayılan suç" (TCK m.42) deyişine yer verilmiştir. Böyle olunca da suçların içtima ettiği haller fikri içtima ile zincirleme suçtan ibarettir. Aşağıda Türk Ceza Kanunu sistematiği izlenmiş ve suçların içtimaı başlığı altında bileşik suç da ele alınmıştır.

Suçların gerçek içtimaına ise kanunun genel gerekçesinin yanında çeşitli suç tiplerinde yer verilmiştir.

2. Gerçek İçtima

5237 sayılı Türk Ceza Kanununda benimsenen temel ilke suçların gerçek içtimaıdır. Bu ilke Kanunun genel gerekçesinde; "kaç tane fiil varsa o

---

9 Artuk/Gökcen/Yenidünya, 790; İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. B., Ankara 2008, 497.

10 Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Temel Bilgiler, 3. B., Ankara 2008, 282; Artuk/Gökcen/Yenidünya, 791.

11 Hans-Heinrich Jescheck, Alman Ceza Hukukuna Giriş (Çev. Feridun Yenisey), İstanbul 2007, 55.

12 Kayıhan İçel, *"Suçların İçtimaı"*, in: Ceza Hukuku Günleri, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, 26-27 Mart 1997, Beta Yay., İstanbul 1997, 251; Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009, 433.

13 Koca, 198.

kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza vardır" biçiminde ifade edilmiştir. Genel gerekçenin yanında kanunun özel hükümler kitabında düzenlenmiş olan çok sayıda suç tipinde gerçek içtima kuralına ayrıca vurgu yapılmıştır.

Suçların gerçek içtimaına ilişkin özel vurgu içeren kanun hükümlerinin üç kategoride incelenmesi mümkündür.

Cebir kullanılmasının suçun temel veya nitelikli şeklini oluşturduğu haller; bu grubu, bir suçun işlenmesi için kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri gerçekleştiğinde, faile hem ilgili suçtan hem de TCK m.87'de yer alan kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halinden cezalandırmaya gidilen durumlar oluşturmaktadır. Cinsel saldırı suçunun işlenmesi sırasında, mağdurun direncinin kırılmasını aşacak derecede cebir kullanılması (TCK m.102/4, TCK m.103/5), kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda kasten yaralama suçunun nitelikli şeklinin gerçekleşmesi (TCK m.109/6), yağma suçunun işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış şeklinin gerçekleşmesi (TCK m.149/2) hallerinde fail ayrıca kasten yaralama suçunun nitelikli şeklinden halinden sorumlu tutulacaktır.[14]

İkinci grupta; suç tanımını içeren normda, suçun unsurlarına ilişkin kastın yanında, failin belirli bir amaç doğrultusunda hareket etmesinin arandığı durumlar bulunmaktadır. Hukuk literatürümüzde özel kast olarak da adlandırılan bu kusurluluk türüne, Türk Ceza Kanunda suçun temel şekline ilişkin bir unsur olarak yer verilmektedir. TCK m.220/1'de yer alan suç işlemek amacı ile örgüt kurmak, TCK m.79/1'de yer alan maddi çıkar sağlamak amacıyla göçmen kaçakçılığı yapmak, TCK m.241'de yer alan kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para vermek suçlarında, amacın ilgili suçun manevi unsurunu oluşturduğunu görmekteyiz. Yine kasten adam öldürme suçunda olduğu gibi bazı hallerde, failin amacı suçun nitelikli şeklinin meydana gelmesinin unsuru olarak düzenlemiştir. Bu durumda fail amacı nedeni ile daha ağır biçimde cezalandırılacaktır. Amaçlanan fiilin işlenmesi halinde, fail amaç suç ile araç suçtan gerçek içtima kuralı gereği sorumlu olacaktır.[15]

Türk Ceza Kanununda gerçek içtima kuralına göre failin cezalandırılacağının düzenlendiği ikinci grup suçlara örnek olarak, TCK m.76/2 ve TCK m.77/2'de yer alan soykırım ve insanlığa karşı suçlar kapsamında işlenen kasten yaralama ve kasten öldürme suçlarından failin belirlenen mağdur sayısı kadar, sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan (TCK m.212), iftira suçunda, mağdurun iftira nedeni ile soruşturma ve kovuşturmaya

---

14 Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 497.

15 Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 498-499.

uğraması ve özgürlüğünden yoksun kalması halinde, failin hem iftira hem de hürriyetten yoksun bırakmayı gösterebiliriz.[16]

Bazı yazarlar, Türk Ceza Kanununda madde metinlerinde ya da madde gerekçelerinde failin gerçek içtima kuralına göre cezalandırılacağının düzenlendiğini ancak gerçek içtimanın tanımının yapılmadığını belirtmiştir. Böyle bir tanım Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'da da yer almamaktadır.[17]

3. Bileşik Suç

a. Kavram

Mürekkep suç olarak da adlandırılan bileşik suçta, tek başına bağımsız suç oluşturan bir neticenin diğer bir netice içinde eridiğini görmekteyiz.[18] Kanun koyucu tarafından oluşturulan yeni suç tipi ihlal edildiğinde, karmaya dahil olan suçlar ihlal edilmiş gibi görünse de ihlale uğrayan yeni oluşturulan suç tipidir. Faile karma haline getirilmiş tek suçun cezası verilir.[19]

765 Sayılı TCK m.78'de bileşik suç düzenlenmişti. Bu düzenlemede, işlenen birden çok fiilin ne zaman tek suç sayılacağı ve ne zaman birden fazla suç sayılarak cezaların gerçek içtimaı yoluna gidileceği açıklanmıştı. TCK m.42'de, suçların içtimaı hallerinden birisi olarak bileşik suç düzenlenmiştir.

Bileşik suç iki ayrı suçtan oluşmaktadır. Ancak yasada bu suçlardan biri diğerinin unsuru veya ağırlatıcı nedeni olarak düzenlenerek iki suç tek suç haline getirilmiştir. Bileşik suç halinde faile tek ceza verilir ve suçların içtimaı halinde olduğu gibi verilen cezanın arttırılması yoluna gidilmez.[20] Bileşik suçun ilk biçiminde suçlardan birisi diğerinin unsurudur ve kanun koyucu birleşen bu iki suça yeni bir isim vermektedir. Diğer biçimde ise, bir suç diğer suçun ağırlatıcı nedeni olarak öngörülmüştür. Bu halde kendisinde ağırlatıcı neden bulunan suçun niteliği değişmez, kanundaki adı da aynı kalır ancak basit şekli değil nitelikli şekli sözkonusu olur.[21]

Bileşik suç halinde, soyut olarak suçların birleşmesi içerisinde ele alınan ancak yargıcın suçların birleşmesine ilişkin değerlendirme yapmasına

---

16 Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 500-501.

17 Centel/Zafer/Çakmut, 509, dn.76.

18 Dönmezer/Erman, C:I, 406.

19 Artuk/Gökcen/Yenidünya, 805.

20 Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 9. B., Ankara 2006, 249; Centel/Zafer/Çakmut, 509; Veli Özer Özbek/M. Nihat Kanbur/Pınar Bacaksız/Koray Doğan/İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010, 513.

21 Dönmezer/Erman, C:I, 406-407.

gerek bulunmayan bir durum vardır. Kanun koyucu suçlardan birini diğerinin unsuru haline getirmekte ve yepyeni bir suç tipi yaratarak yaptırımını düzenlemektedir.[22] TCK m.149/1'de düzenlenen yağma suçu, tehdit ve cebir kullanılmak suretiyle gerçekleştirilen hırsızlık suçu olup bileşik suçun örneğidir. Yağma suçunun konut dokunulmazlığının ihlali suretiyle işlenmesi halini, kanun koyucu TCK m.149/1-d hükmünde ağırlatıcı bir neden olarak düzenlemiştir. Dolayısıyla faile yağma suçunun nitelikli halinden ceza verilecek ancak konut dokunulmazlığının ihlali suçundan ceza verilemeyecektir.[23] Gerçekten de konut dokunulmazlığının ihlali suçu, genellikle başka bir suçun işlenmesinde unsur ya da esas işlenmesi kastedilen suçun işlenebilmesi için ön suç niteliğindedir.[24]

Kanun koyucu tarafından açıkça düzenlenmeyi gerektirdiği için, yorumla bileşik suç yaratılması mümkün değildir. Kuşkusuz kanun koyucu yeni bileşik suçlar yaratabileceği gibi, bileşik suç içinde düzenlenen suç tiplerini bağımsız birer suç olarak da düzenleyebilir.[25]

b. Bileşik Suç Kapsamında Sayılmayan Haller

Bileşik suçun özelliği, farklı suçların somut olayda bir araya gelmesi değil kanunda açıkça düzenlenmiş olmasıdır. Aksi halde bileşik suçtan sözedilemez.

Bileşik suç kapsamında değerlendirilemeyecek hallerde, faile tek ceza değil gerçek içtima kuralına göre, her suçtan ayrı ayrı ceza verilecektir. Bir suçu işlemek veya işlenmiş bir suçu gizlemek için başka bir suçun işlenmesi veya bir suç vesilesiyle başka bir suçun işlenmesi halinde faile tek ceza verilemeyecektir.[26] Örneğin muhasebe elemanı olan sanığın, bankaya yatırılmak üzere kendisine teslim edilen parayı mal edinmesi ve bu suçu gizlemek için sahte dekont düzenlemesi hali, TCK m.212 uyarınca iki ayrı suç olarak cezalandırılacaktır. Oysa 765 sayılı TCK döneminde sahte evrak düzenlenmesi dolandırıcılık suçunun hile unsurunu oluşturmakta ve 765 sayılı TCK m.79 uyarınca ağırlaştırılmış tek ceza ile yetinilmekteydi.[27]

TCK m.42'de yer alan düzenleme bulunmasaydı da bileşik suç olarak kanuni unsurları tanımlanmış bir suça gerçek içtima hükümlerinin uygulan-

---

22 Ali Kemal Yıldız, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, İstanbul 2007, 126-127.

23 Hakari, 284-285; Yağma suçunun işlenmesi sırasında kasten yaralamanın netice sebebiyle ağırlaşmış şekillerine ulaşılmışsa, fail ayrıca kasten yaralamadan dolayı da sorumlu olur, Timur Demirbaş, *"Yağma Suçları"*, in: 3. yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, Ankara 2009, 250.

24 Ayhan Önder, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 1994, 77.

25 Yıldız, 127.

26 Centel/Zafer/Çakmut, 510; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, 514.

27 Sedat Bakıcı, Ceza Hukuku Özel Hükümler I, Ankara 2008, 288-289.

ması mümkün olmayacaktı. Aynı biçimde kanuni tanımda bulunmayan bir suç tipine bileşik suç hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Bu nedenle bazı yazarlar, bileşik suça ilişkin düzenlemenin, kurumun esasına etkili olmadığını savunmaktadır.[28] TCK m.42'nin gerekçesinde, düzenlemenin yanlış uygulamaların önüne geçmek amacıyla getirildiği belirtilmiştir. Yargıtay'ın son dönem kararlarında bileşik suça ilişkin istikrar bulunmaktaysa da yapılan düzenleme ile ileride içtihat değişikliğine gidilmesi engellenmiştir.[29]

4. Zincirleme Suç

a. Kavram

TCK m.43/1'de yer alan tanıma göre; "bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda bir cezaya hükmedilir." Zincirleme suçta, her biri ayrı suç oluşturan ve başlı başına cezalandırılabilen birden fazla fiil bulunmaktadır. Ancak kanun koyucu suç politikası gereği, eylemlerin işlenişinde karar birliği bulunmasını gerekçe göstererek birden fazla suçu tek suçun cezası ile cezalandırmaktadır.[30]

Aynı suç işleme kararının icrası kapsamında işlenmiş olan suçlar arasında subjektif bir bağ bulunduğu kabul edilmektedir. Buna karşılık aynı suç işleme kararı ile de olsa farklı kişilere karşı aynı suçun işlenmesi halinde zincirleme suçun varlığı kabul edilmeyerek fail suç sayısınca cezalandırılmaktadır.

Zincirleme suç kurumu, cezaların şiddetini azaltmak amacıyla 16. yüzyılda ortaya çıkmıştır. Üç defa hırsızlık suçunu işleyen kişilerin ölüm cezasına mahkum edilmeleri gerektiği yönündeki kanun hükümlerinin uygulanmasını engellemek üzere düşünülmüş giderek diğer suç tiplerinde de uygulama alanı bulmuştur.[31]

Tarihi gelişimden çıkan sonuç, zincirleme suç hükümlerinin failin lehine olarak artaya çıktığıdır öyle ise bu hükümlerin fail aleyhine yorumlanmaması gerekir.[32] TCK m.43 ile zincirleme suçun uygulama alanı büyük ölçüde

---

28 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, 514.

29 İzzet Özgenç, Gerekçeli Türk Ceza Kanunu, Ankara 2004, 127.

30 Centel/Zafer/Çakmut, 497; Artuk/Gökcen/Yenidünya, 811; Yıldız, 127-128.

31 İçel, Suçların İçtimaı, 46; Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 451; Dönmezer/Erman, I, 392; Önder, 465; İdris Şeker, *"Zincirleme Suç TCK m.43"*, http://www.yayin.adalet.gov.tr/dergi/36.say%C4%B1/idrisseker.pdf (19.09.2010)

32 Öztürk/Erdem, 244.

daraltıldığı için, cezaların şiddetini azaltmak üzere zincirleme suçun kabul edildiği görüşünün kanun koyucu tarafından dikkate alınmadığı anlaşılacaktır.

b. Zincirleme Suçun Hukuki Esası

Zincirleme suçun hukuki esası ile ilgili farklı görüşler bulunmaktadır.

Bazı yazarlar zincirleme suçta tek suç bulunduğunu savunmakta ve aynı suç işleme kararı ile aynı kanun hükmünün ihlal edilmesi koşullarını bu görüşe dayanak olarak sunmaktadır. Ortada tek suç vardır ve faile tek ceza uygulanır.[33]

Bazı yazarlar ise, zincirleme suçta her biri bağımsız ve tek başına cezalandırılmaya elverişli birden fazla suç bulunduğunu ancak failin ağır biçimde cezalandırılmasını engellemek için bu suçların tek suç gibi cezalandırıldığını savunmaktadır. Zincirleme suçu oluşturan suçların bağımsız birer suç olduğu görüşü yaygındır.[34] Bu görüşteki yazarlar, 765 sayılı TCK m.80'de geçen "tek suç sayılır" ifadesi yerine, "tek ceza verilir" ifadesinin geçirilmesini savunmuştur.[35]

Zincirleme suçun hukuki temeli ile ilgili olarak ileri sürülen diğer görüş ise, ortada varsayılan birlik olduğu yönündedir. Aynı kişi tarafından ortak bir kararla işlenmiş çok sayıda suç bulunmaktadır. Zincirleme suçun birden fazla suçtan oluştuğu kabul edilmezse, faile verilecek cezanın neden arttırıldığı açıklanamaz.[36]

Kanımızca zincirleme suçta her biri bağımsız ve cezalandırılmaya elverişli birden fazla suç vardır. Nitekim TCK m.43/1'de, suçların çokluğuna fakat cezanın tekliğine vurgu yapılarak suç çokluğu teorisi açıkça kabul edilmiştir.

c. Zincirleme Suçun Koşulları

aa. Aynı Suçun Birden Fazla İşlenmiş Olması

Kural olarak kanuni tanımda yer alan ve dış dünyada değişiklik meydana getiren her hukuka aykırı netice bağımsız bir suç oluşturur ve fail mey-

---

33 Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 451.

34 Önder, 465-466; Centel/Zafer/Çakmut, 498-499; Dönmezer/Erman, I, 392; Kayıhan İçel/Füsun Sokullu Akıncı/İzzet Özgenç/Adem Sözüer/Fatih S. Mahmutoğlu/Yener Ünver, İçel Suç Teorisi, 2. B., İstanbul 2000, 435; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, 515.

35 İçel, "*Suçların İçtimaı*", 253.

36 Koca/Üzülmez, 441.

dana gelen suç sayısı kadar cezalandırılır. İşte zincirleme suç, faile tek neticenin cezası ile cezalandırılma olanağı sağlayan bir kurumdur.[37] Bu suçların her birisinin ayrı ayrı ve tüm unsurları ile oluşması gerekmektedir. Suçların icrai ya da ihmali olması veya teşebbüs aşamasında kalmış olması zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasına engel değildir.[38] 765 Sayılı TCK m.80'de birden fazla suçun bulunması koşulu; "kanunun aynı hükmünün birkaç defa ihlal edilmesi" biçiminde açıklanmıştı.

TCK m.43/1'de; "…aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda…" denilmek suretiyle, zincirleme suç hükümlerinin uygulanması için birden fazla suç bulunması gerektiği ifade edilmiştir. TCK m.43/1 uyarınca, bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren şekilleri aynı suç kapsamında değerlendirilmekte dolayısıyla zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasına yol açmaktadır. Suçun temel şekli ile daha ağır cezayı gerektiren nitelikli şeklinin işlenmesi halinde m.43/1'de yer alan arttırım suçun nitelikli şekline göre yapılır.[39]

Kanunda açıkça bir suç işleme kararının icrası kapsamında işlenen birden fazla suçtan bahsedilmiş olduğuna göre, zincirleme suç hükümleri ancak kasten işlenen suçlarda uygulama alanı bulacaktır. Nitekim taksirle işlenen suçlarda bir suç işleme kararından bahsedilmesi mümkün değildir.[40] Suç işleme kararının tek oluşu zincirleme suçun unsuru olduğuna göre, taksirle işlenen suçların zincirleme suç hükümlerinin uygulanma alanı dışında kalması gereklidir. Nitekim TCK m.85/2 ve m.89/4'de, taksirle birden fazla kişinin ölümüne veya yaralanmasına yol açma suçlarında, cezanın ağırlaşması sonucunu doğuracak özel düzenlemeye yer verilmiştir.[41]

Yine zincirleme suça esas alınacak suçların hepsinin tamamlanmış olması gerekmez. Bazı suçlar tamamlanmış, bazıları teşebbüs aşamasında kalmış olabilir.

TCK m.43/1 hükmünde; "…değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda…" demek suretiyle 765 sayılı TCK m.80'de yer almayan "değişik zamanlarda" koşulu getirilmiştir. 765 Sayılı TCK m.80'e göre, değişik zamanlarda işlenmiş olsa dahi zincirleme suç

---

37 Dönmezer/Erman, I, 391; Önder, 465; Öztürk/Erdem, 245.

38 Centel/Zafer/Çakmut, 499; Önder, 468; Mustafa Artuç, *"Zincirleme Suç"*, Terazi Hukuk Dergisi, YI:3, S:28, Aralık 2008, 48.

39 Artuç, 55; Özgenç, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, 513; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, 516; Centel/Zafer/Çakmut, 501; Artuk/Gökcen/Yenidünya, 812.

40 Dönmezer/Erman, I, 396; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, 520.

41 Centel/Zafer/Çakmut, 507-508.

hükümleri uygulanabilmekte iken, TCK m.43 ile bu olanak ortadan kaldırılmıştır.[42] Buna karşılık birden fazla kişiye karşı aynı suçun tek bir fiil ile yani aynı anda işlenmesi mümkündür. Bu durumda zincirleme suç değil fikri içtimaının uygulanması gerekecektir. Gerçekten de bu konuda doğacak sorunların giderilmesi amacıyla olsa gerek, TCK m.43/2 ile aynı suçun tek fiille ve birden fazla kişiye karşı işlenmesi halinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir. Esasen aynı anda aynı kişiye karşı birden fazla suçun işlenmesi mümkün değildir. Fiiller arasında kısa da olsa bir zaman aralığının bulunması gerekir. Öyle ise TCK m.43'e göre zincirleme suçun oluşması için 765 Sayılı Türk Ceza Kanunundan farklı olarak, birden fazla suçun değişik zamanlarda işlenmesi koşulu getirilmiştir.[43] Ancak kanun zincirleme suça esas suçların değişik zamanlarda işlenmesi koşulunu getirmemiş olsaydı da uygulamada sorun yaşanmayacaktı.

Yargıtay TCK m.43'de yer alan "değişik zamanlarda" ibaresinin lâfzî olarak anlaşılmaması gerektiği görüşündedir. Bu bağlamda Yargıtay'ın bir kararında, suça konu çeklerin tek alışveriş nedeni ile toplam borca karşılık olarak aynı zaman dilimi içinde verilmiş olması halinde, "değişik zamanlarda" ibaresi gerekçe gösterilerek zincirleme suçun düzenlendiği TCK m.43'ün uygulanmaması eleştirilmiştir.[44] Başka bir kararda, borca karşılık üç adet çekin aynı anda ibraz edilmesi, zincirleme suç kapsamında değerlendirilmiştir.[45]

bb. Birden Fazla Suçun Tek Suç İşleme Kararı İle İşlenmiş Olması

Zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi için failin birden fazla suçu tek suç işleme kararı ile işlemiş olması gerekir. Bu koşul zincirleme suç hükümlerinin uygulanma gerekçesini oluşturmaktadır. Birden fazla fiilin aynı suç işleme kararına bağlanabilmesi gerekir. Bu nedenledir ki, zincirleme suç hükümleri kasten işlenen suçlarda uygulanmakta ancak birden fazla suçu birleştiren suç işleme kararından bahsedilemeyeceği için taksir ile işlenen suçlarda uygulanamayacaktır.

Esasen her biri bağımsız bir suç olan ve fakat zincirleme suç hükümlerine göre tek suç gibi cezalandırılan suçlardan her biri farklı zaman veya mekanda ayrı ayrı kastlar ile işlenmektedir. Ancak kanun koyucu bu suçlar arasında birleştirici olan bir suç işleme kararının varlığını kabul etmektedir. Dolayısıyla suç işleme kararının, bir fiilin suç olarak kabulü için gereken

---

42 Yıldız, 128.

43 Centel/Zafer/Çakmut, 502-503.

44 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, 517.

45 11. CD., 29.11.2007, 7718/8624, Dominant Mevzuat ve İçtihat Programı.

kasttan öte bir irade olduğunu kabul etmek gerekir.[46] Kasttan daha geniş bir kavram olan suç işleme kararı, failin birden fazla suçu işlemeyi önceden düşünmüş ve karara bağlamış olmasını ifade eder. Kuşkusuz failin tüm ayrıntıları tasarlamış zorunlu bir unsur değildir.[47]

Somut olayda birden fazla suçu birleştiren suç işleme kararının olayların meydana geliş biçimine göre tespiti gerekmektedir. Zincirleme suça esas olan suçların işlenme zamanları arasında uzun veya kısa süreler bulunması kesin bir veri olmamakla birlikte, bağımsız her bir suç arasında aynı suç işleme kararının bulunduğuna karine oluşturabilir.[48] İşlenen suçlar arasında geçen sürede, failin niyetinin değiştiğine veya yenilendiğine dair hiçbir delil yoksa zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerekir.[49] Kast kavramına oranla daha üst ve genel bir başlık olan suç işleme kararının dava konusu olayda bulunup bulunmadığı mahkemece gerekçeli kararda açıkça belirtilmeli ve denetime açık tutulmalıdır.[50]

765 Sayılı TCK m.80 ışığında, zincirleme suçta kanun koyucunun failin kusurluluğunu gözettiğini ve tek suç işleme kararının varlığı nedeniyle, işlenen suçlardan yalnız birisinin cezasının bir miktar arttırılmak suretiyle verildiğini savunmak mümkündü. TCK m.43 düzenlemesi karşısında, tek suç işleme kararına kanun koyucunun her zaman aynı önemi vermediğini görmekteyiz. Tek suç işleme kararı ile işlendiği halde kanunda sayılı suç tipleri ile farklı mağdurlara karşı işlenen suçlar zincirleme suç kapsamından çıkarılmıştır. Böylece failin kusurluluğundan çok bazen, mağdurların aynı ya da farklı oluşu bazen de korunan hukuksal değer dikkate alınmıştır.

cc. Tüm Suçların Aynı Mağdura Karşı İşlenmiş Olması

Zincirleme suçun düzenlendiği 765 sayılı TCK m.80'in aksine, TCK m.43/1'de, suçun mağdurunun farklı kişiler olması halinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağı belirtilmiştir. Zincirleme suç hükümleri ancak tüm suçların aynı mağdura karşı işlenmesi halinde uygulanabilir.[51] Tek suç işleme kararı ile farklı kişilere karşı aynı suçun işlenmesi halinde

---

46 Dönmezer/Erman, I, 398; Önder, 469-470; İçel/Sokullu Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, İçel Suç Teorisi, 445.

47 İçel/Sokullu Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, İçel Suç Teorisi, 447; Centel/Zafer/Çakmut, 505-506; Öztürk/Erdem, 248; Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 455.

48 Dönmezer/Erman, I, 399-400.

49 Önder, 471; Artuk/Gökcen/Yenidünya, 815.

50 Artuk/Gökcen/Yenidünya, 815.

51 Yıldız, 128; Koca/Üzülmez, 446.

fail her suçtan ayrı ayrı cezalandırılacaktır.[52] TCK m.43/3 hükmünde sayılan bazı suç tiplerinde hem zincirleme suç hem de aynı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanması engellenmekle suçların içtimaı hükümlerinin uygulanma alanı önemli ölçüde daraltılmıştır.[53]

Mağdurların farklı olması halinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanmayacağı, TCK m.43'ün gerekçesinde yer alan örnek ile belirgin bir hale getirilmiştir. Buna göre, bir otoparkta bulunan otomobillerin camlarını kırarak oto teyplerini alan fail, her otomobil sahibine karşı birbirinden bağımsız hırsızlık suçunu işlemiş olacaktır ve suçların içtimaı hükümlerinden yararlanamayacaktır.[54] Oysa 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, özellikle mala karşı suçlarda mağdurların farklı olması halinde de zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasını kabul etmekteydi.[55] Yargıtay, aynı mağdura karşı değişik zamanlarda gerçekleştirilen birden fazla dolandırıcılık suçunda TCK m.43/1 uyarınca zincirleme suç hükümlerinin uygulanmamasını bozma nedeni saymıştır.[56]

TCK m.43/1'e eklenen bir cümle ile mağduru belirsiz suçlarda zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasına olanak sağlanmıştır.[57] Buna göre; toplumu oluşturan her bireyin mağdur olduğu suçlarda zincirleme suç hükümleri uygulanır. Rüşvet (TCK m.252), çevrenin kasten kirletilmesi (TCK m.181), imar kirliliğine neden olma (TCK m.184), parada sahtecilik (TCK m.197) gibi suçlarda mağdurun belirli bir kişi değil ancak toplumda yaşayan herkes olduğu kabul edilmekte ve zincirleme suç hükümleri uygulanmaktadır. Bu düzenleme sayesinde, topluma ve devlete karşı işlenen suçlarda zincirleme

---

52 Özgenç, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, 506, 511; Koca, 197.

53 Koca, 197.

54 Özgenç, Gerekçeli Türk Ceza Kanunu, 128; "Sanıkların sahte olarak oluşturulmuş kredi kartlarını kullanmaları…5237 sayılı TCK'nın 245/3 maddesinde düzenlenen kredi kartını kötüye kullanma suçunu oluşturur. Yapılan alışveriş sayısınca değil haksız kullanılan kart sayısınca suç oluşur. Kartlardan biri iki kez kullanıldığında, 5237 sayılı TCK m.43'de düzenlenen zincirleme suç oluşur.", Yargıtay 11. CD, E:2006/5208, K:2006/8493, 30.10.2006, http://www.bakale.com/ictihatlar.php?kat=1&siralama=SiraNo&artanazalan=DESC&AyYKD=55&start=135, (19.09.2010), Aynı yönde Yargıtay 11. CD., 08.08.2006-3991/6689 ve Yargıtay 11. CD. 19.09.2006-5222/7283, Sedat Bakıcı, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007, 913.

55 Önder, 471.

56 Yargıtay 11. CD. 30.03.2006, 2006/509-2466, Bakıcı, Ceza Hukuku Özel Hükümler I, 681.

57 29.06.2005 tarihli ve 5377 sayılı Kanun m.6: "Türk Ceza Kanununun 43 üncü maddesinin birinci fıkrasına "Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır." cümlesi eklenmiş…", http://rega.basbakanlik.gov.tr/Eskiler/2005/07/20050708-1.htm (21 Mayıs 2010)

suç hükümlerinin uygulanmasına ilişkin duraksama gereksiz hale gelmiştir[58].

TCK m.43/2 hükmünde, aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiil ile işlenmesi halinde de zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağı yani fail hakında tek bir suçtan cezalandırmaya gidileceği ancak verilecek cezanın TCK m.43/1'de gösterilen biçimde arttırılacağı düzenlenmiştir.[59] Bazı yazarlar bu düzenlemeyi zincirleme suç olarak değerlendirmiştir.[60] Oysa aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiil ile işlenmesi halinde zinirleme suç değil aynı türden fikri içtima hali sözkonusu olacaktır. Ancak kanun koyucu aynı türden fikri içtimayı, cezada yapılacak arttırım oranının aynı olması nedeni ile olsa gerektir ki, zincirleme suç başlığı altında düzenlemiştir. 765 Sayılı Türk Ceza Kanununda zincirleme suçun düzenlendiği m.80'de yer almayan bu hüküm, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile zincirleme suça ilişkin maddeye eklenmiştir.

dd. Zincirleme Suç Hükümlerinin Uygulanmayacağı Suç Tipleri

765 Sayılı TCK m.80'nin aksine, TCK m.43/3, zincirleme suç hükümlerinin uygulanmayacağı bazı suç tiplerine yer vermiştir. Tüm koşullar biraraya gelmekle beraber, kanun koyucu suç politikası gereği, kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarını işleyen faillerin, zincirleme suç hükümlerinden yararlanmasını engellemiştir. Madde metninde yapılan değişiklik ile başlangıçta kapsam dışı bırakılmış olan cinsel saldırı[61] ve çocukla-

---

58 Öztürk/Erdem, 248.

59 **TCK m.43/2: Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır.**

60 "...5237 Sayılı TCK, 765 sayılı TCK'dan farklı olarak tek bir fiille, birden fazla kimseye karşı suç işlenmesini zincirleme suç kapsamında değerlendirmiştir...Birden fazla kimseye karşı işlenen suçlarda zincirleme suçun sözkonusu olabilmesi için, eylemin tek bir fiille ve aynı zamanda gerçekleştirilmesi gerekir.", Artuç, 59-60.

61 **"Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az ceza gerektiren nitelikli şekilleri** aynı suç kapsamında değerlendirileceğinden (m.43/1), failin bir suç işleme kararının icrası kapsamında önce cinsel saldırının temel şeklini daha sonra nitelikli şeklini gerçekleştirdiği hallerde, zincirleme suç hükümlerini uygulamak gerekecektir. Buna karşılık, cinsel saldırının temel ve nitelikli şekli ile (m.102/1-2) neticesi sebebiyle ağırlaşmış şekilleri (m.102/5-6) arasında zincirleme suç ilişkisi kurulamaz. …netice sebebiyle ağırlaşmış suç, bağlı olduğu temel suç tipine göre ayrı bir haksızlığın ortaya çıkması durumunu ifade etmektedir.", İlhan Üzülmez, *"Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçu"*, in: 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, Ankara 2009, 261; Yargıtay cinsel amaçla birden fazla kişinin hürriyetinden yoksun bırakılması eyleminde TCK m.43/1 uyarınca zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağına karar vermiştir., Sedat Bakıcı, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007, 913.

rın cinsel istismarı suçları[62] zincirleme suç hükümlerinin uygulama alanına alınmıştır.[63] Böylece, kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarına zincirleme suç hükümleri uygulanmayacak ve her suç bağımsız kabul edilerek fail gerçek içtima hükümlerine göre cezalandırılacaktır.

765 Sayılı Türk Ceza Kanunun yürürlükte olduğu dönemde öğretide yürütülen tartışmalar Yargıtay'ın bazı kararlarına yansımıştı. Kişiye sıkı sıkıya bağlı olan yaşam, sağlık, vücut bütünlüğü gibi hak ve yararlarda mağdurun değişmesi halinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanmayacağı kabul edilmiştir. Nitekim Yargıtay da, kamu kesimine karşı işlenen suçlar ile cebir, şiddet veya tehdit kullanılarak işlenen suçlarda zincirleme suç hükümlerini uygulamamıştır.[64] Yargıtayın kararları arasında istikrar bulunmayışı Türk Ceza Kanununa hüküm konulmasında etkili olmuştur.[65]

Türk Ceza Kanununun "Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler" başlıklı dördüncü kısmında ve "Devletin Güvenliği ile Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar" başlıklı beşinci bölümünde yer alan suç tipleri açısından suçların içtimaı hükümlerinin uygulanması, madde metnine konulan özel bir düzenleme ile engellenmiştir. Esasen bu gruptaki suçlar için öngörülen cezaların ağır olduğu düşünüldüğünde, düzenlemenin yerinde olmadığı görülecektir.[66] Yapılan düzenlemede, bu grupta yer

---

62 "Zincirleme surette çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan sanığın yapılan yargılaması sonucunda", Yargıtay 5.CD, 18.05.2009, 2009/4782-5912, Dominant Mevzuat ve İçtihat Programı.

63 29.06.2005 tarihli ve 5377 sayılı Kanun m.6: "Türk Ceza Kanununun 43 üncü maddesinin … üçüncü fıkrasında geçen "cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı" ibaresi madde metninden çıkarılmıştır.", http://rega.basbakanlik.gov.tr/Eskiler/2005/07/20050708-1.htm (21 Mayıs 2010); İzzet Özgenç, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, 514; 765 Sayılı Türk Ceza Kanununun yürülükte olduğu dönemde, aralarında kasten öldürme, kasten yaralama, ırza tecavüz ve hakaret suçlarının da bulunduğu bazı suç tiplerinde, mağdurların değişmesi halinde, zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasının engellenmesi tartışılmıştır. Buna gerekçe olarak, anılan suç tiplerinde ihlal edilen hukuksal değerin, şahsa sıkı sıkıya bağlı oluşu ve ortak bir şekilde ortaya çıkmalarına olanak bulunmayışı gösterilmiştir. Dönmezer/Erman bu görüşe katılmayarak, salt mağdurun değişmesinin suç işleme kararında değişiklik olduğu anlamına gelmeyeceğini savunmuştur.., Dönmezer/Erman, I, 399.

64 Önder, 471-472.

65 Nitekim Yargıtay birçok kararında, aynı suçun şüphelisi olan birden fazla kişiye işkence edilmesi suçunda, mağdurların değişik olmasını, zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasına engel saymıştır, Centel/Zafer/Çakmut, 504.

66 TCK m.302; "(1)…elverişli bir fiil işleyen bir kimseye ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verilir. (2) Bu suçun işlenmesi sırasında başka suçların işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı ilgili hükümlere göre cezaya hükmolunur.", Yargıtay, Bakırköy meydanında ses bombası patlatılması ve bir kişinin basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek derecede yaralanması olayında, fail hakkında, TCK

alan suçların, cezalarının arttırılması ile engellenebileceği görüşü etkili olmuştur.[67]

c. Zincirleme Suçun Sonuçları

Zincirleme suç hükümlerine göre, o suç için kanunda öngörülen ceza dörtte birden dörtte üçe kadar arttırılır. Yargıç her somut olayda cezanın ne kadar arttırılacağını takdir edecektir. 765 Sayılı TCK m.80'de altıda birden yarıya kadar arttırım yapılacağı düzenlenmişti. Dolayısıyla gerek alt sınır gerekse üst sınır açısından yeni düzenlemenin fail aleyhine sonuç doğurduğu görülmektedir. Kanun koyucu bir yandan zincirleme suç hükümlerinin uygulanma alanını daraltmış öte yandan zincirleme suç hükümlerinin faile sağladığı avantajı azaltmıştır.

Zincirleme suç hükümleri uygulanırken, suça etki eden ağırlatıcı nedenler göz önünde tutulur ve verilecek ceza buna göre belirlenir. Faile verilecek ceza, gerçek içtima kurallarının uygulanması halinde elde edilecek cezadan az ve zincirleme suçu oluşturan her bir suça verilecek cezadan fazla olmalıdır.[68] Suçların bir kısmı tamamlanmış ve bir kısmı teşebbüs aşamasında kalmış ise tamamlanmış suça göre ceza tayin edilir. Yaş küçüklüğü halinde, failin zincirleme olarak işlediği son suç tarihindeki yaşı esas alınır.[69]

TCK 43/2'de yer alan ve öğretide aynı türden fikri içtima olduğu savunulan[70] tek fiille birden fazla mağdura karşı aynı suçun işlenmesi halinde de zincirleme suç hükümlerine göre fail hakkında arttırılmış tek cezaya hükmedilecektir. Aynı neviden fikri içtima ile farklı neviden fikri içtima, TCK m.44 altında düzenlenebilir ve yaptırımı konusunda TCK m.43'e yollama yapılabilirdi.

5. Fikri İçtima

a. Kavram

Fikri içtima, fiilin bir bütün oluşturması ve tek bir hareketle birden çok kanun ihlalinin meydana gelmesi halidir. Farklı kanun hükümleri veya aynı

---

m.302, TCK m.174/1-2, m.170/1-c ve TCK m.35 delaletiyle TCK m.81 hükümleri uyarınca ayrı ayrı ceza tayin edilmesi gerektiğine karar vererek yerel mahkeme kararını bozmuştur. Yargıtay 9. CD., 7.12.2009, 2009/15835-12140.

67 Çetin Özek, "Türk Ceza Kanununun 50 Yılında Devlete Karşı Suçlar", Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanununun 50 Yılı ve Geleceği, 222-26 Mart 1976, İstanbul, 543.

68 Artuk/Gökcen/Yenidünya, 818.

69 Centel/Zafer/Çakmut, 508.

70 Koca, 198-199.

kanun hükmü birkaç kez ihlal edilmiş olabilir.[71] Bu durumda faile meydana getirdiği suçların en ağırının cezasının verilmesi ile yetinilir. Fikri içtima kurumu, failin tek fiille meydana getirdiği birden çok suçun her birisinin gerektirdiği ceza ile birden çok defa cezalandırılmasına engeldir.[72] Esasen fikri içtima, kanunlar çatışmasını önleyen bir kurumdur.[73] Bazı ülke kanunlarının aksine Türk Ceza Kanunu fikri içtima kurumunu açıkça düzenlemiştir.[74]

Fikri içtima halinde ortada birden fazla suç vardır; ancak kanun koyucu suç politikası gereği sadece işlenen suçların en ağır olanının varlığını kabul eder. Failin tek fiil nedeni ile birden çok kere cezalandırılması engellenmiş olur ve böylece "ne bis in idem" kuralına aykırılık oluşmaz. Fail, fiilinin dolayısıyla suç işleme iradesinin tek bir suçu kapsaması nedeniyle tek bir suçun cezası ile cezalandırılır.[75] Esasen fikri içtima halinde meydana gelmiş olan birden çok suç arasında tipiklik açısından bir bağ yoktur, suçlar birbirinin unsuru ya da sonraki suçların işlenmesi için zorunlu değildir. Buna rağmen kanun koyucu birden fazla neticeyi içtima ettirmektedir.[76]

Fikri içtimanın benzer kurumlardan belirgin farkları bulunmaktadır. Zincirleme suçta, fail aynı suç işleme kararı ile kanunun aynı hükmünü farklı zamanlarda ihlal etmektedir. Suç çokluğu kurumundan da farklıdır çünkü suç çokluğunda failin kastı ve ihlal edilen normlar birbirinden farklıdır ve fiilin tek olması aranmaz. Yine görünüşte içtimada birden fazla suç tipinin kanun koyucu tarafından toplanarak tek suç haline getirilmesine karşılık fikri içtimada böyle bir düzenleme yoktur. Buna rağmen kanun koyucu faile tek ceza verilmesi ile yetinmektedir.[77]

Fikri içtimanın iki başlık altında incelenmesi mümkündür. Aynı türden fikri içtima TCK m.43/2 ve farklı türden fikri içtima TCK m.44 altında düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK m.79'de ise; "işlediği bir fiil ile kanunun muhtelif ahkâmını ihlal eden kimse o ahkâmdan en şedit cezayı tazammun eden maddeye göre cezalandırılır" denilmek suretiyle fikri içtima düzenlenmişti.

---

71 Jescheck, Alman Ceza Hukukuna Giriş, 56.

72 Koca, 199; Dönmezer/Erman, II, 375-376; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, 525; Artuk/Gökcen/Yenidünya, 792; Öztürk/Erdem, 251; Centel/Zafer/Çakmut, 488; Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 446.

73 Mehmet Emin Artuk, *"Yeni Türk Ceza Kanununun Genel Hükümlerine İlişkin Düzenlemeler"*, YÜHFD, C:II, S:2, Y:2005, 358.

74 Önder, 456.

75 Özbek//Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, 525; Özgenç, Gerekçeli Türk Ceza Hukuku, 129.

76 Önder, 457.

77 Önder, 457; Centel/Zafer/Çakmut, 489.

b. Fikri İçtimanın Hukuki Esası

Fikri içtimanın hukuki temelini açıklamak üzere çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Suç tekliği ve suç çokluğu savunulan başlıca görüşlerdir.

Fikri içtimanın hukuki temeline ilişkin görüşler, faile işlediği suçlardan sadece en ağır cezayı gerektiren suçun cezasının verilmesi ile yetinilmesinin nedenini açıklamak bakımından önemlidir. Birleşen suçların tek suç oluşturacak derecede kaynaştığı kabul edilirse, faile tek ceza verilmesi konusunda sorun çıkmaz. Buna karşılık suçların bağımsızlıklarını koruduğu görüşü benimsenirse, her suçtan ayrı ayrı ceza verilmesi gerekecektir.[78] Kuşkusuz suçların bağımsızlıklarını koruduğunun savunulması faile tek ceza verme ile yetinilmesine engel değildir.

aa. Suç Tekliği Görüşü

Gerçek birlik veya suç tekliği olarak adlandırılan teoriye göre; fikri içtima halinde ortada tek bir suç bulunmaktadır. Bu görüşteki yazarların bir kısmı, fikri içtimada birleşen fiillerde kastın tek olduğunu, bu nedenle ihlallerin tek suç oluşturduğunu, diğer kısmı ise, fikri içtima sonucu meydana gelen ihlaller arasında bulunan zorunlu bağın tüm ihlalleri birlik haline getirdiğini kabul etmektedir.[79]

Tek fiilin birden fazla ihlale yol açması halinde kastta birlik ve dolayısıyla tek bir suç olduğunu savunan yazarların bir kısmı, hareketin tek olduğuna dayanır. Kast ve hareket tek olduğuna göre, ihlal birden fazla olsa dahi tek suç vardır.[80] Hareketi esas alan bu yazarlar, hareketin tekliğini suçun tekliği olarak kabul ederler.[81] Bu gruptaki yazarların bir kısmı da failin amacına göre suçların tek olup olmadığına karar verilmesi gerektiğini savunmaktadır. Fail tek suç işleme amacıyla hareket etmişse yani işlenen suçlardan birisi amaçlanan asıl suça ulaşmak için işlenmişse artık ortada tek suç bulunduğunun kabulü gerekir.[82]

Fikri içtima halinde tek suç bulunduğunu çeşitli ihlalleri bir araya getiren zorunlu bağın varlığına bağlayan yazarlar, bu ihlallerin birisini gerçekleştirmek için diğerini gerçekleştirmenin zorunlu olup olmadığını gözetirler. Fail tek bir hükmü, başkaca hükümleri ihlal etmeden gerçekleştiremiyorsa zorunluluk hali vardır ve suçlar birleşerek fikri içtimaya yol açmaktadır.[83]

---

78 Dönmezer/Erman, II, 382.

79 Dönmezer/Erman, II, 376.

80 Dönmezer/Erman, II, 377; Artuk/Gökcen/Yenidünya, 794.

81 Koca, 199; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, 526.

82 Dönmezer/Erman, II, 377.

83 Dönmezer/Erman, II, 380.

bb. Suç Çokluğu Görüşü

Görünürde birlik veya suç çokluğu görüşünü savunan yazarlar, dış dünyada değişiklik yaratan tek bir fiilin varlığına rağmen birden çok kanun hükmünün ihlal edilmesi nedeniyle birden çok suçun varlığını kabul ederler. Suçların sayısı hareketin sayısına göre değil ihlal edilen norm sayısına göre belirlenir. Fikri içtima halinde ihlal edilen norm sayısı birden çoktur ve birden çok suç meydana gelmiştir ancak kanun koyucu suç politikası gereği fail hakkında tek fiilden cezalandırmaya gitmektedir.[84]

Fiilin veya hareketin tek olması ihlalin tek olmasını gerektirmez. Suç tipe uygun hareketin yarattığı ihlal ise kaç tane ihlal varsa o kadar suç vardır. Fikri içtimada çeşitli suçlar arasında ortak bir unsur bulunmakta, bunun dışında her suçun unsurları farklıdır ve her suç bağımsızlığını korumaktadır.[85] Fiilin haksızlık içeriği, ihlal edilen birden fazla ceza normundan birisi ile karşılanmakta, diğer normların uygulanmasından feragat edilmektedir. Suçlar değil normlar içtima etmektedir.[86]

Dönmezer/Erman, fikri içtimada faile tek ceza verilmesi ile yetinilmesinin suç teorisi ile değil ceza teorisi ile açıklanması gerektiği görüşündedir. Failin meydana getirdiği suç sayısı birden çok olsa dahi hukuk düzenine karşı gelmek iradesinin tek olduğunu kabul etmek gerekir. Cezanın amacı suç işlenmesi nedeniyle bozulan toplumsal düzenin yeniden tesisi ise failin bu düzeni bozmak konusundaki iradesinin tek oluşu dikkate alınmalı ve cezanın amacı ile bağlantılı olarak kabul edilmelidir.[87] Fikri içtimada belirleyici husus hareketin tekliğidir.[88]

Fikri içtimanın, suçların içtimaı hallerinden birisi olarak kabulü için suç çokluğu görüşünü savunmak gerekir. Gerçekten de birleşen suçların bağımsız suç özelliğini yitirdiği ve tek suça dönüştüğü kabul edilecek olursa zaten suçların içtimaı kurumunu tartışmaya gerek kalmayacaktır.[89] Nitekim fikri içtimada suçların gerçek içtimaı sözkonusudur ve her suçun tek başına cezalandırılabilme koşulları vardır.[90]

Kanımızca fikri içtima halinde, failin tek fiili ile kanunun birden çok hükmü ihlal edilmektedir. Dolayısıyla birden çok ihlalin bulunduğu kabul

---

84 Koca, 199-200; Özgenç, Gerekçeli Türk Ceza Kanunu, 129; Artuk/Gökcen/Yenidünya, 795; Hakeri, 291; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, 526.

85 Dönmezer/Erman, II, 381; Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 449.

86 Öztürk/Erdem, 251.

87 Dönmezer/Erman, II, 382.

88 Koca, 201.

89 Koca, 200.

90 Artuk/Gökcen/Yenidünya, 793.

edilmelidir. Fakat failin dış dünyada gerçekleştirdiği hareketin tek oluşunun göz ardı edilmemesi gerekir. Doğal hareketin tekliğine, normatif düzenlemede aynı fiile isabet eden birden çok norm bulunmasına oranla üstünlük tanımak gerekir. Fikri içtima kurumunun kabul edilmemesi, cezaların şiddetini arttıracak ve doğada tek olan fiilin, birden çok norm bulunması nedeni ile birden çok ceza ile karşılanmasına yol açacaktır. Oysa tek hareket, birden çok hareket ile birden çok normun ihlaline yol açılmasından farklı biçimde cezalandırılmak zorundadır.

c. Fikri İçtimanın Koşulları

Aynı türden fikri içtimanın düzenlendiği TCK m.43/2 ile farklı türden fikri içtimanın düzenlendiği TCK m.44 hükümlerinde iki temel koşula yer verilmiştir. Bunlardan ilki fiilin tek olması ve diğeri tek fiil ile birden fazla suçun oluşmasına neden olunmasıdır. Aynı türden fikri içtimada, tek fiil ile kanunun aynı hükmü birden çok kere ihlal edilerek birden çok suç işlenmektedir. Farklı türden fikri içtima halinde ise, tek fiil ile kanunun farklı hükümleri ihlal edilerek birden çok suç işlenmektedir.

aa. Fiilin Tek Olması

Fikri içtimanın en önemli koşulu fiilin tek olmasıdır. Fiilin tek oluşu, meydana gelen suçların birden fazla olmasına rağmen faile tek ceza verilmesinin en güçlü dayanağıdır. 765 sayılı TCK m.79 gibi TCK m.43/2 ile m.44 hükümlerinde, "işlenen bir fiil" deyişi kullanılmıştır.

Bazı yazarlara göre; ceza hukukunda fiil, yalnız hareketi değil aynı zamanda hareketten doğan neticeyi de kapsar. Fiil dış dünyada meydana getirilen değişikliktir. Dolayısıyla fikri içtimadan bahsedilebilmesi için öncelikle fail tarafından dış dünyada gerçekleştirilen tek neticenin bulunması gerekir. Bu neticenin çeşitli ihlallere aynı zamanda neden olması şarttır.[91] Bu görüşe katılmayan yazarlar; fiilin netice olarak anlaşılmaması gerektiğini kaldı ki suçların büyük bölümünün sırf hareket suçu olduğunu belirtmektedir. Bu nedenledir ki, fikri içtimada fiilin tekliğinden hareketin tekliğini anlamak gerekir. TCK m.44'ün gerekçesinde yer alan örnekler, kanun koyucunun fiil ile hareketi kastettiğini ve hareket teorisine üstünlük tanıdığını

---

91 Dönmezer/Erman, II, 387; Sanığın kız arkadaşı olan mağdura sinirlenmesi nedeniyle ona ait olan giyim eşyasını apartman dairesindeki odasında yaktığı, ateşin büyüme eğilimi göstermesi üzerine genel güvenlik açısından tehlike oluştuğu, sanığın tek eyleminin, yakarak mala zarar verme ve yangın tehlikesi suçlarını oluşturduğu, fikri içtima nedeniyle TCK m..44 uyarınca tek suçtan cezalandırılması gerektiği halde, iki suçtan ayrı ayrı cezalandırılması bozma nedeni yapılmıştır, Yargıtay 9. CD., 30.12.2008, 2008/19072-14496, Dominant Mevzuat ve İçtihat Programı.

göstermektedir.[92] Yargıtay, tek olması ve tek sayılması gerekenin hareket olduğunu kabul etmektedir. Hareketin tek olduğu hallerde birden fazla netice meydana gelse de faile tek ceza verilecektir. Gerçekten de doğal anlamda failin hareketi tektir.

Kanunda yer alan fiil kavramından hareketin anlaşılması gerekmekle beraber, öğretide hareket tekliğinin ne anlama geldiği ile ilgili çok sayıda görüş ileri sürülmüştür. Doğal anlamda hareketin tekliğini savunan yazarlar, failin iradi karar ile gerçekleştirdiği beden davranışlarının sayısını esas almaktadır. Her beden davranışı bir hareket anlamına gelecektir. Doğal anlamda hareket tek ise bunun yol açtığı neticelerin birden fazla olması suç sayısını arttırmayacaktır. Hukuki anlamda hareketin tekliği ise, doğal anlamda birden fazla olan hareketin hukuki anlamda tek hareket oluşturduğu hallerde sözkonusudur. Doğal anlamda hareketin tek olduğu hallerde hukuki anlamda da tek hareket vardır. Buna karşılık doğal anlamda birden çok hareket bulunması, her zaman hukuki anlamda birden çok hareket bulunduğu anlamına gelmeyecektir.[93]

Bir suçun kanuni tanımında, birden fazla hareket tek bir hareket olarak kabul edilmekte ve o suçun meydana gelmesi için tüm hareketlerin gerçekleşmesi gerekmekteyse, tipik hareket tekliğinden bahsedilir. Propaganda suçunda olduğu gibi bir suç tipinin ihlal edilebilmesi için doğal nitelikteki

---

92 Koca, 202; Öztürk/Erdem, 251; TCK m.44 metninde, "bir fiil" kavramı kullanılmıştır. Fiil kavramı hareketin yanında neticeyi de kapsadığına göre, fiilin tek olup olmadığını belirlemede neticenin sayısı da önemlidir. Bir hareket dış dünyada birden fazla neticenin meydana gelmesine yol açmışsa artık fiilin hukuken tek sayılmasına olanak yoktur ve failin her neticeden ayrı ayrı cezalandırılması gerekir. Netice tek ise ve ve aynı anda farklı suç tanımlarını ihlal ediyorsa failin fikri içtima hükümlerine göre cezalandırılması gerekir. Yazarlara göre; doğal hareket sayısını ve suç işleme kararının tek olup olmadığını göz önünde tutan görüşler, hareket kavramına verdikleri anlam veya tek suç kastının belirlenmesi yöntemiyle, genellikle netice sayısına önem veren görüş ile aynı sonuca ulaşmaktadır., Centel/Zafer/Çakmut, 491-492, 495-496; Koca/Üzülmez, 435; Köksal Bayraktar, *"Teşebbüs, İştirak, Suçların Birleşmesi"*, in:Türk Ceza Kanununun 2 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, 147; Nurullah Tekin, *"Fikri İçtima Kavramı ve Bunun Uygulamaya Yansıması"*, Ceza Hukuku Dergisi, S:13 Ağustos 2010, 169.

93 Önder, 459; Koca, 202-203; Centel/Zafer/Çakmut, 490; "…Ramazan ayını karşılamak amacıyla…av tüfeği ile iki üç el havaya ateş ettiği sırada maktüle'nin terasta olduğunu gördüğü…sonradan ruhsatsız tabancasını alarak maktülenin bulunduğu tarafa doğru rastgele ateş etmesi…maktülenin ağız bölgesine isabet etmesi nedeni ile ölmesi…" olayında olası kastla öldürme, genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması ve yasak tabanca taşıma suçlarından ayrı ayrı cezalandırmaya gidilmesi gerektiğine işaret ederek yerel mahkemenin, genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçu yönünden ise, TCK m.44 uyarınca cezalandırmaya yer olmadığına dair kararın bozulmasına karar verilmiştir. Yargıtay 1. CD, 01.12.2008, 2008/3135-7671, Dominant Mevzuat ve İçtihat Programı.

hareketlerin tekrar edilmesi gerekiyorsa yine hareket hukuki anlamda tek kabul edilir.[94] Mütemadi suçlar ile bileşik suçlar, tipik hareket tekliğinin örnekleridir.

Doğal anlamda hareket tekliği için ise, bir olayın ayrılabilir parçalarına rağmen, birçok hareketin tek bir karara dayanması, zaman ve yer bakımından tarafsız bir gözlemcinin gözüyle bu hareketlerin tek olarak nitelendirilebilecek kadar birbiri ile dar bağlantı içinde olması gerekir.[95]

Fikri içtimaya yol açan icra hareketlerinin tam ya da kısmen aynı olması hallerine ilişkin tartışmalar da yürütülmektedir. İcra hareketleri, gerçekleştirilen suç tipleri bakımından tamamen aynı olabilir. Buna karşılık içtima eden suç tiplerinde aranan hareketlerin aynı olması zorunlu değildir. Suç tipleri itibari ile cezalandırılabilir olan değişik hareketlerin iradenin icrası olarak ortaya konulmuş olması gerekir.[96]

Alman öğretisinde fiilin tek olup olmadığı belirlemesinde hareket kavramı esas alınmaktadır. Bu nedenle fiil tekliği ve fiil çokluğu kavramları yerine hareket tekliği ve hareket çokluğu ayrımı yapılmaktadır. Nitekim TCK m.44'de "işlediği bir fiil ile" denilmiş olmasına karşılık, Alman Ceza Kanunu m.52'de "aynı hareket birden fazla ceza kanunu…" denilmek suretiyle harekete vurgu yapılmıştır.[97] Fikri içtimada fail lehine uygulama alanının genişletilebilmesi için Türk Ceza Kanununda "hareket" kavramının kullanılması yerinde olacaktır.[98]

Alman öğretisinde bazı yazarlar, fikri içtima halinde icra hareketlerinin aynılığı veya kısmi aynılığı değil, gerçekleştirilen suçların haksızlık benzerlikleri üzerinde durmaktadır. Bu görüşe göre, örneğin dolandırıcılık suçunun sahte belge kullanılmak suretiyle işlenmesi halinde, haksızlık yakınlığı sözkonusu olduğu için fikri içtima kuralları uygulanacaktır.[99]

bb. Tek Fiilin Birden Fazla Suça Yol Açması

Fikri içtimanın uygulanabilmesi için tek olan hareketin kanunun birden fazla hükmünü ihlal etmesi gerekir. Hareketin tekliğinin arandığı durumlarda, bu tek hareketin birden fazla normu ihlal etmesi karşısında normların birbirleri ve hareket ile olan ilişkisinin saptanması gerekir. Tek hareketin

---

94 Koca, 204; Önder, 459-460.

95 Koca, 206.

96 Koca, 208, 210.

97 Koca/Üzülmez, 435.

98 İçel, "*Suçların İçtimaı*", 253.

99 Koca, 211.

birden fazla normu ihlal ettiği her durumda fikri içtima kurallarının uygulanması gerekmez.[100]

aaa. Aynı Türden Fikri İçtima

Bir fiil ile aynı suçun birden çok kişiye karşı işlenmesi halinde, aynı türden fikri içtima sözkonusu olur. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde, bu konuda iki farklı görüş savunulmuştur. Fiil sayısını netice sayısı olarak anlayan görüşü savunanlar, bu durumda 765 sayılı TCK m.80'de yer alan zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasını savunmuştur. Meydana gelen fiil ve suç sayısını harekete göre belirleyen görüşü savunan yazarlar ise, 765 sayılı TCK m.79'da düzenlenen fikri içtimanın uygulanmasından yana tutum göstermiştir. Kuşkusuz bu hallerde zincirleme suç veya farklı türden fikri içtima hükümleri uygulanamaz. Gerçekten de aynı suç birden çok işlenmiş olmadığı gibi, bir fiil ile birden çok farklı suçun işlenmesi de sözkonusu değildir. Bu durum aynı türden fikri içtimadır.[101] Zincirleme suçta fiillerin birden çok olması, aynı suçu oluşturmaları, değişik zamanlarda ve aynı mağdura karşı işlenmesi gerekmektedir. Oysa aynı türden fikri içtimada hem fiil tektir hem de işlenen suçun mağdurları farklı kişilerdir.[102]

TCK m.43/2 hükmünde, aynı neviden fikri içtima düzenlenmiş ancak madde gerekçesinde kurumun adına yer verilmemiştir. TCK m.44'ün başlığı "fikri içtima" olmasına rağmen aynı türden fikri içtima bu başlık altında değil, "zincirleme suç" başlıklı TCK m.43 altında düzenlenmiştir.

Aynı türden fikri içtima gereği, tek fiilin aynı kanun hükmünü birden çok kere ihlal edebilmesi için fiilin tekliğinden hareketin tekliğini anlamak gerekir.[103] Bir fiil ile kanunda düzenlenen suçun hem temel hem de nitelikli şekli ihlal edilmişse genel norm – özel norm ilişkisinden bahsedilir ve ortaya çıkan sorun özel normun önceliği ile çözülür. Buna karşılık bir fiille aynı yasa hükmünün birkaç kez ihlali haline fikri içtima hükümleri uygulanmaz. Birden fazla suçun türü aynı olduğu için fikri içtimadan bahsedilemez. Öğretide bu durumun zincirleme suç hükümleri ile çözülmesi önerilmiştir. Uygulamada ise aynı yasa hükmünün birden çok defa ihlali halinde de tek

---

100 Önder, 461-462; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, 527.

101 Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 517-521.

102 Koca, Fikri İçtima, 215.

103 Önder, 463; Yargıtay av tüfeği ile yaptığı tek atışla birden çok kişinin yaralanmasına neden olunması olayında, fiilin dış dünyadaki değişiklik olduğunu ve en önemli kısmının netice olarak kabulü gerektiğini belirtmiş ve dış alemde birden fazla değişiklik meydana gelmiş olması sebebiyle fikri içtima kurallarının uygulanamayacağına karar vermiştir., YCGK, 18.10.1982, 4-296/365, Vural Savaş/Sadık Mollamahmutoğlu, Türk Ceza Kanununun Yorumu, C:I, Ankara 1999, 1371.

suçtan bahsedilmekte ve fikri içtima kuralları uygulanmaktadır.[104] TCK m.43/2 hükmü ile, aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi halinde hareket teorisine üstünlük tanınmıştır. Her suçun bağımsız olduğu kabul edilmekte ancak fail hakkında tek suçtan hüküm kurularak zincirleme suç hükümlerine göre ceza arttırılmaktadır.[105] Zincirleme suç ile aynı türden fikri içtima arasındaki tek ortaklık, cezada yapılacak arttırım oranının aynı olmasından ibarettir. Bu husus bazı yazarlar[106] tarafından eleştiri konusu yapılmıştır.

bbb. Farklı Türden Fikri İçtima

TCK m.44'de farklı türden fikri içtima düzenlenmiştir. Failin işlediği tek fiil ile kanunun birden fazla hükmünü ihlal etmesi farklı türden fikri içtima olarak adlandırılmaktadır. Madde gerekçesinde bu husus açıklanmıştır.[107]

Farklı türden fikri içtimayı oluşturan her suç tek başına cezalandırılabilme kuşullarına sahiptir ancak kanun koyucu en ağır suçun cezası ile cezalandırma yapmakla yetinmektedir. Bunun için fiilin tek olması ve kanunda tanımlanan birden fazla suçun tek fiille işlenmesi gerekmektedir. 765 Sayılı TCK m.79'da, işlenen tek fiille kanunun farklı hükümlerinin ihlal edilmesinden bahsedilmişti. Bu ifadenin yerinde olmadığını belirten yazarlar, 5237 sayılı TCK m.44'de, "birden fazla farklı suçun işlenmesi" biçimindeki ifadeyi yerinde bulmaktadır.[108]

Türk Ceza Kanununda düzenlenmemiş olduğundan, hedefte sapma halinde farklı türden fikri içtima kurallarının uygulanması gerekir. Nitekim TCK m.44'ün gerekçesinde, doktrin ve uygulamada hedefte sapma halinde fikri içtima hükmünün uygulanması gerektiği konusunda görüş birliği

---

104 Centel/Zafer/Çakmut, 494.

105 Centel/Zafer/Çakmut, 495.

106 *"…birbirinden farklı durumlara ilişkin iki ayrı içtima hükmünün ayrı maddelerde düzenlenmesi daha yerinde olurdu. Ancak, … TBMM Adalet Komisyonundaki çalışmalarımız sırasında bunu izahta karşılaştığımız güçlük nedeniyle, … düzenlemek zorunda kalmış bulunmaktayız….", İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 522; "765 sayılı yasada aynı neviden fikri içtimaya açıkça yer verilmemişti. Doktrin de aynı neviden fikri içtimayı kabul etmiyordu. Bunun nedeni ise, fiilin sayısının neticeye göre belirlenmesiydi Böyle olunca bir fiilin yani bir neticenin kanunun aynı hükmünü birden fazla ihlal etmesi düşünülemezdi. Bu durumda tek fiille aynı suçun birden çok defa işlenmesi halinde, … birden fazla neticenin gerçekleştiği ve birden fazla suçun işlendiği kabul edilmekteydi. Ancak bu durumda zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiği ileri sürülmüştü … Zincirleme suça ilişkin 765 sayılı TCK m.80'e göre bu mümkündü.", Koca, 215.*

107 Özgenç, Gerekçeli Türk Ceza Kanunu, 129.

108 Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 525-527.

bulunduğu belirtilmiştir. Kanunda hedefte sapmanın, şahısta yanılma ile birlikte değerlendirilmesinden vazgeçilmiştir.[109]

d. Fikri İçtimanın Sonuçları

Fikri içtimanın en önemli sonucu, failin işlediği suçlardan en ağırının cezası ile cezalandırılmasıdır. Fikri içtima hükümlerine göre cezalandırmaya gitmek için suçların her birinin cezalandırılabilir olması gerekir. Suça etki eden nedenler dikkate alınarak failin cezası belirlenir. Takibi şikayete bağlı olan suç, şikayet koşulu gerçekleşmediği sürece içtimaya dahil edilemez.[110]

İçtimaya dahil ve cezası faile uygulanacak suç tipinde güvenlik tedbiri yer almamakta, buna karşılık cezası daha hafif olan suça ilişkin kanun hükmünde güvenlik tedbiri düzenlenmekte ise, fail hakkında güvenlik tedbirine hükmedilemez. Bundan doğacak sakıncaları gidermek amacıyla kanunda özel hükümlere yer verilmesi yoluna gidilmektedir.[111]

Fikri içtima halinde fail işlediği en ağır suçun cezası ile cezalandırılır. Kanun koyucu bazı hallerde, en ağır suçun cezasının bir miktar arttırılarak uygulanmasını düzenlemiştir.[112] Farklı türden fikri içtima halinde, işlenen en ağır suçun cezasının bir miktar arttırılması konusunda hakime takdir yetkisi tanınması yönündeki öneri kabul görmemiştir.[113] Fikri içtimanın düzenlendiği Alman Ceza Kanunu m.52'de faile işlenen suçların en ağırının cezasının verilmesi ile yetinilmekte ve başkaca bir arttırım yapılmamaktadır.[114]

---

109 Özgenç, Gerekçeli Türk Ceza Kanunu, 129-531; Artuk/Gökcen/Yenidünya, 802.

110 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, 530; Centel/Zafer/Çakmut, 496-497; Artuk/Gökcen/Yenidünya, 803-804;

111 Artuk/Gökcen/Yenidünya, 804.

112 TCK m.297/1; *"…fikri içtima hükümlerine göre belirlenecek ceza yarı oranında arttırılır."; Cinsel saldırı suçunun düzenlendiği TCK m.102'nin ihlali halinde, cebir (m.108) ve tehdit (m.106) suçundan fail cezalandırılmamaktadır. Fakat cinsel saldırıda bulunmak için kullanılan cebin, mağdurun direncini kıracak ölçünün ötesine geçmesi halinde, faile ayrıca kasten yaralama suçundannda ceza verileceği belirtilmek suretiyle özel bir içtima hükmüne yer verilmiştir., Üzülmez, 261.*

113 Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 528; Fikri içtima halinde faile sadece işlediği suçlardan en ağırının cezasının verilmesi ile yetinilmesi ve belli bir oranda cezada arttırıma gidilememesi 5237 sayılı Türk Ceza Hukukunda düzenlenen fikri içtima kurumuna yöneltilebilecek en önemli eleştiri olarak değerlendirilmiştir. Yazar, bu durumda hakimin en ağır suçun cezasını üst sınırdan uygulamasının en mantıklı çözüm olduğunu belirtmiştir. Koca, 221.

114 *Alman Ceza Kanunu m.52'ye göre; (1)"Aynı hareket birden fazla ceza kanununu veya aynı ceza kanunu birden fazla defa ihlal ediliyorsa, sadece tek bir cezaya hükmedilir. (2) Birden fazla ceza kanunu ihlal edilmişse, ceza en ağırını içeren kanuna*

TCK m.43/3 hükmü nedeniyle, aynı türden fikri içtima hükümlerinin, kasten öldürme, kasten yaralama ve işkence suçlarında uygulanması mümkün değildir. Örneğin bir bomba ile birden fazla kişinin ölümüne neden olunmasında, fail meydana gelen ölüm sayısınca cezalandırılacaktır. Buna karşılık bir bomba ile bir kişinin ölmesi, bir kişinin de yaralanmasında TCK m.44 uygulanacak olursa, fail farklı türden fikri içtima hükümleri gereği sadece öldürme suçundan cezalandırılacaktır. Aradaki çelişkinin, TCK m.43/3 hükmü gereği her halükarda istisna sayılan suç suç tiplerinde gerçek içtima kuralının uygulanması ile çözülmesi savunulmuştur.[115]

III. SUÇ VE KABAHATİN İÇTİMAI

5326 Sayılı Kabahatler Kanunu m.15'de içtima konusu düzenlenmiştir.[116] Madde gerekçesinde, Türk Ceza Kanununda yer alan farklı türden fikri içtimaya ilişkin düzenlemenin, sadece idari para cezası gerektiren kabahatlerde uygulanacağı belirtilmiştir. Kabahatler Kanunu 15/2'ye göre, TCK m.43'te yer alan zincirleme suça ilişkin hükümler kabahatler hakkında uygulanmaz. Gerçek içtima hükümlerine göre, meydana gelen kabahat sayısı kadar idari para cezası uygulanır.[117]

İşlenen fiil hem kabahat hem de suç oluşturuyorsa, sadece suçtan dolayı fail hakkında yaptırım uygulanacaktır. Fail o suç için kanunda öngörülen ceza ve güvenlik tedbirini çekmeye mahkum edilecek ancak Kabahatler Kanununda öngörülen yaptırım uygulanmayacaktır.[118]

---

göre belirlenir. Ceza, uygulanabilir olan diğer kanunların kabul ettiğinden daha hafif olamaz….", Alman Ceza Kanunu, 41.

115 Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 528.

116 *Kabahatler Kanunu m.15 - (1) Bir fiil ile birden fazla kabahatin işlenmesi halinde bu kabahatlere ilişkin tanımlarda sadece idari para cezası öngörülmüşse, en ağır idari para cezası verilir. Bu kabahatlerle ilgili olarak kanunda idari para cezasından başka idari yaptırımlar da öngörülmüş ise, bu yaptırımların her birinin uygulanmasına karar verilir. (2) Aynı kabahatin birden fazla işlenmesi halinde her bir kabahatle ilgili olarak ayrı ayrı idari para cezası verilir. Kesintisiz fiille işlenebilen kabahatlerde, bu nedenle idari yaptırım kararı verilinceye kadar fiil tek sayılır. (3) Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanmayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır.*

117 Mustafa Ekinci, Kabahatler Kanunu ile İdari Suç ve Cezalar, 2005 Ankara, 72; Nurullah Tekin, 174; Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 538.

118 Ekinci, 72.

IV. CEZALARIN İÇTİMAI

1. Kavram

Bir kişinin işlediği birbirinden bağımsız suçlar nedeni ile mahkum edildiği cezaların birleştirilmesi cezaların içtimaıdır. Suçların içtimaının dışında kalan hallerde, ortada birbirinden bağımsız suçlar bulunduğundan, bunlardan her birine kanunda yazılı cezaların uygulanması gerekir. İşte cezaların içtimaı bu gibi durumlarda faile ne surette ceza verileceğini gösterir.[119]

Fail birbirinden müstakil birden fazla suç işlemişse, gerçek içtimanın varlığı kabul edilir. Gerçek içtimadan bahsetmek için, birden fazla hareketin varlığı ve bunların bir arada yargılanmalarının mümkün olması gerekir. Gerçek içtima halinde en ağır cezanın arttırılması yöntemi uygulanarak bir toplam ceza oluşturulur. Eğer birden fazla hürriyeti bağlayıcı cezaya veya birden fazla para cezasına hükmetmek gerekiyorsa, toplam cezanın oluşturulması zorunludur.[120] Nitekim Alman Ceza Kanununda buna ilişkin düzenleme yer almaktadır.

Cezaların içtimaından bahsedebilmek için suçların içtimaı suretiyle çeşitli ihlallerin kaynaşmaması yani faile birden fazla ceza verilmesinin mümkün olması gerekir. Yine bu cezaların, infaz, zamanaşını, af veya ön ödeme gibi nedenlerle düşmemiş olması gerekir. İçtima edilecek cezaların aynı anda işlenen suçlardan kaynaklanması gerekmez. Aksine suçlar arasında içtima olmadığı sürece bir kişi hakkında verilmiş bağımsız cezaların içtimaı yapılmalıdır. Cezaların içtimaı, bazı ülkelerde infaza ilişkin bir mesele olarak görülmektedir. Bu görüşe katılmayan yazarlar, cezaların içtimaının ceza kanunu içinde düzenlenmesi gerektiğine işaret etmektedir.[121]

Fail hakkında kurulacak hükmü etkilemesi nedeni ile bizce de cezaların içtimaı kurumu ceza kanunu içinde düzenlenmelidir. Buna karşılık fail hakkında birleştirilmeksizin yapılan yargılamalar sonucunda kurulmuş hükümlerden kaynaklanan cezaların içtimaının infaz aşamasında yapılması mümkündür. Alman Ceza Kanununda da, birleştirilerek yapılan yargılamalarda cezaların içtimaı ceza kanunu içinde düzenlenmiştir.

---

119 Nurullah Kunter, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1978, 715; Haluk Çolak/Uğurtan Altun, Türk Ceza Hukukunda Ceza ve Güvenlik Tedbirleri, Ankara 2007, 537-538.

120 Jescheck, 56.

121 Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C: III, Beta Yay., 12. B., İstanbul 1999, 100-101; Kayıhan İçel/Füsun Sokullu-Akıncı/İzzet Özgenç/Adem Sözüer/Fatih S. Mahmutoğlu/Yener Ünver, İçel Yaptırım Teorisi, İstanbul 2000, 253.

765 sayılı TCK m.68-80 arasındaki hükümler, suç ve cezaların içtimaı başlığını taşımaktaydı.[122] 765 sayılı Türk Ceza Kanununun aksine 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda cezaların içtimaına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Dolayısıyla birden fazla suç işleyen bir faile verilecek cezaların mahkumiyet kararında toplanmasına gidilmeyecek, her ceza bağımsızlığını koruyacaktır. Mahkum olunan birden fazla ceza, 5275 sayılı İnfaz Kanunu m.99'da öngörülen biçimde infaz edilecektir.[123] Yargıtay Türk Ceza Kanununda cezaların içtimaı kurumunun düzenlenmediğini belirterek, yerel mahkemenin sanık hakkında verilen cezaların içtima ettirilmesine dair kararını bozmuştur.[124]

2. Cezaların İçtimaının Esasları

"Birden fazla hükümdeki cezaların toplanması" başlıklı Ceza İnfaz Kanunu m.99'a göre; bir kişi hakkında hükmolunan her bir ceza diğerinden bağımsızdır ve varlığını ayrı ayrı korur. Ancak bir kişi hakkında birden fazla kesinleşmiş ceza hükmü bulunursa, şartla salıverilme kurumunun düzenlendiği Ceza İnfaz Kanunu m.107'nin uygulanabilmesi yönünden mahkemeden bir toplama kararı istenir. Nitekim Ceza İnfaz Kanunu m.107/3 hükmü, bir kişi hakkında, birden fazla hükümlülüğün bulunması durumunda cezaevinde geçirilmesi gereken süreleri düzenlemektedir.[125]

Cezaların içtimaının mümkün olabilmesi için, aynı fail tarafından işlenmiş birden fazla suça ait cezanın, bu suçların birbirinden bağımsız ve toplanacak tüm cezaların infazının mümkün olması gerekir. İnfaz edilmesi mümkün olmayan bir ceza toplamada dikkate alınmaz. 765 Sayılı Türk Ceza Kanununun aksine[126], yürülükteki ceza hukuku mevzuatımızda, aynı hükümde verilmiş olsa dahi, birbirinden bağımsız suçların yaptırımı olarak verilen cezalar toplanmayacaktır. Yukarıda belirtildiği gibi infaz aşamasında

---

122 *765 Sayılı TCK m.68; "bir kimse müteaddit suçlardan dolayı hüküm veya ceza kararnamesiyle mahkum edilirse cezalar bu bab hükümlerine göre içtima ettirilir.", 765 Sayılı TCK m.69; "Bir hüküm veya ceza kararnamesinden sonra aynı kimsenin bu mahkumiyetten önce veya sonra işlediği bir suçtan dolayı mahkum edilmesi halinde cezaların içtimaı hükümleri tatbik olunur."*

123 Hakeri, 283; Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 574; Çolak/Altun, 543; Ali Rıza Çınar, Türk Ceza Hukukunda Cezalar, Turhan Ankara 2005, 34.

124 Yargıtay1. CD., E:2006/2074, K:2006/4686, T:3.11.2006, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Temmuz-Ağustos 2008, S:47-48, İstanbul 2008, 227.

125 Yıldız, 126.

126 765 Sayılı TCK m.77/1; Aynı neviden şahsi hürriyeti bağlayıcı muvakkat cezaların birleştirilmesi halinde, tatbik edilecek ceza ağır hapiste 36, hapiste 25, sürgünde 15, hafif hapiste 10 seneyi geçemez. 77/2; Başka neviden şahsi hürriyeti bağlayıcı muvakkat cezaların mecmuu otuz seneyi geçemez. Bu haddi aşan ceza miktarları … tenzil edilir.

toplama yapılacaktır. Mevzuatımızda, toplama sonucu oluşacak cezaya bir üst sınır konulmamıştır.[127] Dolayısıyla bir kişi hakkında Amerika Birleşik Devletlerinde olduğu gibi, yüzlerce yılı bulan hapis cezalarına hükmedilmesi mümkündür. Ölüm cezasının kaldırılmasını takiben uzun süreli hapis cezasının uygulama alanının genişlediği dikkate alınırsa, mevzuatımızda cezaların toplanması kurumuna yer verilmemesi, cezanın ve infazın amacı ile uyumlu olmamıştır.[128]

"Gerçek içtima" başlıklı Alman Ceza Kanunu m.53'e göre, bir kişi hakkında, işlemiş olduğu birden fazla suçtan dolayı birleştirilerek yapılan yargılamada, birden fazla hapis veya birden fazla adli para cezası yerine tek bir toplam cezaya hükmedilir.[129]

765 Sayılı TCK m.69'un karşılığı olarak kabul edilen, "toplam cezanın oluşturulması" başlıklı Alman Ceza Kanunu m.54'e göre; cezaların bir tanesi müebbet hapis ise, sadece müebbet hapis cezasına hükmedilir. Diğer durumlarda toplam ceza, hak edilen en yüksek cezanın arttırılması suretiyle oluşturulur. Maddenin ikinci fıkrasına göre, toplam ceza, tek tek toplanan cezaların toplamından az olmalı ve hapis cezalarında 15 yılı aşmamalıdır.[130]

Toplam cezanın sonradan infaz aşamasında oluşturulmasını düzenleyen Alman Ceza Kanunu m.55, Ceza İnfaz Kanunu m.99'un karşılığı olarak kabul edilmektedir.[131]

İnfaz Kanunu m.99'a göre, bir kişi hakkında hükmedilen her bir ceza bağımsızdır ve varlığını ayrı ayrı korur. İnfaz Kanunu m.107'de yer alan şartla salıverilme süresinin belirlenmesi için, bu cezalar yetkili mahkemece toplanır. Toplama işlemi sayesinde, örneğin birden çok süreli hapis cezası almış olan bir kişinin, İnfaz Kanunu m.107/3-a uyarınca yirmisekiz yılını cezaevinde geçirdikten sonra şartla salıverilmesi mümkündür. Bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarda bu süre İnfaz Kanunu m.107/4-e uyarınca otuziki yıl olarak belirlenmiştir. Müebbet ve ağırlaştırılmış müebbet hapis cezalarının da kendi aralarında veya süreli hapis cezaları ile toplanması mümkündür.

3. Cezaların İçtimaı Sistemleri

Cezaların içtimaı konusunda kabul edilen üç sistem bulunmaktadır. Suçların ve cezaların içtimaında farklı sistemlerin kabul edildiği ülkelerde,

---

127 Veli Özer Özbek, İnfaz Hukuku, Orion Yay., 2007 Ankara, 264-265.

128 Fatma Karakaş Doğan, Cezanın Amacı ve Hapis Cezası, İstanbul 2010, 185-186.

129 Alman Ceza Kanunu, (Çev. Feridun Yenisey/Gottfrid Plagemann), 2009 İstanbul, 42.

130 Alman Ceza Kanunu, 43.

131 Alman Ceza Kanunu, 44.

cezaların içtimaının uygulanabilmesi için, suçların içtimaı koşullarının bulunmaması gerekmektedir. Eğer suçların içtimaı nedenleri varsa, artık cezaların içtimaı sistemine göre hareket edilemez. Yukarıdaki gibi ikilik sistemini kabul eden ülkelerin aksine, teklik sistemini kabul eden ülkelerde suçların ve cezaların içtimaı farklı sonuçlara yol açmayacaktır.[132]

a. Erime Sistemi

Bu sistemde fail, işlediği suçlardan en ağırının cezası ile cezalandırılır ve daha hafif olan suçlara ait cezalar, ceza tayininde dikkate alınmaz. Hafif olan cezaların, ağır olan cezanın içinde eridiği kabul edilir.[133]

Sistemin uygulanma gerekçesi olarak, toplumun faili işlediği birinci suçtan dolayı cezalandırmayarak ihmal ettiği ve sonraki suçların işlenmesine olanak sağladığı kabul edilmektedir. Kaldı ki, cezaların birbiri ardına infaza konulmasının insafsızlık olduğu, en ağır ceza çekildikten sonra daha hafif cezaların çekilmesine olanak kalmayacağı düşünülmüştür. Esasen Fransa'da uygulama alanı bulan erime sisteminin köklerini tarihi gelişimde bulmak mümkündür. Nitekim hürriyeti bağlayıcı cezaların son derece ağır olması nedeniyle cezaların toplanması halinde ağır sonuçlara ulaşılmasını engellemek için erime sistemi kabul edilmiştir.[134]

b. Cezaların Arttırılması Sistemi

Hukuki içtima veya ağırlaştırma sistemi olarak da adlandırılan bu sistemde faile, işlediği tüm suçlardan ceza verilmekte ancak cezaların tamamı değil bir kısmı temel olarak alınan cezaya eklenmektedir. Böylece en ağır cezanın içine diğer cezaların bir kısmı eklenmekte ancak toplamda ulaşılan ceza miktarı üst sınırı geçmemektedir.[135] Temel cezanın nasıl arttırlacağına ilişkin olarak ülke kanunlarında farklı sistemler kabul edilmektedir.[136] Bu sistemde ulaşılan sonuç ceza, erime sistemine oranla daha ağır olur.[137]

Alman Ceza Kanununda kabul edilen sisteme göre, toplanan cezalar belirli bir üst sınırı geçmemeli ve toplama sonucu ulaşılan ceza miktarı, cezaların tek tek toplanması suretiyle ulaşılan miktardan az olmalıdır. Süreli

---

132 İçel, Suçların İçtimaı, 12-13.

133 İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, İçel Yaptırım Teorisi, 254; Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 555; Çolak/Altun, 540.

134 Dönmezer/Erman, III, 102-103.

135 İçel, Suçların İçtimaı, 12; Dönmezer/Erman, III, 104; Çolak/Altun, 540.

136 Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 555.

137 İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/ Mahmutoğlu/Ünver, İçel Yaptırım Teorisi, 254.

hapis cezasında onbeş yılın, malvarlığı cezalarında failin malvarlığı değerinin ve adli para cezasında yediyüzyirmi gün birimi para cezası sınırının aşılması mümkün değildir.[138]

Evvelden erime sisteminin kabul edildiği Fransa'da halen, en yüksek kanuni sınır aşılmamak üzere, bir tek cezaya hükmedilmesi de mümkündür.[139] Türk Ceza Kanununun yasalaşması sürecinde bu sistem önerilmişse de kabul edilmemiştir.

c. Cezaların Toplanması Sistemi

Maddi içtima olarak da adlandırılan bu sistem, failin işlediği her suçtan ayrı ayrı cezalandırılması esasına dayanır. Fail işlediği suçların tümünün cezasını çeker.[140] Birden fazla cezanın birbirine eklenmesine neden olan sistemin, süreli hapsi süresiz hapis haline getireceği belirtilmiştir. Bu eleştirilerin haklı olduğunu savunan yazarlar, cezaların toplanmasında aşılması mümkün olmayan bir üst sınır konulmasını veya birbirine eklenmesi olanaksız olan cezalarda kısmen erime sistemi uygulanmasını önermektedir.[141]

d. Türk Ceza Kanununda Cezaların İçtimaı

Karşılaştırmalı hukuk sistemlerinde, bazen doğrudan kanun, bazen doktrin ve mahkeme kararları ile suçların ve cezaların içtimaı kavramlarının birbirinden ayrıldığı görülmektedir. Böylece özellikle fikri içtima ile cezaların içtimaı kurumları tam olarak birbirinden ayrlmaktadır.[142]

Türk Ceza Kanununda ise, suçların içtimaı düzenlenmiş olmakla beraber, cezaların içtimaına ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Kanununun üstü kapalı olarak, cezaların toplanması sistemini kabul ettiğini söylemek mümkün olsa da Türk Ceza Kanunu metninde buna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Türk Ceza Kanununda ve Cezaların İnfazı Kanununda, aynı kişi hakkında verilmiş birden fazla cezanın toplanması halinde, herhangi bir üst sınıra da yer verilmemiştir. Ancak süreli hapis cezalarının toplanarak şartla salıverme süresinin belirlenmesinde, hükümlünün cezaevinde geçireceği sürenin, yirmisekiz yıldan fazla olamayacağı kabul edilmiştir. Yukarıda belirtildiği gibi, bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarda bu süre otuziki yıl olarak belirlenmiştir.

---

138 Alman Ceza Kanunu, 43.

139 Dönmezer/Erman, III, 103.

140 İçel, Suçların İçtimaı, 12.

141 İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, İçel Yaptırım Teorisi, 254.

142 İçel, Suçların İçtimaı, 24.

765 sayılı TCK m.77/1'de, aynı neviden şahsi hürriyeti bağlayıcı cezaların birleştirilmesi halinde uygulanacak cezanın ağır hapiste 36, hapiste 25 ve hafif hapiste 10 seneyi geçemeyeceği kabul edilmişti. 765 sayılı TCK m.77/2'de ise, başka neviden şahsi hürriyeti bağlayıcı süreli cezaların toplamının otuz seneyi geçemeyeceği kabul edilmişti.

Türk Ceza Kanununda cezaların şiddetli olmasına yol açan nedenler arasında suçların içtimaı ile ilgili hükümler yanında, cezaların içtimaına yer verilmemiş olmasını anmak gerekir. Türk Ceza Kanununda cezaların içtimaına ilişkin olarak belirli bir sistemin kabul edilmesi gerektiği kanısındayız. Gerçek içtima olarak adlandırılan cezaların toplanması sisteminin, bazı ülke hukuklarında olduğu gibi, infaz aşamasında yumuşatılması failin makul olmayan süreler boyunca cezaevinde tutulmasını engelleyecektir.

V. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Suçların içtimaı kurumu, birden çok suçun tek fail tarafından işlenmesi halinde doğacak sorunların giderilmesine hizmet etmektedir. Suçların içtimaı suç genel teorisini ilgilendiren bir konu olup, TCK m.42-m.44 arasında düzenlenmiştir. Suçların içtima etmesi halinde, fail hakkında hükmedilecek cezalar değil, meydana gelen suçlar toplanmakta ve hatta bazı suçlardan fail hakkında hüküm kurulmamaktadır. Türk Ceza Kanununda suçların içtimaına ilişkin hükümler yer almakla birlikte uygulama alanı büyük ölçüde daraltılmıştır. Esasen cezaların şiddetini azaltmak için fail yararına olarak getirilen bu hükümlerin uygulama alanının daraltılması tarihsel seyirin tersine bir gelişme olarak değerlendirilebilir.

Suçların içtimaı hükümleri, suçlar arasında bulunan subjektif bağa yani failin kusurluluğuna göre ceza sorumluluğunun azalmasına yol açmaktadır. Türk Ceza Kanununda suçların içtimaından yararlanmayı engelleyen her hükmün faile daha ağır ceza verilmesini gerektireceğini belirtmek gerekir. Bu hususların aynı zamanda orantısız cezalandırmaya neden olması mümkündür.

Türk Ceza Kanununun, yürürlüğe girme aşamasında özellikle cezaların ağırlığı ile dikkat çektiği belirtilmiştir. Bazı suçlar için kanunda öngörülen cezaların orantılılık ilkesini ihlal edecek derecede ağır olduğu ileri sürülmüştür.[143] Buna karşılık suçların, cezalarının ağırlığı ile engellenemediği, en şiddetli cezaların uygulandığı ve cezaların içtimaının bulunmadığı dönemlerde dahi suç oranlarının azaltılamadığı bilinmektedir.[144]

---

143 Roxin Claus "Yeni TCK ile Türkiye Avrupa'ya Dahil Oluyor", in:HPD ile Röportaj, S:2, 2004, 23.

144 Cesare Beccaria, Suçlar ve Cezalar Hakkında (çev. Sami Selçuk), İstanbul 2004, 129-130.

Cezaların içtimaı ise fail hakkında hükmedilen birden çok suça ait cezanın toplanmasına olanak sağlamaktadır. Oysa ceza hukuku mevzuatımızda cezaların içtimaı, sadece hükümlünün birden fazla cezaya mahkum edilmiş olması halinde, şartla salıverilme süresinin ve koşullarının belirlenmesinde dikkate alınmaktadır. Cezaların içtimaına Türk Ceza Kanunda yer verilmesi ve yukarıda açıklanan sistemlerden birisinin benimsenmesi gerektiği kanısındayız. Nitekim Alman Ceza Kanunu m.54'e göre, bir fail hakkında birden çok suçtan dolayı yapılan yargılamada oluşturulacak toplam cezanın onbeş yılı geçmesi mümkün değildir. Mevzuatımızda ise, aynı fail hakkında hükmedilmiş birden çok ceza bulunması halinde, yargılama sırasında veya infaz aşamasında cezaların belirlenecek olan en yüksek sınırı aşmamak üzere toplanmasına dair bir hükme yer verilmemiştir.

Birleştirilerek yapılan yargılamada her suçun bağımsızlığını koruması kabul edilebilir olmakla birlikte, her suça ait cezanın bağımsız olarak infazına gidilmesinin yerinde olmadığı kanısındayız. Bunun yerine fail hakkında toplam bir ceza oluşturulması ve belirlenecek bir üst sınırın aşılmaması, infazı mümkün ceza tayinine olanak sağlayacaktır. İşlenen suçların çokluğuna rağmen failin tek oluşu, belirlenecek cezanın miktarında dikkate alınmak durumundadır.

Kaynakça

ARTUÇ, Mustafa, *"Zincirleme Suç"*, Terazi Hukuk Dergisi, Y:3, S:28, Aralık 2008, Seçkin Yay., Ankara 2008, 45-66.

ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, Ahmet Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi Yay., Ankara 2007.

ARTUK, Mehmet Emin, *"Yeni Türk Ceza Kanununun Genel Hükümlerine İlişkin Düşünceler"*, YÜHFD, C:II, S:2, Y:2005, 329-358.

BAKICI, Sedat, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yay., Ankara 2007.

BAKICI, Sedat, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümler I, Adalet Yay., Ankara 2008.

BAYRAKTAR, Köksal, *"Teşebbüs, İştirak, Suçların Birleşmesi"*, in: Türk Ceza Kanununun 2 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Türk Ceza Hukuku Derneği Yay., İstanbul 2008, 138 vd.

BECCARIA, Cesare, Suçlar ve Cezalar Hakkında (çev. Sami Selçuk), İmge Yay., Ankara 2004.

CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 3. B., Beta Yay., İstanbul, 2005.

ÇINAR, Ali Rıza, Türk Ceza Hukukunda Cezalar, Turhan Kitabevi, Ankara 2005.

ÇOLAK, Haluk/ALTUN, Uğurtan, Türk Ceza Hukukunda Ceza ve Güvenlik Tedbirleri, Bilge Yay., Ankara 2007.

DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay., 2. B., Ankara 2005.

DEMİRBAŞ, Timur, *"Yağma Suçları"*, in:3. Yılında Yeni Türk Ceza Adaleti Sistemi (Ed. Bahri Öztürk), Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu, 1-3 Haziran 2008, İstanbul, Seçkin Yay., Ankara 2009, 241-250.

DOMİNANT Mevzuat ve İçtihat Programı.

DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C:I, Beta Yay., 13. B., İstanbul 1997.

DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C:II, Beta Yay., 12. B., İstanbul 1999.

DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C:III, Beta Yay., 12. B., İstanbul 1997

EKİNCİ, Mustafa, Kabahatler Kanunu ile İdari Suç ve Cezalar, Adalet Yay., Ankara 2005.

HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Temel Bilgiler, 3. B., Seçkin Yay., Ankara 2008.

İÇEL, Kayıhan, Suçların İçtimaı, İstanbul 1972.

İÇEL, Kayıhan, "Suçların İçtimaı", in: Ceza Hukuku Günleri, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, 26-27 Mart 1997, Beta Yay., İstanbul 1997, 251-253.

İÇEL, Kayıhan/SOKULLU/AKINCI, Füsun/ÖZGENÇ, İzzet/SÖZÜER, Adem/ MAHMUTOĞLU, S. Fatih/ÜNVER, Yener, Yaptırım Teorisi, Beta Yay., İstanbul 2000.

İÇEL, Kayıhan/SOKULLU/AKINCI, Füsun/ÖZGENÇ, İzzet/SÖZÜER, Adem/ MAHMUTOĞLU, S. Fatih/ÜNVER, Yener, İçel Suç Teorisi, Beta Yay., 2. B., İstanbul 2000.

JESCHECK, Hans-Heinrich, Almanya Federal Cumhuriyeti Ceza Hukukuna Giriş (çev. Feridun Yenisey), Beta Y., İstanbul 1989.

KARAKAŞ DOĞAN, Fatma, Cezanın Amacı ve Hapis Cezası, Legal Yay., İstanbul 2010.

KAZANCI Hakemli Hukuk Dergisi, Temmuz-Ağustos 2008, S:47-48, İstanbul 2008.

KOCA, Mahmut, *"Fikri İçtima"*, Ceza Hukuku Dergisi, Y:2, S:4, Ağustos 2007, 197-221.

KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay., 2. B., Ankara 2009.

KUNTER, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978.

ÖNDER, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.

ÖNDER, Ayhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Filiz Kitabevi, 4. B., İstanbul 1994.

ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR, M. Nihat/BACAKSIZ, Pınar/DOĞAN, KORAY/ TEPE, İLKER, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay., 2010 Ankara.

ÖZBEK, Veli Özer, İnfaz Hukuku, Orion Yay., Ankara 2007.

ÖZEK, Çetin, *"Türk Ceza Kanununun 50 Yılında Devlete Karşı Suçlar"*, Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanununun 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu, 22-26 Mart 1976, Sermet Matbaası, İstanbul 1978, 367-590.

ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay., 2006 Ankara.

ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. B., Seçkin Yay., 2008 Ankara.

ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri, Seçkin Yay., 9. B., Ankara 2006.

ROXİN, Claus, *"Yeni TCK ile Türkiye Avrupa'ya Dahil Oluyor"*, in: HPD ile Röportaj, S:2, Sonbahar 2004, 21-24.

SAVAŞ, Vural/MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık, Türk Ceza Kanununun Yorumu, C:I, Seçkin Yay, Ankara 1999.

ŞEKER, İdris, *"Zincirleme Suç TCK m.43"* http://www.yayin.adalet.gov.tr/dergi/36.say%C4%B1/idrisseker.pdf, (19.09.2010)

TEKİN, Nurullah, *"Fikri İçtima Kavramı ve Bunun Uygulamaya Yansıması"*, Ceza Hukuku Dergisi, YS:13, Ağustos 2010, Seçkin Yay., Ankara 2010, 167 vd.

ÜZÜLMEZ, İlhan, *"Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçu"*, in:3. Yılında Yeni Türk Ceza Adaleti Sistemi (Ed. Bahri Öztürk), Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu, 1-3 Haziran 2008, İstanbul, Seçkin Yay., Ankara 2009, 251-262.

YENİSEY, Feridun/PLAGEMANN, Gottfried (çev), Alman Ceza Kanunu, Beta Yay., İstanbul 2009.

YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, 4. B., Yetkin Yay., Ankara 1992.

YILDIZ, Ali Kemal, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, İstanbul Barosu Yay., İstanbul 2007.

2008 Anayasa Değişikliği Sonrasında Fransa'da Yargıçlar ve Savcılar Yüksek Kurulu

*Eric SALES**

*Burak ÇELİK***

Giriş

Karşılaştırmalı hukukun önemi her hukukçu tarafından gayet iyi bilinir. Bu yöntem, başka ülkelerin hukuk düzenlerinin, belli bir hukuk dalının ya da belli bir kurumun daha iyi anlaşılmasını sağlar. Bu konudaki çalışmalar, ulusal hukukun geliştirilmesi açısından da önem taşır; özellikle bir modelden yararlanılması ve bu modelin benimsenmesi sürecinde yardımcı olurlar. Karşılaştırmalı hukuk, aynı zamanda kimi tasarıların uygulamaya konması aşamasında meşrulaştırıcı bir gerekçe işlevi de görebilir. Bununla birlikte, kimi zaman karşılaştırmalı hukuk verilerinin siyasal amaçlara hizmet etmesi için araçsallaştırılarak kullanıldığı ya da yabancı bir sistemin iyi bilinmemesinin, inceleme konusu ülkede artık uygulanmayan kuralların benimsenmesine yol açtığı da görülmektedir.

Türkiye'deki 2010 anayasa değişikliği sürecinde de Fransız hukuk düzenine sıkça gönderme yapıldığı görüldü. Özellikle, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun (HSYK) yeniden yapılandırılmasını öngören değişiklikle ilgili olarak, Fransa Yargıçlar ve Savcılar Yüksek Kurulu *(Conseil supérieur de la magistrature)* örnek gösterildi; bu Kurulun başkanının Cumhurbaşkanı, başkan yardımcısının Adalet Bakanı olduğu söylendi. Bununla birlikte, Türkiye'de bu örneğe sıkça başvurulduğu söz konusu dönemde, Yargıçlar ve Savcılar Yüksek Kurulu (YSYK) ile ilgili olarak çok önemli bir reform gerçekleştirilmiş ve yargıçların bağımsızlığının sağlanması amacıyla, yürütme organının bu iki üyesinin Kuruldan çıkarılması öngörülmüş durumdaydı. 23 Temmuz 2008 tarihli anayasa değişikliği ve 22 Temmuz 2010 tarihli organik

---

* Yrd. Doç Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı; Maître de conférences de droit public, HDR, Montpellier I Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

** Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.

yasayla Yargıçlar ve Savcılar Yüksek Kurulunun başkanlığı Yargıtay Birinci Başkanına bırakılmıştı. Her ne denli, söz konusu değişikliğin Ocak 2011'de yürürlüğe girmesi öngörülmüş idiyse de, bu değişiklik anayasal düzlemdeki yerini almış ve konuya ilişkin ayrıntılar organik yasada düzenlenmiş bulunuyordu. Dolayısıyla, anılan düzenlemeler göz önünde bulundurulmaksızın, Fransa'nın Türkiye'de yapılmak istenen değişikliklere dayanak olarak gösterilmesi pek olanaklı değildi. Tabii, eğer, Fransa'da erkler ayrılığı ilkesine aykırı göründüğü gerekçesiyle ciddi biçimde eleştirilen eski sistem bilinçli olarak tercih edilmiyor idiyse. Örnek gösterilen düzenlemenin, Fransa'nın artık geride bıraktığı bir dönemi yansıttığı yönündeki haklı eleştirilere karşın, resmi internet sitelerinde, Hükümet üyelerinin konuşmalarında ve bu konuyla ilgili olarak hazırlanan kitapçıklarda, YSYK'nin başkanının Cumhurbaşkanı, başkan yardımcısının da Adalet Bakanı olduğu savı tekrarlanmaya devam edildi[1].

Gerek Fransa'daki son değişikliğin taşıdığı önem, gerekse, 2010 anayasa değişikliği sürecinde de görüldüğü gibi, Türkiye'de Fransa örneğinin zaman zaman yanlış biçimde anlaşılıyor ve kullanılıyor oluşu dolayısıyla, Fransa Yargıçlar ve Savcılar Yüksek Kurulunun temel özelliklerinin, kuruluşundan

---

1 Karşılaştırmalı hukuk verilerinin bu biçimde araçsallaştırılarak kullanılması konusundaki iki örnek için bkz. **Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun Yeniden Yapılandırılması**, Adalet Bakanlığı, Ankara, 2010 (www.adalet.gov.tr/duyurular/2010/mart10/hsyk/hsyk.htm) ve **Anayasa Değişiklik Paketi İle İlgili Sorular ve Cevaplar**, Adalet ve Kalkınma Partisi, Ankara, 2010 (http://www.akparti.org.tr/ak_parti_ref_kitab_180710.pdf). Adalet Bakanlığınca hazırlanan kitapçıktaki "karşılaştırmalı hukuk yönteminin" eleştirisi için bkz. Burak Çelik, "Yargı Reformu: İspanya, Fransa Ne Yapmış, Biz Ne Yapabiliriz?", **Radikal**, 3 Nisan 2010. Anayasa değişikliği sürecinde karşılaştırmalı hukukun bu biçimde kullanılması karşısında, Türk Ceza Hukuku Derneği Başkanı değerli Hocamız Prof. Dr. Köksal Bayraktar'ın öncülüğünde, Türk Ceza Hukuku Derneği, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku, Kriminoloji ve İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi ile İstanbul Kültür Üniversitesi Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi tarafından bir çalıştay düzenlenmiş; Anayasa Mahkemesi ile yargıçlar ve savcılar kurullarına ilişkin olarak çeşitli ülke örneklerinin ayrı ayrı incelendiği bu çalışmada sunulan bildiriler daha sonra kitap olarak yayımlanmıştır. Söz konusu toplantıda, Fransa Yargıçlar ve Savcılar Yüksek Kuruluna ilişkin de bir sunum yapılmıştır. Bkz. Pınar Memiş, "Fransız Yüksek Yargı Konseyi", Bahri Öztürk/Fikret İlkiz/Ümit Kocasakal (ed.), **2010 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı**, Ankara: Seçkin, 2010, s. 125-129. Öte yandan, YSYK'nin yapısına ilişkin değişikliğe, öğretide, Türkiye'de anayasa değişikliği henüz gündeme gelmeden ve Fransa'daki anayasa değişikliğinin hemen ertesinde dikkat çekilmiş olduğu da belirtilmelidir. Bu konuda bkz. Sibel İnceoğlu, **Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Ekseninde Yargıcın Davranış İlkeleri**, İstanbul: Beta, 2008, s. 207-211. Fransa ile birlikte, Avrupa Birliği üyesi diğer kimi ülkelerdeki yargı yüksek kurullarının karşılaştırmalı hukuk yaklaşımıyla incelendiği bir çalışma için bkz. Burak Çelik, **Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu: Yapısal Açıdan Karşılaştırmalı Bir İnceleme,** İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Doktora Tezi), 2010.

bugüne dek geçirdiği başlıca değişiklikler de göz önünde bulundurularak, ana hatlarıyla ortaya konulması yararlı görünüyor.

Yargıçlar ve Savcılar Yüksek Kurulu, Fransa'da ilk kez, yargının örgütlenmesi hakkındaki 31 Ağustos 1883 tarihli yasada düzenlenmiş bir organdır. Bununla birlikte, o dönemde, söz konusu kurum, sürekli bir kurul biçiminde yapılandırılmış değildir. Yargıtay Genel Kurulunun, yargıçlar ve savcıların disiplin işlemleriyle ilgili olarak toplandığı zaman Yargıçlar ve Savcılar Yüksek Kurulu adını alacağı öngörülmüştür. YSYK'nin gerçekten özerk bir anayasal organ olarak ortaya çıkması için 1946 tarihli Dördüncü Cumhuriyet Anayasasını beklemek gerekecektir. Bu Anayasanın IX numaralı başlığı YSYK'ye ayrılacak ve bu kurum, yargıçlar ve savcıların bağımsızlığın güvencesi olarak görülecektir. Bu özelliği de söz konusu kurumun ayrıntılı biçimde incelenmesinin önemini ortaya koyar; çünkü, yargıya başvuranların ya da yargılananların haklarının korunması ile yargıçların bağımsızlığı arasında sıkı bir bağ mevcuttur. Bir başka deyişle, YSYK, temel hakları koruyan, yargısal nitelikli olmayan bir organ olarak görülebilir. Çünkü, yargıçların ve savcıların korunması yoluyla bu kurum, onların, işlevlerini en iyi biçimde yerine getirebilmelerine olanak tanır; ki bu da, yargı hizmetlerinden yararlananların lehine bir durumdur.

Yargıçlar ve Savcılar Yüksek Kurulu ile ilgili olarak iki noktaya daha burada dikkat çekmek gerekir. Bunlardan birincisi, bu Kurulun bağımsızlığının yaşamsal bir önem taşıdığıdır; çünkü bu kurum, *"yargı makamının bağımsızlığına katkıda bulunur"*[2]. Değinilmesi gereken ikinci husussa, YSYK'nin görev alanının Fransa'daki tüm yargıçları kapsamadığıdır. Ticaret ya da iş hukuku alanındaki yargı yerlerinde görev yapan meslekten olmayan yargıçlar bu çerçevede değerlendirilmelidir. Yine, idarî yargıda görev yapan yargıçlar da, Yargıçlar ve Savcılar Yüksek Kurulunun değil, bir yasayla kurulmuş bulunan İdarî Mahkemeler ve İdarî İstinaf Mahkemeleri Yüksek Kurulunun *(Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cour administratives d'appel)* görev alanı kapsamındadır[3]. Danıştay üyeleri

---

2 Bu konuda bkz. Fransız Anayasa Konseyinin, 2010-611 sayılı ve 19 Temmuz 2010 tarihli kararı, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2010/2010-611-dc/decision-n-2010-611-dc-du-19-juillet-2010.48706.html, 25.10.2010.

3 Fransa'da, idare yargıçlarının varlıkları anayasal olarak tanınmış değildir. Bu yargıçların bağımsızlığına ilişkin anayasal ilkeler, Anayasa Konseyinin içtihadıyla oluşturulmuştur. Bu bağlamda bkz. 80-119 sayılı ve 22 Temmuz 1980 tarihli Anayasa Konseyi kararı (http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1980/80-122-dc/decision-n-80-122-dc-du-22-juillet-1980.7779.html, 25.10.2010). Söz konusu kararın 6 numaralı paragrafına göre, *"Anayasanın, yargı makamıyla ilgili 64. maddesi ve ilgili Cumhuriyet yasaları göz önünde bulundurulduğunda, 24 Mayıs 1872*

de, bu kurumun tarih içinde aşama aşama kazanmış olduğu bağımsız statü dolayısıyla, YSYK'nin görev alanı kapsamı dışında yer alan yargıçlardandır. Bu ayrık durumları göz önünde bulundurmak kaydıyla, YSYK'nin anayasal sistem içinde son derece önemli bir yere sahip olduğu belirtilmelidir. Bu nedenle, söz konusu kurumun, çeşitli reformlarla birçok kez değişikliğe uğramış bulunan yapısının (I) ve görev ve yetkilerinin (II) incelenmesi önemlidir.

I- Yargıçlar ve Savcılar Yüksek Kurulunun Oluşum Biçimi

"Görev ve yetkileri göz önünde bulundurulduğunda, YSYK gibi bir organ üzerinde yargının ağırlığının hissedilmemesi ya da bu organın yürütme ya da yasama organının etkisinden bütünüyle uzak olması pek olanaklı değildir. Her türlü safiyane yaklaşımı bir yana bırakarak, sorunun, farklı kaynaklardan gelecek üyelerin oranıyla ilgili olduğu belirtilmelidir; amaç, korporatizmin ya da siyasallaşmanın zararlı etkilerini ortadan kaldırmak ya da en azından olabildiğince sınırlamak, yetkin ve bu işin gerektirdiği bağımsızlık düzeyine erişmiş kişilerin atanmasını sağlamaktır."[4] Bu "bilgece" formülde, YSYK'nin oluşum biçimiyle ilgili olarak 1946'dan 2008'e dek yapılan değişikliklerin izlerini görmek olanaklıdır. Kurul üyelerini atama gibi önemli bir yetkinin, 1946 Anayasasıyla Millet Meclisine, 1958 Anayasasının özgün biçiminde de Cumhurbaşkanının tekeline bırakılmış olduğu dikkate alındığında, YSYK'nin, dönemin baskın siyasal kurumu tarafından çevrelenmiş olduğu görülmektedir. Bununla birlikte, 27 Temmuz 1993 tarihli anayasa değişikliği, bu gelişim çizgisinde belli bir kesintiyi simgeleyecek; 23 Temmuz 2008 tarihli anayasa değişikliği de bir önceki değişikliğin açtığı yolda daha da ilerleyecektir. Gerek kurul başkanlığı (A), gerekse üyelerin kaynağı ve belirlenme yöntemi (B) konusunda pek çok değişiklik yapılmış olması, adaletin iyi işlemesi noktasında yaşamsal öneme sahip YSYK gibi bir kurumun oluşum biçiminin saptanmasındaki başlıca güçlükleri oluşturmakta ve konunun derinlemesine incelenmesini gerektirmektedir.

A- Başkanlık

Yargıçlar ve Savcılar Yüksek Kurulu Başkanlığı görevini, Yargıtay Birinci Başkanı yürütmektedir (AY md. 65/2). Yargıtay Başkanı, YSYK'nin

---

tarihli yasadan bu yana, idarî yargının varlığı ile idarî yargı yerlerinin bağımsızlığının ve bunların işlevlerinin özgül niteliğinin güvence altına alınmış olduğu ortaya çıkar. Bu alana ne yasama ne de hükümet el uzatabilir; yine ne yasama organı ne de hükümet, idarî yargı yerlerinin verdikleri kararları kaldırabilir, bunlara emir verebilir ve bunların yerine geçerek, görev alanlarına giren uyuşmazlıklar hakkında karar verebilir."

4 R. Errera, "Sur le Conseil supérieur de la magistrature français: réflexions et perspectives", **Justice, La revue des juges suisses,** 2009/2 (http://rogererrera.fr/institutionsjudiciaires/docs/errera_csm-fr.pdf, 08.09.2011).

hem Genel Kuruluna hem de yargıçların özlük işlerinden sorumlu dairesine başkanlık etmektedir. Bir başka deyişle, günümüzde, Fransa'nın en üst düzey yargıcı, daha önce Cumhurbaşkanının başkanlık yaptığı bir kurumun başına gelmiştir. 23 Temmuz 2008 tarihli anayasa reformuyla getirilen ve 22 Temmuz 2010 tarihli organik yasayla[5] somutlaştırılan bu değişiklik, Fransa'da uzun süre devam eden ve erkler aykırılığı ilkesine açıkça aykırı göründüğü gerekçesiyle eleştirilen bir "kusur"u ortadan kaldırmayı amaçlamıştır.

Söz konusu anayasa değişikliğiyle, Cumhurbaşkanının Kurul üzerindeki pek yerinde görünmeyen ağırlığına son verilirken, 1958 Anayasasının, *"Cumhurbaşkanı, yargı makamının bağımsızlığının güvencesidir"* hükmünün yer aldığı 64. maddesine dokunulmamıştır. Oysaki, bu düzenlemenin, Cumhurbaşkanının YSYK'nin zirvesindeki varlığını bir dereceye dek meşrulaştırır nitelikte bulunduğu kabul edilebilse bile, 2008'deki değişikliğe koşut olarak, bu hükmün de yürürlükten kaldırılması; bunun yerine, "yargı bağımsızlığının güvencesi YSYK'dir" biçiminde bir düzenlemenin öngörülmesi daha mantıklı ve yerinde olabilirdi.

Bu "eksikliğe" karşın, söz konusu değişikliğin olumlu bir nitelik taşıdığı da belirtilmelidir. Bu saptamamızı destekleyen pek çok neden vardır. Öncelikle, Yargıtay Birinci Başkanının, yargısal ve yönetsel görevlerinin yanında, Yargıçlar Yükseltme Komisyonunun *(Commission d'avancement des magistrats du siège)* başkanlığı görevini de üstlenmiş olduğu belirtilmelidir. Yargıtay Başkanı aynı zamanda, geleceğin yargıç ve savcılarının meslek öncesi, görev başındakilerinse meslek içi eğitimleri noktasında çok önemli bir işlev üstlenen veren Ulusal Yargıçlık ve Savcılık Okulunun *(Ecole nationale de la magistrature)* yönetim kuruluna da başkanlık yapmaktadır. Yine, Yargıtay Birinci Başkanı sıfatı dolayısıyla, Yargıtayla ya da genel olarak yargıyla ilgili yasal düzenlemeler hakkında görüşüne sıkça başvurulmaktadır. Son olarak belirtilmesi gereken bir husus da, bu göreve Cumhurbaşkanı tarafından atanmasının Yargıtay Başkanının üstlendiği işlevin gerektirdiği bağımsızlığa ve otoriteye herhangi bir halel getirmediği düşüncesinin genel kabul gördüğüdür. Aslında, Yargıtay Başkanı da, Yargıtayın diğer tüm üyeleri gibi, Devlet Başkanı tarafından atanmaktadır[6]. Ne var ki Cumhurbaşkanı,

---

5 23 Temmuz 2010 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan ve Ocak 2011'de yürürlüğe girmesi öngörülen, 2010-830 sayılı ve 22 Temmuz 2010 tarihli "Anayasanın 65. Maddesinin Uygulanması Hakkındaki Organik Yasa". Söz konusu organik yasa için bkz. "**Loi organique n° 2010-830 du 22 juillet 2010 relative à l'application de l'article 65 de la Constitution",** http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT 000022508911&fastPos=1&fastReqId=1617964903&categorieLien=id&oldAction=rechTexte, 25.10.2010.

6 58-1136 sayılı ve 28 Ekim 1958 tarihli, Devletin Sivil ve Askeri Görevlerine Yapılacak Atamalar Hakkındaki Organik Yasayı Yürürlüğe Koyan Kararname, md. 2. Bu kararname için bkz. "**Ordonnance n°58-1136 du 28 novembre 1958 por-**

bu atamayı, YSYK'nin yargıçların özlük işleriyle ilgili dairesinin önerisi üzerine yapmaktadır[7]. Bu öneri her ne denli bağlayıcı bir nitelik taşımasa da, uygulamada Devlet Başkanlarının YSYK'nin önerisine uygun atamalar yaptıkları görülmektedir. Sonuç olarak, Cumhurbaşkanının yaptığı bu atamanın dolaylı ve biçimsel bir nitelik taşıdığı belirtilmelidir.

Yargıçlar ve Savcılar Yüksek Kurulunun savcıların özlük işlerinden sorumlu dairesine ise, Yargıtay Başsavcısı başkanlık yapmaktadır (AY md. 65/3). Fransa'daki savcılık örgütünün başı konumundaki Yargıtay Başsavcısı, yasaların birörnek biçimde, yasa koyucunun iradesine, kamu yararına ve kamu düzenine uygun olarak yorumlanıp uygulanmasını gözetmekle görevlidir. Bu bağlamda, sözgelimi, Yargıtayın ve genel olarak yargının bütün içtihadının birlik arz etmesini sağlamak Başsavcının görevidir. Adaletin yerine getirilmesinde bu denli önemli bir işleve sahip Yargıtay Başsavcısı da, tıpkı Yargıtay Başkanı gibi, yargının yönetimi ve disiplini alanlarında söz sahibidir. Başsavcı, Savcılar Yükseltme Komisyonunun ve Ulusal Yargıçlık ve Savcılık Okulu Yönetim Kurulunun üyesidir. Öte yandan, YSYK'nin bağlayıcı nitelik taşımayan "basit görüşü" *(avis simple)* üzerine, Bakanlar Kurulu tarafından atanan Yargıtay Başsavcısının, kendisine atfedilen bağımsızlığa karşın, aslında, siyasal iktidarla belli bir yakınlık içinde olduğu da belirtilmelidir[8]. Başsavcı, hiyerarşik olarak Hükümetin ceza siyasetinin yürütülmesinden sorumlu olan Adalet Bakanına bağlıdır[9].

---

tant loi organique concernant les nominations aux emplois civils et militaires de l'Etat", http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000339141&fastPos=1&fastReqId= 788843010&categorieLien=cid&oldAction=rechTexte, 25.10.2010.

7 Bu nedenle, söz konusu dairenin oluşum biçiminin, dairenin bağımsızlığını sağlayacak ve güvence altına alacak bir nitelik taşıması son derece önemlidir. Çünkü tersi durumda, Devlet Başkanı, YSYK Başkanının atanması konusunda önemli ve geniş bir manevra alanına sahip duruma gelecektir.

8 58-1136 sayılı ve 28 Ekim 1958 tarihli, Devletin Sivil ve Askeri Görevlerine Yapılacak Atamalar Hakkındaki Organik Yasayı Yürürlüğe Koyan Kararname, md. 1. Yarı-başkanlık sisteminin uygulandığı Fransa'da, klasik anlamdaki hükümet yetkilerinin kullanıldığı kurum olan Bakanlar Kuruluna *(Conseil des Ministres)* yürütmenin gerçek başı olan Cumhurbaşkanının başkanlık yaptığı da burada anımsatılmalıdır. Bu konuda bkz. Cem Eroğul, **Çağdaş Devlet Düzenleri**, 6. Bası: Ankara, İmaj, 2008, s. 181-182.

9 Yakın tarihli bir kararında, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, *"hukuksal konumları (statüleri) göz önünde bulundurulduğunda, Fransa'da savcıların, yürütme organı karşısında, Sözleşme md.5/3'ün gerektirdiği türden bir bağımsızlığa sahip olmadığı"* saptamasını yapmıştır. Bkz. İHAM'ın, 23 Kasım 2010 günlü, Moulin/Fransa Kararı (Başvuru No. 37104/06), p. 57 (http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action= html&highlight=Moulin&sessionid=79785666&skin=hudoc-fr, 25.10.2010). Aynı yönde bkz. Fransa Yargıtayı Ceza Dairesinin 15 Aralık 2010 günlü ve 7177 sayılı Philippe Creissen Kararı (http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_criminelle_578/7177_15_18415.

Sonuç olarak, yargıçlardan sorumlu dairenin başkanlığının Yargıtay Birinci Başkanına, savcılardan sorumlu dairenin başkanlığının ise Yargıtay Başsavcısına bırakılmasıyla, 2008 anayasa değişikliği sonrasında YSYK, yargı makamının bağımsızlığının güvencesi olma işlevini yerine getirmeye daha da yaklaşmıştır. Bununla birlikte, söz konusu reform ile Cumhurbaşkanı ve Adalet Bakanı Kuruldan çıkarılırken, Adalet Bakanına disiplin işlemleriyle ilgili olanlar dışındaki Kurul toplantılarına katılma yetkisi verilmesinin, Kurulla ilgili kimi baskı ve kuşku iddialarına yol açacağı gerekçesiyle eleştiri konusu olduğu da belirtilmelidir[10].

B- Üyelik

YSYK'nin kuruluşuyla ilgili hususlar, Anayasanın 65. maddesi ve 22 Temmuz 2010 tarihli organik yasayla değişik 5 Şubat 1994 tarihli ve 94-100 sayılı Yargıçlar ve Savcılar Yüksek Kurulu Hakkındaki Organik Yasada (md. 1-12) hüküm altına alınmıştır[11]. Bu konudaki düzenlemelerin ve dolayısıyla kuruluşun son derece karmaşık bir görünüm arz ettiği belirtilmelidir. Kurulu oluşturan her iki dairenin toplam üye sayısı açısından bakıldığında, YSYK, aşağıda anlatıldığı biçimde belirlenen yirmi iki üyeden oluşmaktadır.

---

html, 17.12.2010). Söz konusu kararda Yargıtay, İHAM içtihadının da ötesine geçerek, savcılık örgütünün, İHAS md. 5/3 anlamında bir yargısal makam olarak kabul edilemeyeceği, çünkü bu Sözleşmenin gerektirdiği bağımsızlık ve tarafsızlık niteliklerini taşımadığı saptamasında bulunmaktadır. Buna karşılık Anayasa Konseyi, "yargısal makam" kavramının hem yargıçları hem de savcıları kapsadığının altını çizmektedir. Bkz. Anayasa Konseyinin, 2011-125 sayılı ve 6 Mayıs 2011 günlü kararı, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2011/2011-125-qpc/decision-n-2011-125-qpc-du-06-mai-2011.96762.html, 23.05.2011.

10 Bu konuda Millet Meclisi ve Senatonun ilgili komisyonlarında yapılan tartışmalar ve söz konusu komisyonların raporları için bkz. J. L.Warsmann, **Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi constitutionnelle (N° 820) de modérnisation des institutions de la Ve République**, Assemblée Nationale, Rapport N° 892; J. L. Warsmann, **Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi constitutionnelle modifié par le Sénat (N° 993), de modérnisation des institutions de la Ve République**, Assemblée Nationale, Rapport N° 1009; J. J. Hyest, **Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du réglement et d'administration générale sur le projet de loi constitutionnelle, adopté par l'Assemblée Nationale, de modérnisation des institutions de la Ve République**, Sénat, Rapport N° 387.

11 Söz konusu organik yasa için bkz. "**Loi organique n°94-100 du 5 février 1994 sur le Conseil supérieur de la magistrature",** http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000364282&fastPos=3&fast ReqId=1955740461&categorieLien=cid&oldAction=rechTexte, 23.05.2011.

YSYK'nin, yargıçların özlük işleri konusunda yetkili dairesinde, Yargıtay Birinci Başkanının yanında, beş yargıç ve bir savcı üye görev yapar. Buna göre, bu dairede, Yargıtay üyelerince seçilen bir Yargıtay üyesi; istinaf mahkemesi başkanlarınca seçilen bir istinaf mahkemesi başkanı; asliye mahkemeleri, ilk derece mahkemeleri ve yüksek istinaf mahkemeleri[12] başkanlarınca seçilen bir asliye mahkemesi başkanı; Yargıtay üyeleri ve anılan mahkeme başkanları dışındaki yargıçlarca seçilen iki yargıç[13] ve yine kendi meslektaşları tarafından seçilen bir savcı[14] bulunur.

YSYK'nin savcılar konusunda yetkili dairesine, daha önce de belirtildiği gibi, Yargıtay Başsavcısı başkanlık yapmaktadır. Bu dairede, Yargıtay Başsavcısının dışında, beş savcı ve bir yargıç üye bulunur. Buna göre, burada, Yargıtay savcılarınca seçilen bir Yargıtay savcısı; istinaf mahkemeleri başsavcılarınca seçilen bir istinaf mahkemesi başsavcısı; asliye mahkemesi başsavcılarınca seçilen bir asliye mahkemesi başsavcısı; Yargıtay savcıları ve anılan başsavcılar dışındaki savcılarca seçilen iki savcı[15] ve bir yargıç görev yapar[16].

Her bir dairede ayrı ayrı görev yapan, anılan yargıç ve savcı üyelerin dışında, YSYK'nin her iki dairesinde de görev yapması öngörülen sekiz üye daha bulunmaktadır. Bunlardan ikisi hukuk mesleğinden gelmektedir. Bu üyeler, Danıştay tarafından seçilen bir Danıştay mensubu ile Ulusal Barolar Konseyi Başkanının, Konsey Genel Kurulunun olumlu görüşünü de alarak atayacağı bir avukattır. Hukuk kökenli bu iki üyenin dışında, yasama üyesi, yargı mensubu ya da yönetim içinde görevli olmayan "yetkin kişiler" *(personnalités qualifiées)* arasından Cumhurbaşkanı, Meclis Başkanı ve Senato Başkanı tarafından da ikişer üye atanır. Bu altı üyenin nitelikleriyle ilgili herhangi bir koşul öngörülmüş değildir. Öte yandan, bu üyelerin

---

12 Yargının Örgütlenmesi Hakkındaki Temel Yasaya göre (md. R511-1, R-521-2) yüksek istinaf mahkemeleri *(Tribunal supérieur d'appel)*, Fransa'nın deniz aşırı topraklarından Saint Pierre et Miquelon ve Mayotte'ta bulunan ve diğer bölgelerdeki istinaf mahkemeleriyle *(cour d'appel)* eşdeğer işleve sahip olan mahkemelerdir. Bu yasa için bkz. "**Code de l'organisation judiciaire"**, http://www.legifrance.gouv.fr/ affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071164, 02.09.2010.

13 Bu yargıçlar, istinaf mahkemelerinin yargı çevresi esas alınarak, kendi meslektaşlarınca seçilen yargıçlardan oluşan bir kurul tarafından dört yıl için seçilirler. Bu kurul, 160 kişiden oluşmaktadır.

14 Bu savcı, istinaf mahkemelerinin yargı çevresi esas alınarak, kendi meslektaşlarınca seçilen savcılardan oluşan bir kurul tarafından dört yıl için seçilir. Bu kurul, 80 kişiden oluşmaktadır.

15 Bu savcılar, istinaf mahkemelerinin yargı çevresi esas alınarak, kendi meslektaşlarınca seçilen savcılardan oluşan bir kurul tarafından dört yıl için seçilir. Bu kurul, 80 kişiden oluşmaktadır.

16 Bu yargıç, istinaf mahkemelerinin yargı çevresi esas alınarak, kendi meslektaşlarınca seçilen yargıçlardan oluşan bir kurul tarafından dört yıl için seçilir. Bu kurul, 160 kişiden oluşmaktadır.

atanmasında, Anayasanın 1. maddesi uyarınca kadınlar ve erkeklerin eşit temsili ilkesinin gözetilmesi gerektiği belirtilmelidir[17]. Bu koşul dışında, Cumhurbaşkanı ile yasama meclislerinin başkanlarının geniş bir takdir yetkisine sahip oldukları görülmektedir. Bu konuda dengeleyici tek sınırlama, Anayasanın 13. maddesinde öngörülmüş olan atama yöntemiyle getirilmiştir. Anayasanın 65. maddesinin 2. fıkrasına göre, Cumhurbaşkanı, Millet Meclisi Başkanı ve Senato Başkanı tarafından ikişer üye atanırken Anayasanın 13. maddesinde öngörülen yöntem izlenir. Anayasanın 13. maddesine göreyse, Cumhurbaşkanının yapacağı atamalar, her iki mecliste de oluşturulacak daimi bir atama komisyonunun görüşünün alınması koşuluna bağlamıştır. Yine aynı maddeye göre, her iki meclis komisyonunda kullanılan oyların toplamının 3/5'ü olumsuz yönde ise, Cumhurbaşkanı istediği atamayı yapamamaktadır. Öte yandan aynı koşul, YSYK'ye meclis başkanlarınca yapılan atamalar bakımından da geçerlidir. Ancak, bu atamalarda yalnızca ilgili meclisteki daimi komisyonun görüşünün alınacağı öngörülmüştür (md. 65/2).

2008 anayasa değişikliğinin getirdiği bir diğer yenilik, yargıçlar ve savcılar konusunda yetkili dairelerin yanında, aslında 1993'ten beri uygulamada var olan, "YSYK Genel Kurulu"nun da anayasallaştırılmış olmasıdır. Başkanlığını Yargıtay Birinci Başkanının ya da onun yokluğunda Yargıtay Başsavcısının yapacağı Genel Kurul, YSYK'nin her iki dairesinde görev yapmakta olan üyelerden meydana gelmiş olsa da, bu yapı üyelerin bütününü kapsamaz. Genel Kurul, yargıçlar konusunda yetkili dairede görev yapan beş yargıçtan üçü[18]; yine, savcılar konusunda yetkili dairede görev yapan beş savcıdan üçü[19]; ayrıca, her iki dairede de görev yapmakta olan Danıştay üyesi, avukat üye ve Cumhurbaşkanı ile yasama meclisleri başkanlarınca atanmış olan altı üyeden oluşur (AY md. 65/8).

---

17 Fransa Anayasasının 1. maddesinin 2. fıkrasına göre, *"Kadınlarla erkeklerin, seçimle gelinen makamlara, meslekî ve toplumsal görevlere eşit biçimde ulaşmaları yasa yoluyla teşvik edilir."*

18 Yargıçlar konusunda yetkili dairede görevli istinaf mahkemesi başkanı görev süresinin ilk yarısı boyunca; asliye mahkemesi başkanı görev süresinin ikinci yarısı boyunca; bunlar dışındaki iki yargıç tüm görev süreleri boyunca Genel Kurul üyeliği görevini üstlenirler (YSYK Hakkındaki Organik Yasa md. 4-1). Anayasanın, Genel Kurulda üç yargıcın görev yapacağını öngörmüş olmasına karşın, organik yasaya göre, sonuç olarak burada aslında bir dönemde toplam dört yargıcın görev yapmış olduğunun da altı çizilmelidir.

19 Savcılar konusunda yetkili dairede görevli istinaf mahkemesi başsavcısı görev süresinin ilk yarısı boyunca; asliye mahkemesi başsavcısı görev süresinin ikinci yarısı boyunca; bunlar dışındaki iki savcı tüm görev süreleri boyunca Genel Kurul üyeliği görevini üstlenirler (YSYK Hakkındaki Organik Yasa md. 4-1). Yine, Anayasanın, Genel Kurulda üç savcının görev yapacağını öngörmüş olmasına karşın, organik yasaya göre, sonuç olarak burada aslında bir dönemde toplam dört savcının görev yapmış olduğu da bir kez daha belirtilmelidir.

YSYK'nin oluşum biçime ilişkin bu karmaşık kuralların daha iyi anlaşılması için çizelgelerden yararlanmak yararlı olabilir. Aşağıda, Kurulun Ocak 2011'den önceki oluşum biçimiyle (Çizelge-1), söz konusu reform sonrasındaki oluşum biçimini (Çizelge-2) ortaya koyan iki çizelgeye yer verilmiştir.

Çizelge-1: YSYK'nin Ocak 2011'e kadarki oluşum biçimi

	Yargıçlar Konusunda Yetkili Daire	**Savcılar Konusunda Yetkili Daire**
Daire Başkanı	Daire üyeleri arasından bir yıl için seçilir	Daire üyeleri arasından bir yıl için seçilir
Yalnızca İlgili Dairede Görev Yapan Üyeler	-5 yargıç -1 savcı	-5 savcı -1 yargıç
Her İki Dairede de Görev Yapan Üyeler	-Adlî yargı mensubu olmayan ve aşağıdaki makamlarca atanan 4 "yetkin kişi" *Cumhurbaşkanı tarafından atanan 1 üye *Senato Başkanı tarafından atanan 1 üye *Millet Meclisi Başkanı tarafından atanan 1 üye *Danıştay tarafından seçilen 1 Danıştay üyesi	
TOPLAM	Kurul Başkanı olan **Cumhurbaşkanı** ve Başkan Yardımcısı olan **Adalet Bakanı** dışındaki toplam üye sayısı 16	

Çizelge-2: YSYK'nin Ocak 2011'den sonraki oluşum biçimi

	Yargıçlar Konusunda Yetkili Daire	**Savcılar Konusunda Yetkili Daire**	**Genel Kurul***
Daire Başkanı	Yargıtay Birinci Başkanı	Yargıtay Başsavcısı	Yargıtay Birinci Başkanı
Yalnızca İlgili Dairede Görev Yapan Üyeler	-5 yargıç -1 savcı	-5 savcı -1 yargıç	-Yargıçlar konusunda yetkili dairede görev yapan 5 yargıçtan 3'ü - Savcılar konusunda yetkili dairede görev yapan 5 savcıdan 3'ü
Her Üç Dairede de Görev Yapan Üyeler	-Danıştay tarafından seçilen 1 Danıştay üyesi -Ulusal Barolar Konseyi Başkanının, Konsey Genel Kurulunun olumlu görüşünü alarak atadığı 1 avukat - Aşağıdaki makamlarca atanan 6 "yetkin kişi" *Cumhurbaşkanı tarafından atanan 2 üye *Senato Başkanı tarafından atanan 2 üye *Millet Meclisi Başkanı tarafından atanan 2 üye (Anayasanın 65. maddesi uyarınca buraya Adalet Bakanı da eklenebilir; çünkü Bakan, disiplinle ilgili olanlar dışındaki toplantılara katılabilir.)		
TOPLAM	22		15

* Genel Kurul, YSYK'nin tüm üyelerini kapsamayıp farklı bir oluşum biçimine sahip olduğundan bu tabloda ayrı bir daire gibi kabul edilerek gösterilmiştir.

Yargıçlar ve Savcılar Yüksek Kurulunun oluşum biçimiyle ilgili değişiklikler dikkate alındığında, yürütmenin ağırlığının gözlenebilir biçimde azaldığı ve yargı mensubu olmayan üye sayısının sekize çıkmasıyla[20], Kurulun daha karma yapılı bir nitelik kazandığı saptamaları yapılabilir. Yine buradan, YSYK'nin siyasal iktidar karşısında daha fazla bağımsızlık kazanacağı ve yargıçların kendi kendilerince denetlendikleri izleniminin ortadan kalkmasıyla, halkın yargıya olan güveninin artacağı sonucuna da varılabilir. Bir başka deyişle, "özerkliğin başlangıcı"nın ve "korporatizmin sonu"nun bu değişikliğe damgasını vuran iki olgu olduğu söylenebilir. Öte yandan, burada, uygulamayı da göz önünde bulundurarak, kimi gerçekliklere dikkat çekilmelidir. Bunlardan ilki, Cumhurbaşkanının YSYK başkanlığına son verilse de, yine aynı değişiklikle, kendisine Kurula bir yerine iki üye atama olanağının tanınmış olmasıdır. Üzerinde durulması gereken ikinci husus, Cumhurbaşkanı, Senato Başkanı ve Millet Meclisi Başkanının aynı siyasal partiye mensup olmaları dolayısıyla, Cumhurbaşkanlığını elinde bulunduran siyasal akımın, aslında yargı örgütü dışından gelen altı üyeyi de belirleme tekeline sahip olduğudur. Yargıçlar ve Savcılar Sendikasına göre *(Syndicat de la magistrature)*, söz konusu altı üyenin atanmasında çoğulculuğu güvence altına alacak pek de sağlam dayanaklar bulunmamaktadır[21]. Sonuç olarak, söz konusu değişiklikle, neredeyse bütünüyle aynı siyasal eğilim tarafından atanmış üyelerden oluşan bir yapının ortaya çıkması ve yargıçların bu eğilim doğrultusunda atanması olasılığı doğmaktadır. Bu iktidar yoğunlaşması sonucunda, söz konusu siyasal çoğunluğun nüfuzu, erkler ayrılığı ilkesine ve demokrasinin gerektirdiği, erkler arasındaki saydam ve dengeli işbirliği ve işbölümüne aykırı bir biçimde gelişmektedir. Bu çerçevede, Anayasanın 65. maddesiyle, Adalet Bakanına disiplinle ilgili olanlar dışındaki YSYK toplantılarına katılma olanağının tanınmış olması da, Kurul üzerinde bir tür gözetim uygulamasının söz konusu olduğu kanısını uyandırabilecektir.

Fransa'daki bir diğer yargı sendikası olan Birleşik Yargıçlar ve Savcılar Sendikası *(Union syndicale des magistrats)* ise, yargı mensuplarının YSYK'de eşit biçimde temsil edilmemesinin, *"Avrupa standartlarına aykırı olduğunu"* dile getirmiştir. Sendika bu noktada özellikle Yargıçların Hukuksal Konumuna (Statüsüne) İlişkin Avrupa Şartına dikkat çekmektedir[22]. Söz

---

20 Bu kişiler için İtalya'da çok da yerinde olmayan bir adlandırmayla *"membri laici"* ya da *"membri non togati"* denilmektedir. "Laik üyeler" anlamına gelen ilk adlandırmaya göre "cübbeli olmayan üyeler" biçimindeki ikinci terimin daha uygun olduğu belirtilmelidir. Öte yandan, YSYK'nin yalnızca adlî yargıda görev yapmakta olan yargıç ve savcıların özlük işlerinden sorumlu olduğu Fransa'da, Danıştay tarafından atanan üyenin de bu nitelikte kabul edildiğinin altı çizilmelidir.

21 **"Observations du Syndicat de la magistrature sur la réforme du Conseil Supérieur de la Magistrature",** http://www.syndicat-magistrature.org/Observations-du-Syndicat-de-la,971.html, 25.10.2010.

22 **"Observations de l'USM sur le projet de loi organique relatif à l'application**

konusu Şartın "Genel İlkeler" başlıklı Birinci Bölümünün 1.3 numaralı paragrafına göre, *"bir yargıcın seçimi, mesleğe kabulü, atanması, meslekte yükselmesi ve görevine son verilmesine ilişkin her karar, yürütme ve yasama erklerinden bağımsız bir makamın katılımıyla alınmalıdır. Bu makamın üyelerinin en az yarısı, yargının en geniş biçimde temsilini sağlayacak yöntemlerle, kendi meslektaşlarınca seçilecek yargıçlardan oluşmalıdır."*[23] Bu bağlamda, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin, Yargıçların Bağımsızlığı, Etkinliği ve Rolü Hakkında (94) 12 sayılı Tavsiye Kararı[24] ile Avrupa Yargıçları Danışma Kurulunun *(Conseil consultatif des juges européens)* Toplumun Hizmetinde Bir Yargı Kurulu hakkındaki 10 (2007) Sayılı Görüşü[25] de anımsatılmalıdır. Öte yandan, bu belgelerde ortaya konan ilkeler her ne denli, çeşitli ülkelere, demokrasinin daha da geliştirilmesi ve daha bağımsız bir yargı kurumunun oluşturulması konusunda yol gösterseler de bağlayıcı bir etkiye sahip değildirler. Bu durumun, Fransa'ya ve mevcut siyasal iktidara önemli bir manevra alanı sağladığı da belirtilmelidir.

---

de l'article 65 de la Constitution", http://www.union-syndicalemagistrats.org/web/upload_fich/publication/note_projet_de_loi_ organique_art_65_ constitution.pdf, 25.10.2010.

23 **European Charter on the statute for judges,** DAJ/DOC (98)23,www.coe.int/t/e/legal_affairs/ legal_cooperation/legal_professionals/judges/instruments_and_documents/charte%20eng.pdf, 25.10.2010. Avrupa Konseyince, 13 Avrupa ülkesi ile Avrupa Yargıçlar ve Savcılar Birliği *(Association Européenne des Magistrats / European Association of Judges)* ve Özgürlük ve Demokrasi İçin Avrupa Yargıçlar ve Savcılar Birliği'nden *(Magistrats Européens pour la Démocratie et les Libértes / European Association of Judges for Democracy and Freedom-MEDEL)* temsilcilerin katılımıyla, 8-10 Temmuz 1998'de Strasbourg'da düzenlenen çok taraflı toplantıda oybirliğiyle kabul edilmiştir.

24 Söz konusu Tavsiye Kararının I/2-c numaralı ilkesine göre, *"yargıçların seçimi ve meslekî yaşamları (kariyerleri) hakkında karar veren makam, hükümetten ve idareden bağımsız olmalıdır. Bu makamın bağımsızlığını güvence altına almak için, örneğin, üyelerinin yargı tarafından seçilmesini ve işleyişine ilişkin kuralların kendisi tarafından belirlenmesini sağlayacak kurallar öngörülmelidir."* **Recommendation No. R (94) 12 of the Committee of Ministers to Member States on Independence, Efficiency and Role of Judges**, https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Rec(94)12&Sector=secCM&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=c3c3c3, 25.10.2010.

25 Söz konusu Görüşün 18. Paragrafına göre, *"Kurulun (yargıçlar ve yargıç olmayanlardan oluşacak biçimde) karma yapılı bir nitelik taşıması durumunda, herhangi bir yönlendirmeyi ya da olağandışı baskıyı önlemek için, kendi meslektaşlarınca seçilmiş yargıçlar, kurulda önemli oranda bir çoğunluk oluşturmalıdırlar."* **Opinion No. 10 (2007) of the Cosultative Council of European Judges (CCJE) to the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the Council for the Judiciary at the service of society**, https://wcd.coe.int/ViewBlob.jsp?id=1221839&SourceFile=1&&BlobId=1517470&DocId=1189492&Index=no, 25.10.2008.

YSYK gibi, temel işlevi yargıçların ve savcıların bağımsızlığını güvence altına almak olan bir kurumun kimi üyelerinin atanma biçimiyle ilgili dile getirilen bu kusurlar, kurumun bağımsızlığına gölge düşürebilecektir. Bununla birlikte, söz konusu reformla, hem YSYK'nin malî bağımsızlığını ve hem de kurum içindeki yargıç-savcı üyelerin bağımsızlıklarını güçlendiren kimi kazanımların söz konusu olduğuna da dikkat çekmek gerekir. Bu kazanımlardan ilki, 22 Temmuz 2010 tarihli ve 2010-830 sayılı organik yasanın 9. maddesiyle YSYK'ye malî özerklik tanınmış olmasıdır. Anayasa Konseyine göre bu durum Kurula *"kendi kaynaklarını en uygun biçimde kullanma"* olanağı tanıyacaktır[26]. Yine, Anayasa Konseyi söz konusu organik yasayla ilgili kararında, *"Yargıçlar ve Savcılar Yüksek Kurulu üyelerinin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkesinin Kurulun bağımsızlığının da güvencesi olduğunun"* altını çizmiş; iki hususa daha dikkat çekmiştir. Buna göre, söz konusu ilke, *"Yargıtay Birinci Başkanının, Yargıtay Başsavcısının ya da Kurul üyesi olan diğer yargı yerleri başkanlarının, kendi geldikleri yargı yerleriyle ilgili atamalar ya da buralarda görev yapan yargıçlar ve savcılar hakkındaki görüş ya da kararlara ilişkin tartışma ve işlemlere katılmasına engeldir."* Yine aynı ilke gereğince, Kurulun yargıçlar ve savcılar konusunda yetkili dairelerinin başkanları, *"kendi başkan oldukları dönemde Kurul üyeliği yapmış bulunan yargıçlar ve savcılar hakkındaki karar ya da görüşlere katılamazlar."*[27] Aslında bu yorumla Anayasa Konseyi, 22 Temmuz 2010 tarihli organik yasayla, Kurul hakkındaki 5 Şubat 1994 tarihli ve 94-100 sayılı organik yasaya eklenen md. 10-2'deki *"Kurul üyelerinin kararın tarafsızlığına ilişkin bir kuşkuya yol açabilecek olması durumunda bu konudaki çalışmalara katılamayacakları"* yönündeki genel kuralı tamamlayıcı bir yaklaşım sergilemektedir[28]. Tüm bu düzenlemeler dikkate alındığında ve yargıçların azledilmezliğine ilişkin anayasal ilke de göz önünde bulundurulduğunda, yukarıda değinilen hususlar dolayısıyla ortaya çıkan olumsuz izlenim bir ölçüde giderilebilmektedir.

II- Yargıçlar ve Savcılar Yüksek Kurulunun Görev ve Yetkileri

Yargıçlar ve Savcılar Yüksek Kurulunun görev ve yetkilerine ilişkin hususlarda zaman içinde çeşitli değişiklikler olmuştur. Başlangıçta, yalnızca yargıçların disiplin işlemlerine odaklı bu görev ve yetkiler, daha sonra

---

26 Anayasa Konseyinin yukarıda değinilen 2010-611 sayılı kararı, p. 13.

27 Anayasa Konseyinin 2010-611 sayılı kararı, p. 12.

28 Yine aynı maddede, YSYK'ye atanan avukat üyenin, kurul üyesi olduktan sonra, başvuruda bulunduğu, önünde savunmanlık yaptığı, dava yürüttüğü yargıçlar ya da savcılar hakkındaki görüş veya kararlara ve kayıtlı olduğu baronun yargı çevresindeki yargı yerlerinin yargıçları ya da savcılarının atanmasıyla ilgili kararlara ilişkin çalışmalara katılamayacağının öngörülmüş olduğu da burada belirtilmelidir.

onların atanması konusunu da kapsar duruma gelmiş; ardından da Kurula yalnızca yargıçlarla değil savcılarla ilgili konularda da kimi görev ve yetkiler verilmiştir. Öte yandan, başlangıçta yasal bir temele dayanmayıp uygulamada ortaya çıkmış bir yapı olan YSYK'nin Genel Kurulu, zaman içinde gelişerek, *"dairelerin, atamalar konusundaki uygulamalarının uyumlaştırılması, çeşitli konularda görüş hazırlanması ve bunların kabul edilmesi, yıllık etkinlik raporunun ve yargıçların davranış ilkeleriyle ilgili bültenin hazırlanması, Kurulun halkla ilişkilerinin düzenlenmesi gibi her iki daire bakımından da ortak olan konularda"* söz sahibi hale gelmiştir[29]. Günümüzde, YSYK yargıçların ve savcıların atanmaları, disiplin işlemleri, davranış ilkeleri konusunda ve daha genel olarak yargının işleyişiyle ilgili her konuda karar vermeye yetkilidir. Bu görev ve yetkilerin daha iyi anlaşılabilmesi için yargıçlarla ve savcılarla ilgili dairelere bırakılmış olan yetkilerle (A), Genel Kurula bırakılmış olan yetkilerin (B) ayrı ayrı incelenmesi uygun olacaktır.

A- YSYK'nin Yargıçlarla ve Savcılarla İlgili Farklı Dairelerinin Sahip Olduğu Görev ve Yetkiler

Kurulun yargıçlar ve savcılar konusunda yetkili dairelerinin her biri, ilgili oldukları yargı mensuplarının atama (1) ve disiplin (2) süreçlerine müdahil olmaya yetkilidir.

1- Atama Konusundaki Yetkiler[30]

Yargıçlar ve Savcılar Yüksek Kurulu, yargıçları ve savcıları atamaya yetkili değildir. Bununla birlikte, bu daireler, atama önerileri hazırlama ya da Adalet Bakanlığınca hazırlanan öneriler hakkında görüş bildirme olanağına sahiptirler. Öte yandan her iki dairenin de bu konuda eşit yetkilere sahip olmadığı belirtilmelidir.

Kurulun yargıçlar konusunda yetkili dairesi, Yargıtay üyelerinin, istinaf mahkemesi birinci başkanlarının ve asliye mahkemesi başkanlarının atama önerilerini hazırlar. Buradaki öneri, atama makamını bağlamayan bir tür

---

29 Bkz. 10 numaralı dipnotunda yer verilen, J.J. Hyest tarafından hazırlanan 387 numaralı Senato Raporu, s. 187.

30 Bu konuda bkz. Yargıçlar ve Savcılar Yüksek Kurulu Hakkındaki Organik Yasa md. 15-17; 58-1270 sayılı ve 22 Aralık 1958 tarihli Yargıçların ve Savcıların Hukuksal Konumu (Statüsü) Hakkındaki Organik Yasayı Yürürlüğe Koyan Kararname, md. 28. Söz konusu kararname için bkz. **"Ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature"**, http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000339259&fastPos=2&fastReqId=1147094477&categorieLien=cid&oldAction=rechTexte, 25.11.2010.

"basit görüş" *(avis simple)* niteliğinde değildir. Bu daire, yaklaşık 400 kadroyla ilgili inisiyatif yetkisine sahip olup, bu konudaki başvuruları kabul eder, adayların dosyalarını inceler, üyelerinden birinin hazırlayacağı rapor üzerine bu konudaki incelemesini sonuçlandırarak önerisini hazırlar ve bu öneriyi, Elysée Sarayı'nda yapılan Kurul toplantısında Cumhurbaşkanına sunar. Yargıtay üyeleri ve mahkeme başkanları dışındaki diğer yargıçların atanması süreci ise daha farklıdır; bu yargıçlar YSYK'nin yargıçlar konusunda yetkili dairesinin "olumlu görüşü" *(avis conforme)* alınarak atanırlar. Buna göre, Adalet Bakanı, atama önerilerini hazırlayarak ilgili daireye gönderir. Yargıçlar konusunda yetkili daire, hem atanması önerilen hem de öneri listesinde yer almayan yargıçların dosyalarını inceler ve görüşünü hazırlar. Bakan bu görüşe uymak zorundadır. Sonuç olarak, yargıçlar konusunda yetkili dairenin, yargının üst kademelerinde görev yapan yargıçlarla ilgili öneriler konusunda "tam yetkili", diğer yargıçlarla ilgili olanlar bakımındansa "aşılması olanaksız" bir yapı olduğu görülmektedir.

YSYK'nin savcılar konusunda yetkili dairesinin ise savcı atamaları konusunda daha sınırlı bir yetkiye sahip olduğu belirtilmelidir. Bu daire, yalnızca Adalet Bakanının hazırladığı atama önerilerine ilişkin, bağlayıcı olmayan, "basit görüş"ünü sunar. Bununla birlikte, Anayasanın 65. maddesi, bu daireye atama sürecine müdahil olabilme noktasında daha fazla bir olanak tanımıştır. Daha önceleri, Bakanlar Kurulunca atanan ve Yargıtay Başsavcısı ile istinaf mahkemelerinde görev yapan genel savcıların *(procureurs généraux)*, atanması sürecine YSYK'nin savcılar konusunda yetkili dairesinin katılımı söz konusu değildi. YSYK Hakkındaki Organik Yasada değişiklik yapan 22 Temmuz 2010 tarihli organik yasa, Anayasanın 65. maddesine dayanarak, diğer savcıların atanmasında geçerli olan görüş alma yönteminin bu savcıların atanması sürecinde de uygulanmasını öngördü[31]. Bununla birlikte, 2008 anayasa değişikliği sonrasında, YSYK'nin yargı kökenli üyelerinin atama sürecinde azınlıkta kaldıkları da burada anımsatılmalıdır. Çünkü, her bir dairenin 15 üyeden oluştuğu göz önünde bulundurulduğunda, her iki dairede de görev yapan ve yargıç-savcı olmayan üye sayısının 8 olduğu dikkate alınmalıdır.

Kimi istatistiksel veriler, bu atama sürecinin uygulamada nasıl işlediğinin daha iyi değerlendirilmesi bakımından yararlı olabilir. Sözgelimi, YSYK,

---

31 Söz konusu değişiklik öncesinde, Yargıçlar ve Savcılar Yüksek Kurulu Hakkındaki Organik Yasanın 16. maddesi, *"Bakanlar Kurulunca atanması öngörülen genel savcılar dışındaki savcıların atanmasına ilişkin olarak, Kurulun ilgili dairesi, bu daire üyelerinden birinin hazırlayacağı rapor üzerine, Adalet Bakanının atama önerisi hakkındaki görüşünü belirtir"* biçimindeydi. 22 Temmuz 2010 tarihli organik yasanın 13. maddesiyle, *"Bakanlar Kurulunca atanması öngörülen genel savcılar dışındaki"* ifadesi kaldırıldı.

2007 yılında, yargıç atamalarına ilişkin olarak Adalet Bakanlığınca iletilen 1290 adet atama önerisi konusunda karar vermiş; bunlardan 32'si hakkında "olumsuz görüş" *(avis non-conforme)* bildirmiştir, ki bu rakam, %3'ün altında bir orana denk gelmektedir. Yine, aynı dönemde 576 adet savcı atamasıyla ilgili olarak Kurulun görüşüne başvurulmuş; YSYK bunlardan 14'ü, bir başka deyişle % 2,43'ü hakkında olumsuz görüş bildirmiştir. Yargıç atamalarından farklı olarak bağlayıcı olmadığı yukarıda belirtilen, bu olumsuz görüşlerden 9'u Bakanca dikkate alınmamıştır[32].

B- Disiplin Konusundaki Yetkiler[33]

Yargıçlar ve savcılar hakkındaki disiplin düzeni, bugüne dek çok çeşitli değişiklikler geçirmiştir. Bu düzeni iyi anlayabilmek için, yine her iki dairenin yetkilerini ayrı ayrı ele almak (1), bu arada bu konudaki hukuksal düzeni (2) ve disiplin sürecinin başlatılıp yürütülmesi konusunu (3) ayrıntılı olarak değerlendirmek gerekir.

1- YSYK'nin iki dairesi arasında paylaştırılmış yetkiler

Disiplin işlemleri bakımından da, her iki dairenin yetkilerinin farklı biçimlerde değerlendirilmesi daha uygundur. Yargıçlarla ilgili disiplin işlemleri konusunda, yargıçlar konusunda yetkili dairenin disiplin suçu işleyen yargıç hakkında gerçek bir cezalandırma yetkisine sahip olduğu belirtilmelidir. Buna karşılık, savcılar söz konusu olduğunda cezaya karar veren Adalet Bakanıdır. Burada savcılarla ilgili dairenin yetkisi, Adalet Bakanına bu konudaki gözlemlerini sunmaktan ve uygun gördüğü cezayı önermekten ibarettir. İki dairenin yetkileri arasındaki bu ayrım, Anayasanın 65. maddesinden de açıkça anlaşılabilmektedir. Bu maddede, yargıçlar hakkındaki disiplin işlemleri söz konusu olduğunda ilgili dairenin, "Yargıçlar Disiplin Kurulu" adı altında toplanacağı hükmüne yer verilmiş; savcılar bakımındansa, bu

---

32 Bu veriler, Yargıçlar ve Savcılar Yüksek Kurulunun 2007 Yılı Etkinlik Raporundan alınmıştır. Bu konuda bkz. **Rapport d'activité 2007**, s. 23, 31. Kurulun yıllık raporlarına internet sayfasından ulaşmak mümkündür: http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/rapports-annuels-d-activite, 25.10.2010.

33 Yargıçlar ve savcılar hakkındaki disiplin işlemleri konusu, 58-1270 sayılı Yargıçların ve Savcıların Hukuksal Konumu (Statüsü) Hakkındaki Organik Yasayı Yürürlüğe Koyan Kararnamenin 43-66. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Ayrıca Yargıçlar ve Savcılar Yüksek Kurulu Hakkındaki Organik Yasanın, 22 Temmuz 2010 tarihli organik yasayla değişik 18. maddesinde de, yargı hizmetlerinden yararlanan bireylerin şikayetlerinin değerlendirilmesi yöntemine ilişkin başlıca hususlar hükme bağlanmıştır. Yargıçlar ve savcılar hakkındaki disiplin işlemleriyle ilgili 2008'e kadarki durumu ortaya koyan Türkçe bir inceleme için bkz. İnceoğlu, s. 207-215.

konuda yetkili dairenin, ilgili savcı hakkında verilmesi öngörülen disiplin cezalarına ilişkin görüşünü bildireceği hususu hüküm altına alınmıştır.

Yargıçlar ve yargıç olmayanlar arasında bir denge sağlayabilmek için, Anayasa, yargıçlar hakkındaki dairenin "Yargıçlar Disiplin Kurulu" olarak toplandığı durumlarda, savcıların özlük işleri konusunda yetkili dairede görev yapmakta olan yargıç üyenin de bu kurula katılacağını öngörmüştür. Aynı biçimde, yargıçlar konusunda yetkili dairede görev yapmakta olan savcı üye de, bir savcı hakkındaki disiplin işlemleri söz konusu olduğunda, savcılar konusunda yetkili daireye katılır. Bu durumda, disiplin işlemleri söz konusu olduğunda daireler için daha farklı bir üye bileşiminin tasarlandığı ve her iki dairenin de sekiz yargıç-savcı üye, sekiz de adli yargı mensubu olmayan üyeden oluşacağının öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, Kurul Hakkındaki Organik Yasanın, disiplinle ilgili hususlardaki daire toplantılarının sekiz üyeyle yapılabilmesine olanak tanıdığının da altı çizilmelidir[34]. Bu noktada, Yargıçlar ve Savcılar Yüksek Kurulu Hakkındaki Organik Yasayı Değiştiren 2010-830 sayılı ve 22 Temmuz 2010 tarihli Organik Yasanın, yargıç-savcı üyelerle yargı mensubu olmayanlar arasında daha katı bir denge arayışı içinde olduğu belirtilmelidir. Söz konusu yasanın 15. maddesinde *"disiplin işlemleri söz konusu olduğunda, yetkili dairenin, yargı mensubu olan ve olmayan eşit sayıda üyenin katılımıyla toplanacağı"* öngörülmüştü. Bununla birlikte, Anayasa Konseyi, söz konusu maddenin anayasaya aykırı olduğuna karar verdi. Konseye göre, *"disiplinle ilgili konularda, dairelerin yargıç-savcı olan ve olmayan eşit sayıda üye mevcut bulunmaksızın toplanamayacağını öngörerek 15. madde, Kurulun kimi üyelerinin, diğer kimi üyelerin olası yoklukları dolayısıyla görüşmelerden men edilmesi sonucunu doğurmaktadır."*[35] Tarafsızlığın sağlanabilmesi açısından, Kurulun yargı kökenli üyelerinden birinin yokluğunun, yargıç-savcı olmayan bir üyenin de geçici olarak çalışmalara katılmamasını gerektireceği ve böylece Anayasanın öngördüğü denge kuralına uyulmuş olacağı kabul edilmelidir. Bununla birlikte, söz konusu organik yasa maddesinin, bir yandan bu sonucu sağlarken, öte yandan üyelerin Kurul çalışmaları ile toplantılara katılma hak ve yükümlülüklerini göz ardı ettiği de belirtilmelidir. Yine belirtilmesi gereken bir başka husus da, Anayasa Konseyinin söz konusu kararının, uygulamada, ilgili dairelerin disiplinle ilgili hususlardaki toplantılarında yargı mensuplarının azınlıkta kalmalarına yol açabileceğidir.

---

34 Yargıçlar ve Savcılar Yüksek Kurulu Hakkındaki Organik Yasanın 14. maddesine göre, disiplinle ilgili hususlar söz konusu olduğunda, daireler, Başkan dışında yedi üyenin katılımıyla; diğer konularda ise Başkan dışında sekiz üyenin katılımıyla toplanırlar.

35 Anayasa Konseyinin yukarıda anılan 19 Temmuz 2010 tarihli ve 2010-611 sayılı kararı, p. 14.

2- Disiplin suç ve cezaları konusundaki hukuksal rejim

Disiplin yaptırımı gerektirecek davranışlara ilişkin genel çerçeve 58-1270 sayılı ve 22 Aralık 1958 tarihli Yargıçların ve Savcıların Hukuksal Konumu (Statüsü) Hakkındaki Organik Yasayı Yürürlüğe Koyan Kararname ile belirlenmiştir. Söz konusu kararnamenin 43. maddesine göre, *"yargıçlık ve savcılık mesleğinin gerektirdiği yükümlülüklere, onur, özen ya da saygınlığa aykırı her türlü kusur disiplin suçu oluşturur."* Bu maddede sayılan unsurların dışında, kararnamenin diğer maddelerinde, yargıçlarla savcıların davranış ilkelerine ilişkin (deontolojik nitelikli) olan[36] ya da olmayan[37] kimi yükümlülüklere yer verilerek konunun daha da somutlaştırılması yoluna gidilmiştir.

Disiplin suçu oluşturan davranışların tanımlanıp bunların içeriğinin belirlenmesi konusunda Yargıçlar ve Savcılar Yüksek Kurulunun katkısı da ayrıca anılmalıdır. Bu konudaki kararlarını YSYK, 1999 yılından beri yıllık etkinlik raporlarının sonunda ek olarak yayımlamaktadır. Ayrıca 2006 yılında bu alandaki içtihadını kapsayan özgül bir yayın da çıkarmıştır[38]. 2008 anayasa değişikliğinin ardından, bireylere de, yargıçlar ve savcılar hakkında YSYK'ye başvuru olanağı tanınmasının ardından, Kurul, bu içtihada kolayca erişilebilmesini sağlamak amacıyla, söz konusu yayında yer verilen kararları güncelleyerek, internet sitesine aktarmıştır. Bugün YSYK'nin disiplin işlemleriyle ilgili kesinleşmiş tüm kararlarına elektronik ortamda ulaşmak olanaklıdır[39]. Bu katkıya dikkat çeken ve disiplin suçları ile cezaları konusunun bugün ciddi anlamda açıklığa kavuşmuş olduğunun altını çizen *G. Canivet* ve *J. Joly-Hurard* da, YSYK'nin ve Danıştay'ın bu konudaki içtihadının, gerçek bir "davranış ilkeleri bütünü" *(corpus déontologique)* oluşturduğunu ve yargıçlarla savcılara yol gösterdiğini belirtmektedirler[40]. Bu "davranış ilkeleri bütünü" göz önünde bulundurulduğunda, YSYK'nin yalnızca meslekî yaşam

---

36 Bu konuda, yargıca, iyi bir yargılama yapma ve görevlerini sadakatle yerine getirme, görüşmelerin gizliliğine saygı gösterme ve saygın bir yargıç olma yükümlülüğü yükleyen yargıçlık yeminindeki mesleki gereklilikler örnek gösterilebilir. Bkz. Yargıçların ve Savcıların Hukuksal Konumu (Statüsü) Hakkındaki Organik Yasayı Yürürlüğe Koyan Kararname, md. 6. Yine, 10. maddede düzenlenen siyaset yasağı da bu kapsamda değerlendirilmelidir.

37 Yargıçların ve Savcıların Hukuksal Konumu (Statüsü) Hakkındaki Organik Yasayı Yürürlüğe Koyan Kararnamenin 9. maddesinde düzenlenen, seçimle gelinen görevlere aday olma ya da bu tür görevler üstlenme yasağı bu konuda örnek gösterilebilir.

38 **Recueil des décisions disciplinaires du CSM 1959-2005**, Paris: CSM, 2006.

39 Bkz.http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/discipline-des-magistrats, 23.05.2011.

40 G. Canivet/J. Joly-Hurard, **La disicipline des juges judiciares, administratifs et des comptes**, Prais: Litec, 2007, s. 27.

ve mesleğin gerekleriyle ilgili tutum ve davranışları değil[41], yargı mensuplarının özel yaşamlarıyla ilgili kimi hususları[42] da disiplin kurallarını ihlal eder nitelikte gördüğü belirtilmelidir.

Davranış ilkelerine aykırı hareket eden yargıçlar ve savcılar hakkında uygulanacak disiplin cezaları, 58-1270 sayılı ve 22 Aralık 1958 tarihli Yargıçların ve Savcıların Hukuksal Konumu (Statüsü) Hakkındaki Organik Yasayı Yürürlüğe Koyan Kararnamenin 45. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Bu bağlamda, sekiz adet ceza öngörülmüş olup, bunlar en hafifinden en ağırına doğru şu şekilde sıralanmıştır: Kınama (ve bunun ilgilinin dosyasına işlenmesi); yer değiştirme; belli görevlerden alıkonma; tek yargıç olarak görev yapmayı gerektiren makamlara aday olma ya da atanma yasağı (en fazla üç yıllık bir süre için); kademe indirimi; görevden uzaklaştırma (en fazla bir yıllık bir süre için, aylıktan kısmen ya da tamamen mahrumiyetle birlikte); derece indirimi; emekliye ayırma ve meslekten çıkarma.

Disiplin konusunda Yargıçlar ve Savcılar Yüksek Kurulunun ne denli önemli bir rol oynadığını istatistiksel veriler de ortaya koymaktadır. 1959 ile 1 Eylül 2009 tarihleri arasında YSYK bu konuda 234 adet karar (yargıçlarla ilgili olarak) ya da görüş (savcılarla ilgili olarak) açıklamıştır. Bu karar ya da görüşlerden 141'i ilgilinin cezalandırılması yönünde olup, 18'i meslekten

---

41 Bu konuda şu örnekler verilebilir: Özen yükümlülüğüne aykırı davranılması (yargıçlarla ilgili dairenin 14 Aralık 1994 tarihli ve S 81 sayılı kararı, http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/discipline-des-magistrats?m=decision&vid=422, 23.05.2011); kurul halinde yargılamanın gereklerine uyulmaması dolayısıyla yargı kamu hizmetinin düzgün biçimde yerine getirilmesini sağlama zorunluluğuna riayet edilmemesi (yargıçlarla ilgili dairenin 9 Temmuz 1993 tarihli ve S 71 sayılı kararı, http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/discipline-des-magistrats?m=decision&vid=412, 23.05.2011); tarafsızlığı tartışmalı kılacak tutum ve davranışlar sergilenmesi (savcılarla ilgili dairenin 28 Ocak 1975 tarihli ve P 6 sayılı kararı, http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/discipline-des-magistrats?m=decision&vid=542, 23.05.2011).

42 Bu konuda verilebilecek kimi örnekler de şunlardır: Genel ahlâka aykırı cinsel tutum ve davranışlar (Savcılarla ilgili dairenin 14 Ocak 1959 tarihli ve P 1 sayılı kararı, http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/discipline-des-magistrats?m=decision&vid=537, 23.05.2011); geliriyle oranlı olmayacak biçimde aşırı borçlanma, çocukların ve eşin bakımına katkıda bulunmama (yargıçlarla ilgili dairenin 21 Haziran 1962 tarihli ve S 13 sayılı kararı, http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/discipline-des-magistrats?m=decision&vid=346, 23.05.2011); çalkantılı bir ilişki dolayısıyla polisin ya da jandarmanın müdahale etmesini gerektirecek olaylara karışma (yargıçlarla ilgili dairenin 20 Temmuz 1994 tarihli ve S 79 sayılı kararı, http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/discipline-des-magistrats?m=decision&vid=419, 23.05.2011); hırsızlık, dolandırıcılık ve fuhuş yapma (savcılarla ilgili dairenin 11 Temmuz 2007 tarihli ve P 56 sayılı kararı, http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/discipline-des-magistrats?m=decision&vid=599, 23.05.2011).

çıkarmaya, 24'ü görevden uzaklaştırmaya, 37'si yer değiştirmeye, 24'ü ise hem görevden uzaklaştırmaya ve hem de yer değiştirmeye ilişkindir.

Burada, son olarak, YSYK'nin disiplin cezaları hakkındaki karar ve görüşlerine karşı yargı yoluna başvurulup başvurulamayacağı sorununa değinmek yerinde olacaktır. Bu noktada da Kurulun, yargıçlar ve savcılar konusunda yetkili daireleri arasında bir ayrım yapılmalıdır. Bu bağlamda, yalnızca YSYK'nin, "Yargıçlar Disiplin Kurulu" olarak toplanan yargıçlar konusunda yetkili dairesinin verdiği disiplin cezalarına karşı, temyiz incelemesi için Danıştaya başvurulabilir. Fransa'da, Danıştayın 12 Temmuz 1969 tarihli *Etang* kararından bu yana, Kurulun kullandığı yetkiler, oluşum biçimi ve Kurul önünde izlenen usuller göz önünde bulundurularak, yargıçlarla ilgili disiplin işlemleri konusunda YSYK bir yargı yeri olarak kabul etmektedir[43]. Bununla birlikte, savcılarla ilgili dairenin ceza verme yetkisine sahip olmadığı dikkate alındığında, bu dairenin disiplin cezalarıyla ilgili görüşlerine karşı yargı yoluna başvurulamayacağının kabul edilmesi doğal karşılanmalıdır. Öte yandan burada da, ilgili dairenin görüşüne dayanarak Adalet Bakanının verdiği disiplin cezalarına karşı Danıştaya başvurulabileceği gerçeği gözden ırak tutulmamalıdır.

3- Disiplin sürecinin başlatılması ve yürütülmesi

Disiplin sürecini başlatmak amacıyla YSYK'ye başvuru yolunun açılması için epey uzun bir süre beklemek gerekmiştir. Başlangıçta, disiplin sürecini başlatma yetkisi yalnızca Adalet Bakanına aitti. Bu büyük oranda tartışmalı tekelin son bulması için kırk yıl geçmesi gerekti. 2001-539 sayılı ve 25 Haziran 2001 tarihli organik yasa[44] ile istinaf mahkemelerinin başkanlarına ve bu mahkemeler nezdindeki savcılıklarda görev yapan başsavcılara da bu olanak tanındı. 2008 anayasa değişikliği bu açılımı daha da ileri taşıdı ve yargı hizmetinden yararlananlara da, ilk kez, disiplin süreçlerini başlat-

---

43 Danıştayın 12 Temmuz 1969 tarihli ve 72480 sayılı Etang Kararı, http://arianeinternet.conseil-etat.fr/arianeinternet/ViewRoot.asp?View=Html&DMode=Html&PushDirectUrl=1&Item=296&fond=DCE&texte=Conseil+sup%E9rieur+de+la+magistrature&Page=74&querytype=simple&NbEltPerPages=4&Pluriels=True, 23.05.2011.

44 Tam adı "Yargıçlar ve Savcıların Hukuksal Konumu (Statüsü) ve Yargıçlar ve Savcılar Yüksek Kurulu Hakkındaki Organik Yasa". Bu yasa ile aslında Yargıçların ve Savcıların Hukuksal Konumu (Statüsü) Hakkındaki Organik Yasayı Yürürlüğe Koyan Kararname ile Yargıçlar ve Savcılar Yüksek Kurulu Hakkındaki Organik Yasada kimi değişiklikler yapılmıştır. Söz konusu organik yasa için bkz. "**Loi organique no 2001-539 du 25 juin 2001 relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature",** http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000223956&fastPos=1&fastReqId=64580975&categorieLien=id&oldAction=rechTexte, 25.10.2010.

ma yetkisi tanındı. Bu adım, hiç kuşkusuz, esas olarak siyasal bir makamın inisiyatifi temelinde şekillenen ya da yargı hiyerarşisinin nadiren gerçekleşen başvuruları üzerinde yükselen önceki sistemin kusurlarını gidermeye yöneliktir[45]. Bu nedenle, ilk kez 1990'lı yıllarda önerilen[46], yıllarca YSYK'nin muhalefetiyle karşılaşan[47] ve 2007 yılında bir organik yasayla yürürlüğe konulması istenip, söz konusu yasanın anayasaya aykırılığı nedeniyle yaşama geçirilemeyen[48] bu başvuru düzeneği, Adalet Bakanının ya da yargı

---

45 Bu konuda da kimi istatistiksel verilere başvurmak yararlı olabilir. YSYK'nin 2007 Yılı Etkinlik Raporunda belirtildiğine göre, 2002'den 2007'ye dek, istinaf mahkemeleri başkanları ya da başsavcıları tarafından yapılan başvuruların sayısı şu şekildedir: 2002'de bir, 2003'de üç, 2004'te iki, 2005'te üç ve 2006'da bir. 2007 yılında ise hiçbir başvuru yapılmamıştır. Bkz. **Rapport d'activité 2007**, s. 37.

46 Bu tür bir başvuru yolu ilk kez, Cumhurbaşkanı François Mitterand tarafından görevlendirilen George Vedel başkanlığında bir kurul tarafından hazırlanan anayasa değişikliği önerisinde dile getirilmiştir. Bkz. **Comité consultatif pour la révision de la Constitution présidé par le doyen G. Vedel, Propositions pour une révision de la Constitution**, Paris: La Documentation française, 1993, s. 73, 128.

47 1999 yılında, Hükümet tarafından hazırlanan ve yargı hizmetinden yararlananların şikâyetlerini incelemek üzere, çoğunluğunu yargıç-savcı olmayanların oluşturacağı bir ulusal komisyon kurulmasını öngören tasarıya YSYK karşı çıkmıştır. Kurul, aslında, başvurucuların şikâyetlerinin etkin biçimde incelenmesi gereği ile erkler ayrılığı ilkesini bağdaştırabilecek başka yolların aranabileceğini belirtmiştir. Bu konuda bkz. YSYK'nin 1999 Yılı Etkinlik Raporu, **Rapport d'activité 1999**, s. 142. 2004 yılında, Kurul, yargı hizmetinden yararlananların, yargının işleyişiyle ilgili olan ve disiplin işlemlerinin başlatılmasına yol açabilecek nitelikli şikâyetlerini kendisine iletmelerini öngören bir tasarıya karşı çıkmıştır. Bu konuda, YSYK, üstlendiği disiplin yargılaması yapma işleviyle, tasarıyla kendisine verilmesi düşünülen araştırma ve soruşturma yetkilerinin bağdaşmayacağını vurgulamıştır. Kurul, bunun yerine, söz konusu başvuruları inceleyip, bunları Adalet Bakanına ve mahkeme başkanları ile başsavcılara iletmekle görevli bağımsız bir yapı kurulmasını önermiştir. Bkz. YSYK'nin 2004-2005 Yılları Etkinlik Raporu, **Rapport d'activité 2004-2005**, s. 197. Yargıçlar ve Savcılar Yüksek Kurulu, 2006 yılında bu konudaki tutumunu değiştirecek; yargı hizmetlerinden yararlanan herkese kendisine başvurabilme olanağının tanınmasını önerecek; bu başvuruları incelemek üzere YSYK içinde bir alt kurul kurulabileceğini belirtecektir. Bkz. YSYK'nin 2006 Yılı Etkinlik Raporu, **Rapport d'activité 2006**, s. 81. Kurul, aynı öneriyi 2007 Yılı Etkinlik Raporunda da yineleyecektir. Bkz. **Rapport d'activité 2007**, s. 42.

48 Bkz. Anayasa Konseyinin 2007-551 sayılı ve 1 Mart 2007 tarihli kararı, p. 9-12 (http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2007/2007-551-dc/decision-n-2007-551-dc-du-01-mars-2007.1170.html, 25.10.2010). Anayasa Konseyinin, Başbakanın başvurusu üzerine, öndenetim yoluyla yaptığı incelemeye konu olan, 2007-287 sayılı ve 5 Mart 2007 tarihli organik yasada (md. 21), bir yargıç ya da savcının tutum ve davranışlarının bir disiplin suçu oluşturabileceği kanısını taşıyan her gerçek ya da tüzel kişiye, doğrudan doğruya kamu denetçisine *(Médiateur de la République)* başvurma olanağı tanınıyordu. Anayasa Konseyi bu düzenlemeyi, bir

hiyerarşisinin sahip olduğu başvuru yetkilerine oranla üzerinde daha fazla durulmayı hak etmektedir.

Anayasanın 65. maddesinde, *"yargı hizmetinden yararlananlar, bir organik yasayla belirlenecek koşullar çerçevesinde Yargıçlar ve Savcılar Yüksek Kuruluna başvurabilirler"* biçiminde yalın bir düzenleme getirilmiştir. Buna karşın, organik yasayla somutlaştırılan başvuru düzeneği gerçekte daha karmaşıktır[49]. Buna göre, öncelikle başvurucunun bir yargıç ya da savcının disiplin suçu oluşturabilecek nitelikteki tutum ve davranışlarını ortaya koyması gerekir. Bu nedenle de, başvuru dilekçesinde, başvuruya konu olgular ve şikâyetler ayrıntılı biçimde anlatılmalıdır. Öte yandan, mevcut bir davayı ya da soruşturmayı yürütmekte olan yargıç ya da savcı hakkında başvuruda bulunulamaz[50]. Başvuruya ilişkin olarak zaman bakımından da bir sınırlama getirilmiştir. Buna göre, şikâyet konusu olaya temel oluşturan yargı yerinin kararının kesinleşmesinin üzerinden bir yıl geçmişse, başvuruda bulunulamaz. Son olarak, başvuru dilekçesinde, başvurucunun kimliğinin ve adresinin belirtilmesi, şikâyete konu oluşturan yargısal sürece ilişkin dosya numarası vb. bilgilerin verilmesi ve dilekçenin ilgili tarafından imzalanması da gerekir. Tüm bu koşullar göz önünde bulundurulduğunda, özellikle disiplin suçunun niteliğinin ortaya konması bakımından YSYK'ye başvurunun bir avukat aracılığıyla yapılmasının daha uygun göründüğü belirtilmelidir.

Yargı hizmetlerinden yararlananlarca YSYK'ye yapılan başvurular, Kurul içerisinde oluşturulacak, "Başvuruları İnceleme Komisyonu"na gönderilir[51]. Yargıçlar ve savcılar için ayrı ayrı komisyonlar kurulur. Bu komisyon-

---

idarî makam olan kamu denetçisine tanınan yetkilerin, erkler ayrılığı ve yargı bağımsızlığı ilkelerine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle iptal etti.

49 Bkz. Yargıçların ve Savcıların Hukuksal Konumu (Statüsü) Hakkındaki Organik Yasayı Yürürlüğe Koyan Kararname, md. 50-3 ve 63.

50 22 Temmuz 2010 tarihli organik yasa, bu açıdan bir ayrıklık (istisna) öngörmüş ve bu konudaki kararı YSYK bünyesinde oluşturulacak "Başvuruları İnceleme Komisyonu"nun takdirine bırakmıştı. Buna göre, *"Başvuruları İnceleme Komisyonu, görülmekte olan davanın ya da yürütülen soruşturmanın niteliğini ve iddia edilen ihlâlin ağırlığını göz önünde bulundurarak, başvurunun esastan incelenmesi gerektiğine karar verebilir"*di. Buna karşılık Anayasa Konseyi, söz konusu düzenlemeyi, *"bu düzeneğin, yargı mensuplarının tarafsızlığına ve davanın tarafları karşısındaki bağımsızlığına halel getirmeyecek ve anayasal bir değer olan, adalet hizmetinin en iyi biçimde yerine getirilmesi ilkesini zedelemeyecek biçimde uygulanmasını temin edecek güvenceleri sağlamaktan yoksun bulunduğu"* gerekçesiyle reddetti. Bkz. Anayasa Konseyinin yukarıda değinilen 19 Temmuz 2010 tarihli ve 2010-611 sayılı kararı, p. 21 ve 22.

51 **Bu Komisyonun oluşum biçimi, yetkileri ve hem Komisyon hem de ilgili daireler** önünde izlenen usule ilişkin olarak yukarıda anlatılanlar için bkz. Yargıçlar ve Savcılar Yüksek Kurulu Hakkındaki Organik Yasa, md. 18; Yargıçların ve Savcıların Hukuksal Konumu (Statüsü) Hakkındaki Organik Yasayı Yürürlüğe Koyan Kararname, md. 50-3, 53, 57-1, 58, 63, 64, 65-1, 66.

ların üyeleri, Kurulun yargıçlar ve savcılar konusunda yetkili dairelerinin başkanları tarafından atanır. Her bir komisyonda iki yargı mensubu, iki de yargıç-savcı olmayan üye bulunur. Tarafsızlığın bir gereği olarak, bu komisyonlarda görev yapan üyelerin, disiplin suç ve cezalarına ilişkin kararların verildiği daire toplantılarına katılamayacağı öngörülmüştür. Benzer biçimde, Adalet Bakanı ya da istinaf mahkemesi başkanları veya başsavcıları tarafından başlatılan disiplin süreçlerine konu oluşturan olgular, daha önce yargı hizmetlerinden yararlanan bir bireyin reddedilmiş bir başvurusuna dayanak oluşturan olgularla aynıysa, söz konusu başvuruyu reddeden komisyonda görev alan üyeler, yeni başvuru üzerine disiplin suç ve cezalarına ilişkin karar verecek dairenin toplantılarına katılamazlar. Başvuruları İnceleme Komisyonunun, bireylerin Kurula yapacağı başvurular konusunda bir tür filtre işlevi görmesi öngörülmüştür. Hatta bu nedenle, ilgili komisyon başkanının açıkça dayanaktan yoksun ya da kabul edilemez nitelikteki başvuruları reddedebileceği hükme bağlanmıştır. Komisyonun ise, başvuruları salt çoğunlukla, yani dört üyeden üçünün oyuyla reddedebileceği ya da ilgili daireye gönderebileceği kabul edilmiştir. Komisyonun red yönündeki kararları kesin olup, bunlara karşı herhangi bir itiraz yolu öngörülmemiştir. Oyların eşit olması durumunda da, başvurunun esastan incelenmek üzere ilgili daireye gönderileceği öngörülmüştür. Sonuç olarak, bir yandan yargı kökenli üyelerin korporatist bir anlayışla disiplin süreçlerinin işletilmesini önlemelerinin, öte yandan da yargıç-savcı olmayan üyelerin önlerine gelen her başvuruyu, kamuyu tatmin etmek amacıyla, ilgili daireye göndermelerinin engellenmesi amaçlanmıştır.

Başvurunun ilgili daireye gönderilmesi durumunda, söz konusu daire, esasa ilişkin kararını hemen vermez. Bu konuda, hakkında şikâyette bulunulan yargı mensubunun bilgilendirilmesi, bu kişinin görev yaptığı yargı yerinin başkanı ya da başsavcısı aracılığıyla dosyası hakkında bilgi toplanması ve mümkünse ilgilinin ya da başvurucunun dinlenmesi için belli bir zaman tanınır. Adalet Bakanının da konu hakkında bilgilendirilmesi gerekir. Adalet Bakanının bilgilendirildiği tarihin üzerinden üç ay geçmedikçe disiplin yargılamasıyla ilgili oturum *(audience)* yapılamaz.

YSYK'nin ilgili dairesi, disiplin cezasına ilişkin kararını (yargıçlar bakımından) ya da görüşünü (savcılar bakımından) salt çoğunlukla verir. Verilecek cezanın türü konusunda oyların eşit olması durumunda, başkanın bulunduğu tarafın oyu üstün tutulur. Buna karşılık, disiplin suçunun oluşup oluşmadığı konusunda oyların eşitliği halinde, disiplin süreci son bulmuş olur. Bu tür bir durumda, başvuru sahibinin itiraz hakkı yoktur. Disiplin cezasına karar verilmesi durumundaysa, yalnızca hakkında ceza verilen yargıç ya da savcı yargı yoluna başvurmaya yetkilidir.

Sonuç olarak, yargıçlar ve savcıların hukuksal ya da cezaî sorumlulukları ya da yargı hizmetinin gereği gibi yerine getirilmemesi dolayısıyla devletin sorumluluğu yoluna gitmenin yanında, bu yeni başvuru olanağıyla, yargı hizmetinden yararlananlar, yargı mensuplarının disiplin konusundaki ihlallerinin de cezalandırılabilmesini sağlama imkânına kavuşmuşlardır. Kamunun yargıya olan güveninin sağlanması ve geliştirilmesi son derece önemlidir; bununla birlikte, bu yeni başvuru düzeneğinin YSYK'ye getireceği iş yükünün, Kurulun yargı bağımsızlığıyla ilgili diğer anayasal görevlerini aksatması sonucuna yol açmaması da aynı derecede önem taşımaktadır. Tersi durumda, yargı hizmetinden yararlananlar önemli bir başvuru olanağına kavuşurken, önemli bir ilkeyi de yitirmiş olacaklardır.

B- Genel Kurulun Görev ve Yetkileri

Yargıçlar ve Savcılar Yüksek Kurulunun Genel Kurulu, yukarıda da belirtildiği gibi, ilk önce uygulamada ortaya çıkmış; ardından önce yasal, daha sonra da 2008 anayasa değişikliğiyle anayasal temele kavuşmuştur. Kurulun görev ve yetkileri, görüşlerin hazırlanması (1), yıllık etkinlik raporunun görüşülüp kabul edilmesi (2) ve YSYK üyeleri hakkındaki disiplin işlemlerinin yürütülmesi (3) başlıkları altında toplanabilir.

1- Görüş Hazırlanması

Genel Kurul, Anayasanın 65. maddesine göre, 64. madde[52] uyarınca Cumhurbaşkanı tarafından istenen konularda görüş hazırlar. Bir başka deyişle, Cumhurbaşkanı, yargı bağımsızlığıyla ilgili konularda, Yargıçlar ve Savcılar Yüksek Kuruluna danışma olanağına sahiptir. Öte yandan, Anayasa Genel Kurulun görüş bildirme yetkisini, *"yargıçlar ve savcıların davranış ilkeleri ve yargının işleyişi ile ilgili her türlü sorun hakkında Adalet Bakanınca yapılacak başvuru üzerine görüş bildireceğini"* öngörmek yoluyla daha somut biçimde sınırlamıştır.

Anayasanın, Kurula, başka kimi konularda da görüş bildirme olanağını sunmasının daha yerinde olacağı belirtilmelidir. Örneğin, yargıyla, yargıçların ve savcıların hukuksal konumuyla (statüsüyle) ya da yargının işleyişiyle ilgili konulardaki yasa önerileri hakkında YSYK'nin görüşüne başvurulması öngörülebilirdi[53]. Bu tür bir yetki, Kurulun yargı makamının bağımsızlığı konusunda Cumhurbaşkanına yardımcı olma işlevine de uygun olurdu.

---

52 Daha önce de belirtildiği gibi 1958 Fransa Anayasasının 64. maddesine göre, *"Cumhurbaşkanı, yargı makamının bağımsızlığının güvencesidir. Yargıçlar ve Savcılar Yüksek Kurulu [yargıyla ilgili konularda] kendisine yardımcı olur."*

53 Bu tür bir öneri YSYK'nin 2004-2005 Yılı Etkinlik Raporunda da dile getirilmiştir. Bkz. **Rapport d'activité 2004-2005**, s. 198.

2008 değişikliğinde bu tür bir düzenlemeye yer verilmemiş olması, aslında, Hükümet ve yasama organı için aşılması güç bir kurumun görüşlerine başvurma zorunluluğu getirilmesinin istenmediği biçiminde de yorumlanabilir. Öte yandan, YSYK'nin, herhangi bir talep söz konusu olmaksızın, kendi hazırladığı önerileri[54] ya da kimi yasa önerileri hakkındaki görüşlerini[55] doğrudan Cumhurbaşkanına ilettiği de anımsatılmalıdır. Aynı biçimde, ama daha nadiren, YSYK, yargıçların sorumluluğu ya da Kurulu doğrudan ilgilendiren 2008 anayasa değişikliği gibi konularda basın açıklamaları yapma yoluna da gitmiştir[56]. 2008 değişikliği ile uygulamadaki bu etkinliğe hukuksal bir temel oluşturma ve Kurulun bu danışsal işlevinin daha da gelişmesine katkıda bulunma olanağı varken bu yol tercih edilmemiştir.

2008 değişikliğiyle, yine, Adalet Bakanının talebiyle bağlı olmaksızın, YSYK'ye, yargı mensuplarının davranış ilkeleriyle ilgili konularda doğrudan doğruya karar verme olanağı tanınabilecekken bu da yapılmamıştır. 22 Temmuz 2010 tarihli organik yasayla bu boşluk doldurulup, Kurula bu konuda doğrudan doğruya görüş hazırlama yetkisi verilmek istendiyse de, Anayasa Konseyi, bu konudaki düzenlemeyi Anayasanın 65. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir[57].

2- Yıllık Raporun Görüşülüp Kabul Edilmesi

1995 yılından beri düzenli olarak yayımlanan yıllık etkinlik raporları çok önemli bir işleve sahiptir. Bu belge ile YSYK, ilgili herkese- yargı mensuplarına, siyasetçilere ve yurttaşlara- yargıçlar ve savcıların atama süreçleri hakkında bilgi sahibi olma, yargıyla ilgili çalışmaları okuyup değerlendirme ve özellikle 1999 yılından beri, disiplin konusundaki karar ve görüşlere ulaşma olanağı tanımaktadır. Üstelik, daha önce de belirtildiği gibi, Kurul, 2006 yılında disiplinle ilgili tüm kararlarını ayrı bir yayın biçiminde kamuya sunmuştur. 2008 anayasa değişikliği ile YSYK'ye yargı mensuplarının davra-

---

54 Bu konuda, Kurulun kendi girişimiyle hazırladığı, 16 Ekim 1997 tarihli "Olası Bir Yargı Reformunun Temel Yönelimleri" konusundaki görüşü örnek olarak gösterilebilir. Bkz. **"Avis du 16 octobre 1997"**, http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/?q=node/114, 25.10.2010.

55 Bu konuda da, kimi küçük uyuşmazlıklara bakan ve meslekten olmayan yargıçların *(juges de proximité)* hukuksal konumuyla (statüsüyle) ilgili bir organik yasa hakkında Kurul tarafından hazırlanan 19 Eylül 2002 tarihli görüş örnek gösterilebilir. Bkz. **"Avis du 19 septembre 2002"**, http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/?q=node/112, 25.10.2010.

56 Bkz. **"Communique du 21 décembre 2006"**, http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/?q=node/119, 25.10.2010 ve **"Communique du 15 mai 2008"**, http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/?q=node/215, 25.10.2010.

57 Bkz. Anayasa Konseyinin yukarıda değinilen 2010-611 sayılı ve 19 Temmuz 2010 tarihli kararı, p. 15.

nış ilkeleriyle ilgili görevler verilmesinin ardından, hiç kuşkusuz, Kurul, bu kararları düzenli olarak güncelleyerek yayımlamaya devam edecektir.

3- YSYK Üyeleri Hakkındaki Disiplin İşlemleri[58]

YSYK yargıçlar ve savcıların disiplin işlemleriyle ilgili yetkilerinin yanında, kendi üyelerinin de görevlerini bağımsızlık, tarafsızlık, dürüstlük ve saygınlık ilkelerine uygun biçimde yürütmelerini sağlamakla da yükümlüdür. Bu nedenle YSYK'nin Genel Kurulu, ilgili dairelerden birinin başkanının başvurusu üzerine, bir üyenin, yukarıda belirtilen ilkelere uygun davranıp davranmadığı konusunda karar vermeye yetkilidir. Genel Kurul, bu konudaki kararını salt çoğunlukla verir. Kusurun ağırlığına göre, Genel Kurul, ilgilinin uyarılmasına ya da istifasının istenmesine karar verebilir. Bir bütün olarak bakıldığında, bu düzenlemelerin, Kurulun bağımsızlığı açısından son derece önemli olduğu ve Kurul üyelerini yasama ya da yürütmeden gelecek baskılara karşı koruma amacı taşıdığı söylenebilir.

SONUÇ

Bu çalışmanın başlangıcında karşılaştırmalı hukukun önemine değinmiş; bu yöntemin kimi zaman siyasal amaçlar uğruna araçsallaştırılarak kullanılabileceğinin de altını çizmiştik. Fransa'daki Yargıçlar ve Savcılar Yüksek Kurulunun oluşum biçimi ile görev ve yetkilerinin ayrıntılı olarak incelenmesinin, Türkiye'deki 2010 anayasa değişikliği sürecinde karşılaştırmalı hukukun ve Fransa örneğinin tam da böyle bir amaç için kullanılmış olduğunu ortaya koyduğunu düşünüyoruz. Öte yandan başlangıçta da belirttiğimiz gibi, karşılaştırmalı hukuka ilişkin her örneğin, bize değerlendirebileceğimiz kimi veriler sunduğu kanısını da taşıyoruz. Bu açıdan bakıldığında Fransa örneğinden, özellikle yargı mensuplarının disiplin işlemleri konusundaki birikimi ile atama ve disiplin süreçlerinin açıklığı konusunda yararlanılabileceğine dikkat çekmek istiyoruz.

---

58 Bu konuda bkz. Yargıçlar ve Savcılar Yüksek Kurulu Hakkındaki Organik Yasa, md. 10-1.

Türk Hukukunda Doğal Afetlerden Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu Üzerine Notlar

Hasan SINAR[*]

Giriş

İnsanın var olabilmesi ve yaşamını sürdürebilmesi doğa kanunları ile uyum içerisinde hareket etmesine bağlıdır. Bununla birlikte insan ihtiyaçlarının hızlı nüfus artışı, kentleşme, sanayileşmenin artması gibi bazı temel etkenlerin neticesi olarak dizginlenemez bir biçim yükselmesi doğa kanunları ile kaçınılmaz bir çatışmayı da beraberinde getirmiştir. Gerçekten insanın doğaya yönelik her meydan okuması aslında bizatihi insan yaşamını ve sağlığını tehdit eden bir doğal afetin ortaya çıkmasına da davetiye çıkartması anlamını taşır. Bu durumda ise insana zarar veren doğal afetler yaşamın engellenemez bir parçası haline gelir. Devlet aygıtının varlık nedeni ve işleyişinin zorunlu sonucu olarak ilk temel görevi insan ihtiyaçlarının karşılanmasına yönelik girişimlerin doğal düzene en asgari zararı verecek şekilde düzenlenmesi ve bu şekilde doğal afetlerin insan yaşamına zarar vermesinin mümkün olduğunca önlenmesi olarak ortaya çıkar. Bu nedenle devlet, doğal afetlerin olumsuz sonuçlarının önlenmesi için gerekli tedbirleri uygulama ve mevzuat düzeyinde almakla yükümlüdür. Nihayet, devletin diğer görevi de, doğal afetlerin meydana gelmesinden sonra, bu afetlerden zarar görenlerin zararlarını gidermek ve en azından doğal afetin ortaya çıkmasından önceki koşulların yeniden tesis edilmesini sağlamaktır[1].

Bununla birlikte, devletin insan ihtiyaçlarının giderilmesinde doğa kanunlarına meydan okuyan uygulamaların ve bu bağlamda ortaya çıkan doğal afetlerin insan yaşamını olumsuz etkilemesinin önlenmesinde mutlak bir başarı kazandığını söyleyebilmek pek de mümkün değildir. Bu olumsuz tablo yalnızca doğal afetlerin insan yaşamını ve sağlığını tehdit eden sonuçlar yaratmaması için henüz doğal afetler ortaya çıkmadan önce alınması

---

[*] Yrd. Doç. Dr., İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.

[1] Deprem ve Hukuk, **İstanbul Barosu Yayını**, 2000, s. 5.

gereken tedbirler[2] noktasında yetersizlik gösterilmesi ile sınırlı kalmamakta; ancak aynı zamanda özellikle doğal afetlerin yaşanmasından sonra doğan zararların giderilmesinde de kendisini göstermektedir[3].

Doğal afetler ve ceza hukuku ilişkisinin asıl sorunlu olduğu husus da, esas olarak doğal afetlerin ortaya çıkmasından sonra yaşananlarla bağlantılı olarak belirmektedir. Türkiye'de özellikle (17 Ağustos ve 12 Kasım) 1999 Marmara Depremi sonrasında, depremin yol açtığı yıkıcı neticeler karşısında, bu yıkıcı sonuçların ortaya çıkmasında kusuru bulunanların yargılanması ve cezalandırılması noktasında ceza adaleti sisteminin başarılı bir sınav verdiğini söyleyebilmek ne yazık ki mümkün değildir. Aksine, bu süreçte Türk ceza adaleti sisteminin işlevini yerine getirmekte içine düştüğü acizlik ve yetersizlik hali, yalnızca doğal afetlerden zarar görenleri büyük bir hayal kırıklığına uğratmakla kalmamış ancak aynı zamanda kamuoyu nezdinde Türk ceza adaleti sisteminin işlerliği, etkinliği ve güvenilirliğinin de ciddi bir şekilde sorgulanması gerekliliğini ortaya çıkarmıştır[4]. Bu çalışmada 1999 Marmara Depremi sonrasında yaşanan gelişmeler esas alınmak suretiyle,

---

2 Bu tedbirler için bkz. Otto **SEILER**, Deprem-Deprem Hasarları ve Deprem Sigortası, İstanbul, 1946, s. 25-25-34.

3 Köksal **BAYRAKTAR**-Ümit **KOCASAKAL**, "*Depreme Bağlı Yapı Hasarları Sonucu Meydana Gelen Ölüm ve Yaralanma Hallerinde Yüklenicinin Ceza Sorumluluğu*", **İnşaatçıların Deprem Hasarlarından Doğan Sorumlulukları ile Hasarlı Binaları Onarma ve Güçlendirme Yolları, Ticaret Odası Yayınları**, İstanbul, 245, 4, s.67 vd. Doğal afetlerin yol açtığı önlenebilir zararların farklı bir açıdan, bir şehir planlaması ve imar problemi olarak ele alınması için bkz. Yücel ÜNAL, Türk Şehir Planlama ve İmar Mevzuatının Kentsel Dönüşüm ve Deprem Ağırlıklı İncelenmesi, Yetkin yayınları, Ankara, 2008, s. 18 vd.

4 Bununla birlikte, ceza adaleti sisteminin 1999 Marmara Depremi özelinde ortaya çıkan bu yetersizliğinin kamuoyu tarafından gerektiği gibi sorgulandığını ifade edebilmek de pek mümkün görünmemektedir. Bu konuda bireylerin bilgilenme hakkını gerçekleştirmek üzere haber verme görevini yerine getirmek durumunda olan gerek yazılı gerekse görsel/işitsel kitle iletişim araçları tarafından bu doğal afetin ardından yaşananlara ilişkin yapılan haberlerde, ceza adaleti sisteminin işlevsizliğinin hemen hiç ele alınmadığı görülmektedir. Bu konuda yapılan haberler arasında deprem olgusunun ardından yaşananların nesnel ve tarafsız bir şekilde duyurulmasını ifade eden bilgilendirici yayınlar ön plana çıkmakla birlikte, bu yayınların içeriğinde ceza adaleti sisteminin işlevsizliğine özel olarak yer verilmediği görülmektedir. Keza, depreme ilişkin yapılan tüm haberler içerisinde bilgilendirici haberlerin dışında kalan diğer kategorileri oluşturan dramatik ve trajik yoğunluklu haberler, sansasyonel ve panik yaratıcı haberler ile magazinleştirmeye dayanan haberler sıralanmakta; ancak bu haber türlerinin hiçbirinde ceza adaleti sisteminin yaşadığı açmaza spesifik olarak değinilmemektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Nilüfer **TİMİSİ**-Çiler **DURSUN**, Medya ve Deprem – 17 Ağustos 1999 Depreminin Medyada Temsili, **Radyo ve Televizyon Üst Kurulu (RTÜK) Yayını**, Ankara, 2003, s. 28-37.

Türk hukukunda doğal afetlerden doğan ceza sorumluluğuna ilişkin başlıca sorunların tespiti ve bu sorunların ortadan kaldırılabilmesine yönelik çözüm önerileri açıklanmaya çalışılacaktır.

İki Temel Sorunsal

Bir doğal afetin yarattığı olumsuz neticelerin ortaya çıkmasının ardından ceza adaleti sistemine yönelik temel beklenti, doğal afetin yol açtığı zararların sorumluları hakkında yasal işlem başlatılarak, bu sorumluların yargılanması ve kusurları ile orantılı cezalara çarptırılmalarıdır. Somut örnek olarak 1999 Marmara Depremi'ni ele aldığımızda, bu depremin ardından kamuoyunda ortaya çıkan temel beklenti de yapılacak ceza tahkikatları ile deprem afetinin sonucu olarak ortaya çıkan ölüm, yaralanma ve malvarlığı kayıplarına neden olan sorumluların, (bu bağlamda deprem ile yıkılan binaları inşa eden yüklenicilerin, depreme karşı dayanıksız olarak inşa edilen bu binaların denetimini yapan ve bu binalara ruhsat ve oturma izni veren yerel yönetim birimlerinde görev yapan kamu görevlilerinin) tespiti ve yargılama neticesinde bu kişilerin zararlı neticenin meydana gelmesindeki kusurlarının belirlenmesi suretiyle uygun yaptırımlar ile cezalandırılmalarıdır. Ancak somut örneğimiz bağlamında Türkiye'de doğal afetlerin sorumlularının adil yargılanma hakkının gereklerine riayet edilerek yargılanmalarının ve cezalandırılmalarının sağlanmasında iki temel engelin bulunduğu gözlemlenmiştir.

1. İlk Engel: Ceza Adaleti Sisteminin İşleyiş Biçiminden Kaynaklanan Sorunlar

a. Suç Tipinin Doğru Vasıflandırılması Sorunu

1999 Marmara Depreminin ardından ceza adaleti sisteminin çözüm üretmesi gereken ilk büyük sorun, bu doğal afetle ortaya çıkan olumsuz neticelerin sorumluları hakkında hangi kanun hükmünün tatbik edileceği noktasında ortaya çıkmıştır. Bu bağlamda, 1999 Marmara Depremi ile yıkılan veya hasar gören binalarda gerçekleşen ölüm ve/veya yaralanma şeklindeki tipik neticelere ilişkin yürütülen ilk ceza soruşturmalarının ardından söz konusu binaları inşa edenler hakkında 765 sayılı TCK'nın 455. maddesinde yer alan "taksirle ölüme sebebiyet verme" ve 459. maddede düzenlenmiş olan "taksirle müessir fiil" suçlarından iddianame düzenlenmiş ve kamu davaları açılmıştır. Buna karşın, bahse konu davalar önüne gelen Yargıtay, meseleye daha farklı bir açıdan yaklaşmış ve bu tip davalarda suç tipinin hatalı bir şekilde vasıflandırıldığını belirtmiştir[5]. Buna göre, deprem nedeniyle yıkılan

---

5 Bu konuda bkz. Ali Rıza **ÇINAR**, Türk Ceza Yasasının 383. Maddesinin, Depremin Etkisiyle Yapılan Çökmesi ve Yıkılmasıyla ilgili Olarak incelenmesi, **İzmir Barosu Dergisi**, 2001 Nisan, s. 88.

ve hasar gören binalarda eğer tahribatın yanı sıra ayrıca ölüm veya yaralanma neticesi de meydana gelmişse; bu takdirde eylem, TCK'nın 383. maddesinin ikinci fıkrasında belirlenen "taksirle umumî tehlikeye sebebiyet verme" suçunun "bu fiilden bir şahsın hayatınca tehlike hasıl olması……ve bundan ölüm vukua gelmesi…." şeklindeki nitelikli hali kapsamında değerlendirilmelidir. Bu nedenle Yargıtay, depremden kaynaklanan ölüm ve yaralanma neticelerinin ortaya çıktığı hallere ilişkin olarak yapılan soruşturmalar neticesinde açılacak olan ceza davalarının, 765 sayılı TCK'nın 383/2. maddesinde düzenlenen "Taksirle umumî tehlikeye sebebiyet vermek" suçunun nitelikli hali uyarınca yürütülmesi yönünde bir içtihat geliştirmiştir[6].

İlk açılan deprem davalarının Yargıtay tarafından belirtilen şekilde suç tipinin hatalı olarak vasıflandırılması gerekçesiyle bozularak hükmü veren yerel mahkemeye geri gönderilmesi üzerine, sonraki süreçte ölüm ve yaralanma neticesinin gerçekleştiği deprem davalarında iddianamelerin Yargıtay'ın görüşü doğrultusunda 765 sayılı TCK'nın 383/2. maddesi uyarınca düzenlendiği ve sanıkların bu hüküm uyarınca cezalandırılmalarının istendiği gözlemlenmiştir.

b. Görevli Mahkemenin Değişmesi Sorunu

Suç tipinin vasıflandırılması konusunda yaşanan bu karmaşanın kanımızca iki önemli sonucu olmuştur. Bunlardan ilki, depremin yol açtığı ölüm ve yaralanma neticelerinin sorumluları hakkında verilen ve belirtilen sebeple bozulan ilk mahkûmiyet kararlarının yeni baştan görülmesi zorunluluğunun ortaya çıkmış olmasıdır.

Suç tipinin vasıflandırılmasına ilişkin yaşanan bu gelişmelerin ikinci önemli sonucu ise usule ilişkin olarak ortaya çıkan, davaların görülmekte

---

6 "…….Yüksek Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulunun 9.4.1947 tarih ve E.45/4, K. 11 sayılı kararında da vurgulandığı üzere, TCK'nın 383. ve 389. maddeleri aynı Kanunun 455. ve 459. maddelerine göre özel halleri düzenlemektedir. Bu nedenle somut olayda öncelikle 383. maddenin koşullarının irdelenmesi yasanın sistematiğinin bir sonucudur.
1930 İtalyan Ceza Kanunu'nda, TCK'nın 78. maddesinin karşılığı mevcut olmadığından, umumi bir tehlike yaratan bir yapının yıkılması halinde tehlike suçu olarak düzenlenen 383. madde ile birlikte ölüm ve yaralanma meydana gelmişse ayrıca 455 ve 459. maddeler de uygulanmaktadır.
Kanunumuz yönünden ise taksirli oluşan ve umumi tehlike yaratan yapı yıkılması hali 383. maddenin birinci fıkrası kapsamında kalmakta olup; bu halde ölüm veya yaralanma meydana gelmişse, TCK'nın 78 ve 79. maddeleri ve yukarıda belirtilen İçtihadı Birleştirme Kurul Kararı dikkate alınarak, eylemin TCK'nın 383. maddesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir….." (Y. 2. C.D., 21.03.2001, E: 2001/7015- K: 2001/4778 - Kazancı Mevzuat-İçtihat Bilgi Bankası). Karar için ayrıca bkz. Filiz **SARAÇ**, Ceza Hukukunda Bina Göçmeleri, **İstanbul Barosu Yayını**, 2008, s. 44-47.

olduğu görev yönünden yetkili mahkemelerin değişmesi ve bu davaların artık görev yönünden farklı bir mahkemede yeniden görülmesi zorunluluğunun ortaya çıkmasıdır[7]. Gerçekten, ilk dönemde depremden kaynaklanan ve ölüm neticesinin vuku bulduğu yıkımın sorumlusu olan kişi veya kişilerin bu eylemlerine ilişkin TCK md. 455 uyarınca açılan davalar asliye ceza mahkemelerinde görülmekte iken; Yargıtay'ın bu nitelikteki eylemleri TCK'nın 383. maddesi kapsamında değerlendiren kararı ile birlikte, bu madde uyarınca davayı yürütmek görevi de yüksek dereceli ağır ceza mahkemelerine geçmiş ve bu nedenle asliye ceza mahkemesinde görülmekte olan davalar da Yargıtay tarafından "görevsizlik" gerekçesiyle usul yönünden bozulmuştur[8].

Belirtelim ki, Yargıtay kararı üzerine ortaya çıkan bu her iki sonucun da ortak olumsuz yanı, deprem davalarının sonuca ulaştırılmasında telafi edilemez şekilde büyük bir zaman ve emek kaybına yol açılmış olmasıdır. Öyle ki, özellikle burada yaşanan zaman kaybı, ilerleyen bölümde ele alacağımız ve depremden dolayı açılan ceza davalarında çok can yakıcı temel bir sorun teşkil eden zamanaşımı sorununun kaçınılmaz bir biçimde gündeme gelmesinde temel bir etken olmuştur.

c. Soruşturma Evresindeki Eksik ve Hatalı İşlemler Sorunu

Ceza muhakemesinin amacı maddi gerçeğe ulaşmaktır. Bu nedenle, ceza muhakemesinde yargılama makamı, uyuşmazlık konusunu bütün yönleriyle araştırıp çözmek ve bu suretle maddi gerçeğe ulaşmak yükümlülüğü altındadır. Ceza muhakemesinde her şeyin delil olabilmesinin yanı sıra, delil olarak ortaya konulanların, delil olabilme yetenekleri ya da diğer bir deyişle ispat değeri taşıyıp taşımadıkları hususu da, ceza hâkimi tarafından serbestçe tayin ve takdir edilebilmelidir. Bu şekilde, ceza hâkimi, işlendiği ileri sürülen suçla ilgili değerlendirmesini serbestçe yürütür ve fiilin sanık tarafından işlendiğinin veya işlenmediğinin sabit olduğu hakkındaki hükmünü, tam ve

---

7 http://www.sucdosyasi.gen.tr/deprems/deprem-davalari-silbastan.htm/comment-page-1.

8 ".....Yalova ili Çınarcık İlçesinin Harmanlar Mahallesinde bulunan H..... sitesindeki on katlı apartmanın inşadan kaynaklanan nedenlerden yıkılması sonucu elli beş kişinin ölmesi şeklindeki olayda; tahribat ve musibeti oluşturan ve umumi tehlike teşkil eden boyutta meydana gelen yıkılma dolayısıyla yapının müteahhit ve fenni sorumlusu olan sanığın eyleminin TCK'nın 383. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi çerçevesinde değerlendirilmesi ve bu madde uyarınca da davaya bakmak ve delilleri değerlendirmek görevinin yüksek dereceli ağır ceza mahkemesine ait olduğu gözetilip görevsizlik kararı verilmesi icap ederken, duruşmaya devamı yazılı şekilde hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir." (Y. 2. C.D., 21.03.2001, E: 2001/7015- K: 2001/4778 - Kazancı Mevzuat-İçtihat Bilgi Bankası). Karar için ayrıca bkz. Filiz Saraç, Ceza Hukukunda Bina Göçmeleri, **İstanbul Barosu Yayını**, 2008, s. 44-47.

kesin bir kanaate ulaşarak verir[9]. Bu nedenle, bugün yürürlükteki 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu tarafından da benimsenmiş olan *"Vicdani ispat sistemi"*, hem delillerin serbestliğini hem de delil değerlendirmenin serbestliğini ifade eder[10].

Vicdani ispat sistemi hiç kuşkusuz, depremin yol açtığı ölüm ve yaralanma neticeli yıkımların sorumlusu olan kişi veya kişiler için hakkında açılan davalar için de geçerli bulunmaktadır. Bu çerçevede, bu kişilerin sorumlu tutulabilmeleri için, ölüm veya yaralanmanın vuku bulduğu bina yıkımının gerçekleşmesinde kusurlu olduklarının deliller ile ortaya konulması ve bu delillerin CMK md. 217 uyarınca duruşmaya getirilerek mahkeme huzurunda tartışılmış olması zorunludur. Ancak bu noktada, doğal afetlerin yol açtığı zararlardan doğan ceza sorumluluğun tespiti yönünden somut olarak ortaya çıkan örneklerde, ispat hukukunun belirtilen ilke ve kurallarına tam olarak riayet edilebildiğini söyleyebilmek mümkün değildir. Bu konuda özellikle Marmara Depremi'nin sonrasında yaşananlar, depremin hemen sonrasındaki afet ortamı içerisinde, soruşturmanın sağlıklı bir sonuç vermesi için hayati öneme sahip olan enkaz örneklerinin ya da diğer bir deyişle fiziksel delillerin elde edilmesinde büyük güçlükler yaşandığını ortaya koymaktadır. Bu süreçte, afet bölgesinin belirli yerlerinde, her ne kadar bazı hukuki yardım masaları kurulmuş ve başta yükleniciler olmak üzere sorumlular hakkında soruşturma başlatılmış olsa da, soruşturma sürecindeki en büyük sorun –davaların seyri açısından hayati öneme sahip olan– enkaz örneklerinin alınması noktasında ortaya çıkmıştır[11]. Çünkü açılan soruşturmaların büyük çoğunluğunda deprem sonrasının kaotik ortamı içerisinde yıkılan veya hasar gören binalardan sağlıklı enkaz örnekleri alınamamış ve bu durum inşaatta kullanılan malzeme kalitesinin standartlara uygun olup olmadığının belirlenmesini neredeyse imkânsız kılacak şekilde güçleştirmiştir. Benzer şekilde birçok soruşturmada, arama-kurtarma çalışmalarının ardından gerçekleştirilen olay yeri keşif incelemelerinde de bu durumu aydınlığa kavuşturacak fiziksel deliller elde edilememiştir.

Bu noktada yaşanan diğer bir güçlük ise deprem davalarında bilirkişilik müessesesinden yararlanılmasına ilişkin olarak yaşanmıştır[12]. Depremin ardından hasar tespitine yönelik olarak özel şirketlere hazırlatılan bilirkişi raporları, ceza muhakemesinde bilirkişinin hâkim tarafından atanmış olması kuralını öngören CMUK md. 66 uyarınca Mahkemeler tarafından kabul

---

9 Cumhur **ŞAHİN**, Ceza Muhakemesinde İspat (Delillerin Doğrudan Doğruyalığı İlkesi), Yetkin Yayınevi, Ankara, 2001, s. 52.

10 Şahin, "Ceza Muhakemesinde İspat", s. 46.

11 "Adalet Enkaz Altında", *Radikal Gazetesi,* 6 Mayıs 2001.

12 Kürşat Özmen, "17 Ağustos'u Unutmadık-Davalar Neden Sonuçsuz Kaldı?", http://dosyalar.hurriyet.com.tr/deprem2001/03hab.asp.

görmemiştir. Bu çerçevede, deprem davalarına ilişkin özel uzmanlık gerektiren teknik inceleme, Mahkemeler tarafından CMUK md. 66-68 uyarınca resmî bilirkişi olarak üniversitelerin inşaat fakülteleri öğretim elemanları ile inşaat mühendisleri odası yetkililerinin atanması şeklinde gerçekleşmiştir. Ancak bu spesifik konuda bilirkişilik yapabilecek sınırlı sayıdaki uzman bulunması nedeniyle, ortaya çıkan bu olağanüstü iş yükü, resmi bilirkişi raporlarının hazırlanması sürecinin de bir hayli uzamasına yol açmıştır. Bunun üzerine bir de, bilirkişi raporlarına yapılan itirazlar üzerine yeni bilirkişiye başvurma zorunluluğu, farklı bilirkişi raporlarında ortaya çıkabilen birbiriyle çelişen sonuçlar gibi diğer olumsuzlukların belirmesi, deprem davalarında bilirkişiye başvurulmasını, dava süreçlerini makul olmayan biçimde uzatan ve bu davaların zamanaşımı engeline takılmasına neden olan önemli bir etken haline getirilmiştir.

Deprem davalarına ilişkin yaşanan tüm bu olumsuzlukların doğal neticesi olarak açılan soruşturmaların önemli bir bölümü takipsizlik kararı ile neticelenmiş, kamu davası açılan durumlarda da sanıklar delil yetersizliği nedeniyle beraat etmişlerdir. İstisnaen ortaya çıkabilen mahkûmiyet kararları ise, yukarıda belirtilen eksik ve hatalı işlemler nedeniyle Yargıtay tarafından "bozma" kararları ile ortadan kaldırılmıştır[13].

2. İkinci Engel: Zamanaşımı Sorunu

a. Genel Olarak Ceza Hukukunda Zamanaşımı Kavramı

Zamanaşımı en yalın anlatımda, bir suçun işlenmesinden belirli bir süre geçmesi nedeniyle**,** devletin yargılama ve ceza verme yetkisinden vazgeçme-

---

13 "…..Adapazı'nda 17.8.1999 tarihinde meydana gelen depremde Cumhuriyet Mahallesi Dr.Kamil Sokak No:28'deki binanın yıkılması sonucu bir kişinin ölümü ve bir kişinin yaralanması, aynı adres ve No:30'daki binanın da yıkılması ile sonuçlanan olayda;
C.Savcılığınca her iki bina üzerinde yapılan olay yeri keşif tutanakları ve bilirkişi raporları, alınan numuneler, her iki binaya ait inşaat ruhsatı ve projeler ile sair tespitler, sanıkların savunmaları ve müdahil iddiaları da gözönünde tutularak; inşaat malzemesi kalitesinin standartlara uygun olup olmadığı, binaların birbirinin tahribine olan etkisi, binaların inşaat ruhsat ve projelerine uygun olup olmadığı ve uygun olmaması durumunda bunun yıkılmaya etkisi ile depremin binaların yıkılmasına olan etkisini de içerecek biçimde ayrıntılı rapor alınarak binanın yıkılması ve meydana gelen ölümde konumları da dikkate alınarak kusurlu olanların belirlenmesi bakımından konularında uzman yeni bir bilirkişi heyetine dosyanın tevdii ile raporun alındıktan sonra sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdirinin gözetilmemesi,
SONUÇ: Bozmayı gerektirmiş ve müdahil vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan hükmün bu sebeplerden dolayı istem gibi BOZULMASINA, 7.2.2002 gününde oybirliğiyle karar verilmiştir". Y. 9. C.D., 07.02.2002, E: 2002/73- K: 2002/263 - Kazancı Mevzuat-İçtihat Bilgi Bankası).

sidir[14]. Gerçekten devlet, bir suçun işlenmesinden belirli bir sürenin geçmesiyle birlikte, artık o suç ile ilgili olarak cezai takibatın sürdürülmesinde veya mahkemeler tarafından verilmiş mahkûmiyet hükmünün infaz edilmesinden imtina edebilir[15]. İşte, devlet ile sanık arasındaki cezai takibat ilişkisinin sona ermesine dava zamanaşımı, mahkûmiyetin infazı ilişkisinin sona ermesine ise, ceza zamanaşımı ismi verilir.

Zamanaşımı eski çağlardan beri uygulanmakla birlikte, aynı zamanda çok tartışmalı bir hukuk kurumudur. Bu kapsamda, sözgelimi zamanaşımı kurumunun hukuki niteliği tartışılmıştır[16]. İnceleme konumuz dışında kalmakla birlikte, bir cümle ile değinelim ki, bu kurumun bir maddi ceza hukuku kurumu mu yoksa bir muhakeme hukuku kurumu mu olduğu konusunda farklı görüşler ileri sürülmüş olup; bugün için ağırlıklı görüş zamanaşımının hem maddi hukukun hem de muhakeme hukukunun özelliklerini bünyesinde taşıyan karma bir kurum olduğu yönündedir[17].

Zamanaşımıyla ilgili esas önemli tartışma ise bu kurumun, hukuk düzeni açısından gerekliliği noktasında odaklanmıştır. Bu çerçevede, zamanaşımı kurumunun hukuk düzeni açısından elzem olduğunu savunanların, zamanaşımı lehindeki görüşleri kısaca şu şekilde özetlenebilir[18]. Bir kere, suç işleyen bir kişinin, yargıdan kaçtığı süre içerisinde hep bir korku, tedirginlik ve vicdan azabı ile yaşadığı ve yaşamını bu şekilde bir "manevi ceza" ile geçiren bir kişiye artık ceza vermenin gerekli olmadığı ileri sürülmüştür. Bunun yanı sıra, zamanaşımı sürelerinin çok uzun olması nedeniyle, bu süreler zarfında, geçmişte suç işleyen kişinin artık uslandığı ve vicdan azabının da tesiriyle bir şekilde nefsini ıslah etmiş olduğu ifade edilmiştir[19]. Ayrıca, suçun işlenmesinden çok uzun bir süre geçtikten sonra suçun ispatlanmasına ilişkin delillere ulaşma imkânının çok azaldığı ve ortadan kalktığı, yine bu kadar zaman geçtikten sonra artık geçmişte işlenmiş olan suçun cezalandırılmasında bir sosyal yarar kalmadığı, bu çerçevede cezanın genel önleme özelliğinin kaybedilmiş olduğu gibi gerekçeler ileri sürülmüştür. Buna karşın, zamana-

---

14 Fahri Gökçen **TANER**, Ceza Hukukunda Zamanaşımı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008, s. 22-23.

15 Kayıhan İçel-Füsun Sokullu Akıncı-İzzet Özgenç-Adem Sözüer-Fatih S. Mahmuoğlu-Yener Ünver, **İçel-Yaptırım Teorisi**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2000, s. 344.

16 Taner, "Ceza Hukukunda Zamanaşımı", s. 29.

17 Ayrıntılı bilgi için bkz. Nurullah Kunter, Ceza Hukukunda Zamanşımı, (Yayınlanmamış Doçentlik Tezi), İstanbul, 1951, s. 10 vd.

18 Kunter, "Ceza Hukukunda Zamanaşımı", s. 16; Mehmet Emin Artuk-Ahmet Gökçen-A.Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4, Bası, Ankara, 2009, s. 979 vd.

19 Ayrıntılı bilgi için bkz. Sulhi Dönmezer-Sahir Erman, Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım, C: III, 11. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 1994, s. 245 vd.

şımı kurumuna karşı çıkanlar bağlamında, özellikle pozitivistlerin görüşleri şu şekilde açıklanabilir. Pozitivist okula göre, bugünkü zamanaşımı kurumunda iki önemli kusur bulunmaktadır. Bunlardan ilki, bugünkü şekliyle zamanaşımının adeta adaletten kaçmayı teşvik eden, hileye ve kurnazlığa prim veren bir mahiyet taşımasıdır. Gerçekten, bugün için yasalara uyan ve kendiliğinden teslim olan bir kişi suçunun cezasını çekmekte, buna karşın yasalardan kaçan kişi, zamanaşımı sayesinde cezasını çekmekten kurtulmaktadır. Diğer kusur ise, zamanaşımı kurumunun, suçun işlenmesinden sonra uzun bir süre geçmesi nedeniyle artık suçun cezalandırılmasında bir yarar kalmadığı ve suça ilişkin delillere ulaşılamadığı gibi bazı karineler üzerine inşa edilmiş olmasıdır. Oysa, bu karinelerin gerçeğe uygun olmaması olasılığı her daim mevcuttur ve suçluyu cezalandırmakta bir toplum yararının kalmadığı düşüncesi salt bir karineye değil, ancak bizatihi gerçeğe dayalı ise kabul edilebilir. Bu nedenle pozitivist düşünürler, zamanaşımı kurumuna bugün olduğu gibi mutlak ve genel bir değer tanınamayacağını benimser ve bu kurumun uygulanmasında, suçlunun kişiliğine, mensup olduğu suçlu grubuna, kişilik durumuna, tavrına, geçmişine, işlenen suçun niteliğine bakılması gerektiğini ve ancak failin toplum için tehlikeli olmaktan çıktığı hususunda bir kanaate ulaşılması durumunda, zamanaşımı kurumunun işletilmesinin kabul edilebileceğini savunurlar[20].

Kanımızca da, zamanaşımı uygulaması, devletin cezalandırma hakkı ile kişi özgürlüğü ve güvenliği arasında bir denge mekanizmasının kurulması halinde kabul edilebilecek olmakla birlikte; hemen örneğini ortaya koyacağımız üzere, bugünkü şekliyle zamanaşımı kurumu bir denge mekanizmasının ürünü olmaktan çıkmış ve devletin cezalandırma hakkından sistematik bir biçimde vazgeçmesine yol açan "örtülü bir af" kurumuna dönüşmüştür.

b. 1999 Depremi Sonrasında Açılan Davalarda Zamanaşımı Uygulaması

Doğal afetlerden kaynaklanan zararların sorumluları hakkında başlatılan ceza soruşturması süreçlerinde, zamanaşımı kurumunun yaygın şekilde uygulama alanı bulmasına yönelik ilk endişeler zamanaşımının başlangıç tarihinin belirlenmesine ilişkin olarak ortaya çıkmıştır. Öğretide öğrenebildiğimiz kadarıyla[21] benzeri tartışmalar, daha önce yaşanan Erzincan ve Adana depremleri sonrasında da yaşanmış olmasına karşın, bu sorun Marmara Depremi sonrasında hukuk dünyasında çok daha yoğun bir tartışmanın ve aslında bir belirsizliğin ortaya çıktığı görülmektedir. Gerçekten, doğal afet-

---

20 Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 982-983.

21 Bayraktar-Kocasakal, "*Depreme Bağlı Yapı Hasarları Sonucu Meydana Gelen Ölüm ve Yaralanma Hallerinde Yüklenicinin Ceza Sorumluluğu*", s. 79.

ten kaynaklanan somut zarar olarak sözgelimi deprem sonucu çöken 30 yıllık bir bina esas alındığında, suç teşkil eden eylemin neticesinin gerçekleştiği tarih olarak, bu binanın inşa edildiği tarih mi yoksa doğal afetin gerçekleştiği ya da daha somut bir deyişle zararın meydana geldiği tarih mi esas alınacaktır? Bu bağlamda, neticenin gerçekleştiği ya da diğer deyişle zamanaşımının başladığı an olarak ilk olasılığın benimsenmesi hakinde, ceza adaleti sisteminin doğal afetlerden doğan zararların sorumluları karşısında hemen tamamen etkisiz ve işlevsiz kalacağı gerçeği tüm açıklığıyla ortaya çıkmaktadır.

Nitekim, depremin ardından ilk dönemlerde bina çökmesi sonucu ortaya çıkan yaralanma ve ölüm neticelerinin sorumluları hakkında TCK md. 383 uyarınca açılmış olan ceza davalarında, bu suçun tehlikenin doğduğu tarihte işlenmiş sayılacağı ve bu tarihin de kusurlu inşa edilen binalar için yapı kullanma izin belgelerinin alındığı tarih olduğu kabul edilmiş ve suçun işlenmesi (ve dolayısıyla zamanaşımının başlaması) anı olarak, bu belgelerin alınarak binanın kullanıma açılması tarihi esas alınmıştır. Bu durumun doğal sonucu ise, açılmış olan birçok davada, davanın 5 yıllık zamanaşımı süresinin dolmasından sonra açılmış olduğu gerekçesiyle davanın zamanaşımı nedeniyle ortadan kaldırılmasına karar verilmiş bulunmasıdır. Ancak, özellikle ilk derece mahkemeleri tarafından takip edilen bu hatalı uygulama, Yargıtay Ceza Genel Kurulu (YGCK) tarafından aşağıdaki gerekçeler ile ortadan kaldırılmış ve depremin ardından TCK md. 383 uyarınca açılan davalarda, suçun (neticenin) gerçekleşmesi ve zamanaşımının başlangıç tarihi olarak, zararın meydana geldiği tarihin esas alınması yoluna gidilmiştir. YCGK, bu uygulamayı şu gerekçelere dayandırmış bulunmaktadır:

"TCY.'nın 383. maddesinin birinci fıkrasında yazılı, neticesi hareketten ayrı ve seçimlik suçlardan olan genel bir tehlikeyi içerecek biçimde tahribat ve musibete neden olma suçunun gerçekleşme anı, sonucun yani tahribat ve musibetin gerçekleştiği andır, başka bir deyişle, yapının genel bir tehlikeyi içerecek biçimde yıkılması halinde, yapının yıkıldığı andır. Bu nedenle suç tarihi de yıkılma (göçme-çökme) anıdır, ikinci fıkrada yazılı suç ise, genel bir tehlikeyi içerecek biçimde yıkılan binanın, yasada öngörülen yaralanma ya da ölüm sonucuna yol açtığı anda işlenmiş sayılır. Dolayısıyla, suçun nitelikli biçiminin oluşumu için zorunlu öğe olan, yaralanma ya da ölüm anı, ikinci fıkradaki suçun işlenme tarihi olduğundan, bu suç yönünden TCY.'nın 102. maddesinde öngörülen dava zamanaşımının da bu tarihten itibaren hesaplanması gerekir.[22]*"*

Yargıtay, bu haklı gerekçeleri ile deprem sonucu ortaya çıkan yaralanma ve ölüm neticelerinin sorumluları hakkında açılan davalardaki olası "otoma-

---

22 YCGK, 04.03.2002, E: 2002/314-K: 2003/15.

tik-toptan zamanaşımına uğrama" uygulamasını bertaraf etmiş olmak ile birlikte; bu karar, o güne dek açılmış olan davalarda izlenen bu hatalı uygulamanın kaybettirmiş olduğu zamanı geri kazandıramamıştır. Gerçekten, YCGK tarafından verilen bu karar, ilk dereceler tarafından gerçekleştirilen hatalı zamanaşımı uygulamalarının "bozma" yoluyla yeniden ilk derece mahkemelerine gönderilmesine ve bu mahkemelerde davaların yeniden görülmesine imkân sağlayan çok önemli bir "emsal karar" niteliği taşımasına karşın; bizzat bu kararın verildiği tarihte, kararın esas aldığı zamanaşımının başlangıcı anından 3 yıla yakın bir süre geçtiği ve yeni baştan görülmeye başlanacak olan bu davaların da hızla zamanaşımına doğru yol almakta olduklarına dikkat çekmek gerekir.

Nihayet, 17 Ağustos 1999 Depreminde çöken veya hasar gören kusurlu inşa edilmiş binalarda meydana gelen ölüm veya yaralanma neticelerinin sorumluları hakkında, ceza adaleti sisteminin mevcut yapısı içerisinde belki hiç istenmeyen ancak bilinen ve beklenen gün, 7.5 yıllık zamanaşımı süresinin dolması ile birlikte gelmiş ve TCK md. 383 uyarınca açılmış ve 17.02.2007 tarihine kadar kesin hükme ulaştırılamamış olan tüm ceza davaları, bu tarihten itibaren zamanaşımı nedeniyle ortadan kaldırılmıştır[23].

Bu gelişmeler çerçevesinde ortaya çıkan istatistikî sonuçlar ise tek kelimeyle ürkütücüdür ve ceza adaleti sisteminin, doğal afetlerden kaynaklanan zararların sorumlularının cezalandırılması noktasında nasıl derin bir zafiyet içerisine düşmüş olduğunu çok çarpıcı bir şekilde ortaya koymaktadır. Bu konuda, TMMOB Makine Mühendisleri Odası tarafından hazırlanan "**Türkiye'de Deprem Gerçeği Raporu**"na göre, Marmara depreminin ardından inşaat hatalarından dolayı çöken binalarda oluşan "ölüm ve yaralanmalara sebebiyet verme" suçlamasıyla yüklenicilere yaklaşık iki bin 100 dava açılmıştır[24]. Bu davalardan, 1800'ü gerek zamanaşımı kurumunun gerekse 1999 yılında çıkartılan ve kamuoyunda "Rahşan Affi" ya da "Şartlı Salıverme Yasası" olarak bilinen "23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun"un devreye girmesi nedeniyle cezasız kalmıştır. Geriye kalan 300 davanın yaklaşık 110'unda ceza mahkûmiyetine verilmiş, ancak bu cezaların büyük bir kısmı da erteleme kapsamına alınmıştır. Bu bağlamda, örneğin Sakarya ilinde açılmış olan 695 davadan yalnızca 5 tanesinde, Kocaeli ilinde açılmış olan 600 davadan yalnızca 12 mahkûmiyet kararı çıkmış, İstanbul'da ise açılan 600 davadan ise hiçbir mahkumiyet kararı alınamamıştır. Bir

---

23 Hukuk Sistemi Bu Sınavı Veremedi, *Milliyet*, 17.02.2007, http://www.milliyet.com.tr/2007/02/17/guncel/gun01.html.

24 Türkiye'de Deprem Gerçeği ve TMMOB Makine Mühendisleri Odası'nın Oda Görüşleri, İstanbul, 2010, s. 11. Raporun elektronik versiyonu için bkz. http://www.mmo.org.tr/resimler/dosya_ekler/8273773702779a0_ek.pdf.

mahkûmiyet kararı çıkmasına kesin gözüyle bakılan dava dosyalarında dahi, -Türk ceza adaleti sistemini kanatan bir başka yara olan- 4616 sayılı Kanun devreye girmiş ve açılan bu davalar neticesinde hiç kimse ceza almadan yargılamalar neticelendirilmiştir[25].

Sonuç:

Tüm bu açıklamalar çerçevesinde, Türkiye'de 17 Ağustos 1999 Depremi sonrasında yaşanan süreç bir bütün olarak değerlendirildiğinde, Türk ceza adaleti sisteminin, doğal afetlerin yol açtığı ölüm ve yaralanma neticelerinden sorumlularının yargılanması ve kusurları ile orantılı bir biçimde cezalandırılmaları noktasında başarısız bir sınav verdiği ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, aşağıda bu elim örneğin hukuk düzenine yaşattığı acı tecrübelerden dersler çıkartmak suretiyle benzer hataların bir kez daha tekrarlanmamasını sağlamaya yönelik somut öneriler ortaya konulacaktır.

Bir kere, deprem davalarının özellikle soruşturma evreleri irdelendiğinde, soruşturma evresinde yaşanan temel sorunun, çöken veya hasar gören binalardaki inşa kusurlarının ortaya çıkartılmasında yaşandığı tespit edilmiştir. Diğer bir deyişle, ölüm veya yaralanma neticelerinin meydana geldiği bir binaya ilişkin başlatılan ceza soruşturmasının başarısı, ilk elde, bu binada resmî standartlara uygun olmayan yetersiz ve eksik vasıflarda bir malzeme ve işçilik kullanıldığının, bizzat fiziksel deliller yoluyla tespit edilmesine bağlıdır. Bunun için, bir doğal afet sonrası hukuksal süreçte ilk ve en çok dikkat edilmesi gereken husus, "enkaz örnekleri"nin Cumhuriyet Başsavcılığı aracılığıyla ivedilikle tespit edilmesi ve muhafaza altına alınmasıdır. Bu açıdan, soruşturma sürecinde, hasar gören yerlerde ivedilikle inceleme ve tespit yapılmalı, zarar görenlere ve sorumlulara ilişkin tüm bulgular resmi bir tutanakla kayıt ve koruma altına alınmalıdır.

1999 Marmara Depreminde, zamanaşımı kurumunun bu denli can yakıcı bir sorun haline dönüşmesinde, özellikle görevli mahkemelerin yanlış tespiti ve suç tipinin hatalı vasıflandırılması gibi çok basit yanlışlıkların yol açtığı zaman kayıplarının çok önemli bir rolü olduğu tespit edilebilir. Bu açıdan, benzeri yanlışlıkların gelecekte tekrarlanmasını önlemeye yönelik olarak uygun tedbirler alınmalı ve davaların görüldüğü mahkemelerde farklı usul ve uygulamaların oluşmasını önlemek üzere yargı makamları arasında eş güdümü sağlamak üzere, salt usule aykırılıkları önlemeye yönelik bir koordinasyon modeli oluşturulmalıdır.

---

25 Deprem Davası İsyan Ettirdi, *Milliyet*, 17.02.2007, http://www.milliyet.com.tr/2007/02/17/guncel/axgun01.html.

Nihayet, deprem davalarının blok halinde zamanaşımına uğramalarına yol açan diğer bir temel etkenin ise, deprem davalarında başvurulan "resmi bilirkişilik" kurumu olduğu tespit edilmiştir. Gerçekten, o dönemde yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK md. 66'nın açık hükmü uyarınca, bilirkişi tayin yetkisinin yalnızca hakim ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısına ait bulunması nedeniyle, müşteki veya katılan tarafından özel denetim kurumlarına hazırlatılan ve inşaatların yapım kusurlarını ortaya koyan özel bilirkişi raporlarına mahkemeler tarafından itibar edilmemiştir. CMUK md. 66 uyarınca, hemen tüm deprem davalarında resmi bilirkişi olarak belirli üniversitelerin İnşaat Mühendisliği Fakülteleri'nin ilgili öğretim üyeleri tayin edilmiş ancak, bu öğretim üyeleri de, bir anda ortaya çıkan muazzam sayıdaki dava dosyasının keşif, inceleme ve rapor yazma yükümlülükleri altında adeta ezilmişlerdir. Bu durum, birçok davada bilirkişi raporlarının, hem çok uzun bir sürede hem de eksik ve yetersiz inceleme ile hazırlanması sonucunu yaratmış ve çoğu kez bu eksik ve yetersiz incelemeler, temyiz aşamasında bozma nedeni olmuştur. Bu açıdan, deprem sonrası hukuksal süreçte bilirkişilik kurumunun çok yavaş, yetersiz ve çelişkili işlemesi, zamana karşı yarışta büyük sorunlara yol açmış ve deprem davalarının zamanaşımına uğramasında başat bir rol oynamıştır. Bu nedenle, bu konudaki somut önerimiz, olası bir doğal afetin yıkıcı sonuçlarının eksiksiz bir şekilde tespit edilebilmesine yönelik olarak, önceden gerekli fizibilite çalışması yapılmak suretiyle, Adalet Bakanlığı ile gerekli altyapı ve uzmanlık birikime sahip kılınan bir kurum arasında bir resmî bir anlaşma yapılması ve bu şekilde Adlî Tıp benzeri tek bir resmî bilirkişilik kurumu belirlenmesi suretiyle, bu uzman kurumun resmî bilirkişilik konusunda yaşanan soruna hızlı, adil ve etkin bir çözüm üretmesinin sağlanmasıdır.

Hakikat Vs. Yasallık:

Hukukun Üstünlüğünü Benimseyen Bir Ülkede Hukuka Aykırı Olarak Elde Edilen Delillerin Aklanmasının Sınırları[*]

Prof. Dr. Stephen C. THAMAN[**]

Çeviren: Yrd. Doç. Dr. Hasan SINAR[***]

I. *Giriş*

"Hakikat" ve "Delil" kavramları, Orta Çağın sonlarından itibaren Kıta Avrupasında soruşturmaya dayalı ceza muhakemesinin yükselişe geçmesi ile birlikte, Batı Ceza Muhakemesi tarihinde kaçınılmaz bir şekilde birbirine bağlanmış bulunmaktadır. Soruşturma usulü öncesi dönemlerde, gelenekler ve hukuk mesleği ile ilgisi olmayanlardan oluşan ilk mahkemeler tarafından ulaşılan adaletin, belki yankesiciler ve eli kanlı saldırganlar gibi kaderleri zaten önceden zalimâne bir şekilde çizilmiş olanlar ile ilgili davalar dışında, çoğu kez gerek hakikat gerekse delil ile çok az ilişkisi vardı. Mağdurlar (mağdurun ailesi veya klanı) ve fail arasında barışın tesis edilmesi hususu ise, düellolar ve failin suçsuzluğu üzerine şahadet edenlerle kutsal işkenceciler arasındaki yemin verme/verdirme mücadelelerinin yaşandığı o çağda, "gerçekte neler olduğunun" hassas bir şekilde saptanması karşısında mutlak bir önceliğe sahipti. Hatta jüriler ve jüri mahkemeleri *(Schöffengerichte)* bu ilkel prosedürlerin yerini aldıktan sonra dahi, bunlar, suçlanan kişinin topluma geri dönüp dönmeyeceği ve eğer dönecekse bunun hangi koşullarda gerçekleşeceği konusundaki değerlendirmede, delillerin incelenmesi ve hakikatin saptanmasından, çok daha fazla rol oynamaktaydı.

---

[*] Bu makalenin ilk versiyonu (Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, Jör Arnold et al eds. 2005)'de yayınlanmıştır. Yazarı tarafından daha sonra geliştirilerek güncellenen makalenin güncellenmiş versiyonu, yazarının özel izni ile Türkçeye çevrilmiştir.

[**] Prof. Dr., Saint Louis University, School of Law, Professor of Criminal Law and Criminal Procedure Law.

[***] Yrd. Doç. Dr., İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.

Delil ile hakikat arasındaki bağlılığın birbirine lehimlenmesi ve bu bağlılığın toplumda, insani duyarlılıkları geliştirerek, hatalı olduğu ileri sürülen davranışlara ilişkin çatışmalara üstün gelmesi ise, Ceza muhakemesinin "bilimselleşmesi" ve meslekten olmayan yargıçlarla, ilkel karar verme biçimlerinin ortadan kalkarak, delillerin toplanması ve muhafaza altına alınmasını esas alan "hakikati aramaya yönelik" soruşturma yetkileri ile donatılmış profesyonel yargıçların, bunların yerini alması suretiyle gerçekleştirilmiş bulunmaktadır. Elbette, soruşturma usulünün yükselişe geçmesi ise, yerel hükümet ve çatışma çözümü mekanizmaları tarafından boyun eğmek zorunda bırakılan kilise ve devletin merkezî yetkilerinin ihtiyaçları tarafından dikte ettirilmiş bir durumdur. Hükümetlerin mahkemeleri vasıtasıyla ispatlamaya yöneldikleri "hakikatleri" ise genelde, halen merkezî yetkilerin egemenliği altında kalan konularda ve çoğunlukla kendiliğinden sürdürülen mitler ve kurgulardır : Bu sisteme tartışmalı da olsa hayat veren suçlar ise, yalnızca tanıklar veya (aslında hiç olmayan) mağdurlar tarafından yeterli bir şekilde ispatlanması mümkün olmayan; fakat, mağdurlar, suçlananlar, hukukçular veya kamuoyu tarafından hiç karışılmaksızın; sadece hukuk bilimini (yoksa büyücülüğü mü) gizlice öğrenmiş yargıçlar tarafından ispatlanması gereken, Devlete veya Dine karşı işlenen suçlardır.

Fakat, Avrupa Kıtasında soruşturma usulüne geçilmesinin egemenlik kazanmış olması, delil elde etmedeki gelişmelere ve profesyonel karar verilme sürecinin artan kararsızlığına karşın, yine de, cezaî uyuşmazlıklarının çözümünün insanileştirilmesi anlamını taşımamıştır. Aydınlanma düşünürleri, aksine, bu dönemde hukuk sistemini yönetenler tarafından gerçekleştirilenlerin, aynı dönemdeki tüm suçları işleyen ortak suçluların yol açtıklarından daha fazla terörü ve insanlık dışı işlemleri yarattığından şikayet ederler. Bu çağda, Avrupa tarihindeki herhangi bir başka dönemde olduğundan çok daha fazla masum insan, çoğunlukla yasal işkence ve işkence tehdidi yoluyla mahkum edilmiş ve ölüm cezasına çarptırılmıştır. Bu durum ise, açık ki, eski dönemde toplumun hukuk temsilcileri tarafından yönetilen gelenek hukukunun rasyonel olmayan yöntemleri neticesinde, o dönemde muhtemelen çok sayıda gerçek suçlunun beraat ettirilmiş olmasına bir tepki olarak ortaya çıkmıştır.

Çok şükür ki, o karanlık günler (hemen tüm ülkelerde) çok geride kalmıştır. Resmî işkence kurumu, Avrupa'da 18. yüzyılın sonları ile 19. yüzyılın başlarında ortadan kaldırılmıştır. Bununla birlikte, Kıta Avrupası'nda yaşanan siyasal sarsıntılar, çoğu ülkeleri resmî hukuksuzluğun derecesine bağlı olarak, mutlak monarşist polis devletinin uç sınırları ile liberalizm arasında bir yerlere savurmuştur[1]. Bir ülkede, hukukun üstünlüğü ilkesi altında ileri

---

1 İspanya'da, liberalizm dönemleriyle, değişmez bir şekilde uyumlu (ve bazıları diğerlerinden daha başarılı olan) girişimlerle jüri yargılaması sisteminin kabul edilmesi ve buna karşın, monarşik tepkilerle bu sistemin yürürlükten kaldırılması. Bkz. Ley

sürülen tüm savların izleri ise, Rusya'da Bolşevizm'in, Almanya'da Nazizm'in ve onun müttefikleri olan İtalya'da Faşizm ile İspanya'da Frankoizm'in yükselişi ile silinmiştir[2].

1945 yılından sonra İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ve son olarak BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin yürürlüğe girmesi ise, hükümet baskılarına karşı bireylerin haklarının korunması amacıyla, işte bu dehşet günlerine bir tepki olarak ortaya konulmuş gelişmelerdir. 20. yüzyılın ilk yarısının karanlığından çıkan ülkeler, devletin şiddet ve keyfiliğine karşı yurttaşların korunmasını esas alan yeni anayasalar yürürlüğe koymuşlardır. Tiranlık rejiminden kurtulan ülkelerin anayasaları ise, normal olarak, en gelişmiş koruma mekanizmalarını içeren anayasalardır: Bu açıdan, 1949 tarihli İtalyan ve Alman anayasaları ile 1978 tarihli İspanyol anayasası ve son olarak, Sovyet egemenliğinden çıkan ülkelerin 1989-1991 tarihli anayasaları karşılaştırılabilir.

Benzeri bir anayasalar patlaması ve ceza muhakemesi reformu süreci bu kez 1990'ların Latin Amerika'sında; on yıllarca hüküm süren ancak, soğuk savaşın hemen ardından, solcu hareketlerin zalimce yok edilmesi şeklindeki temel amaçlarından birine artık gerek kalmadığı için hizmetine artık ihtiyaç duyulmayan Amerikan sponsorluğundaki diktatörlüklerin ortadan kalkmaları ile yaşanmıştır.

Amerikan ve İngiliz deneyimleri ise biraz daha farklıdır. Elbette, İngiltere'nin bir faşizm deneyimi olmamıştır ve benzersiz geleneği nedeniyle, yurttaşlarının spesifik haklarını belirleyen yazılı bir anayasası veya haklar bildirgesi de mevcut değildir. Ceza davalarında, suçlanan kişiye sağlanan haklar ise, geçmişteki davalarda yargıçlar tarafından verilen kararlardan oluşan *Common Law*'un birer ürünüdürler. Amerikan deneyiminin ise bundan daha farklı özellikleri bulunmaktadır. 1791 tarihli Amerikan Haklar Bildirgesi, Ana Ülkenin baskıcı ve keyfi yasaları altında ezilen bir toplumun, küçük hükümetlerinin günlük hayatlarına mümkün olduğunca az müdahale etmesi yönündeki isteklerinin bir sonucudur. Bu nedenle, bu bildirgenin amacı, yeni Federal hükümetin, yeni Birliği oluşturan 13 eyaletteki yurttaşların özgürlüklerini etkileyebilecek yasalar çıkartmasını sınırlamaktır.

Fakat, Birleşik Devletler'deki hemen tüm ceza davaları zaten Eyalet mahkemelerinde görülmektedir. Eyaletlerin, her biri benzeri hakları içeren kendi

---

Orgánica 5/1995, de 22 de Mayo, del Tribunal del Jurado, BOE de 23 de mayo de 1995, "Exposición de Motivos" I, cited in LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL Y LEGISLACIÓN COMPLENTARIA (17th ed. 2002), tecnos, Madrid, at p. 623-24.

2 Almanya'da 12 yıllık Nazi yönetimi boyunca büyük çoğunluğu ıvır zıvır suçlardan dolayı uygulanan korkunç rakamlardaki ölüm cezaları için bkz. INGO MÜLLER, FURCHTBARE JURISTEN 135-74 (1989).

anayasaları bulunmakla birlikte, anayasalarda bu hakların yorumlanması şekli, Federal Haklar Bildirgesi'nin kontrolünün ötesine taşan şekilde çeşitlilik arz etmektedir. Elbette, İç Savaş'ın 1865 yılında sona ermesine değin, Eyalet veya Federal hükümet yasalarında ne olursa olsun, Afrika-Amerikalı *(zenci)* kölelerin hiçbir hakkı yoktu. Ancak ki, 1865 yılında Amerikan Anayasası'na 14. Ek'in yürürlüğe girmesi ile, Eyaletlere özgürleşmiş köleler de dahil olmak üzere hiç kimsenin olağan yasal süreçten yararlanma hakkının *"due process of law"* inkar edilmemesi yükümlülüğü getirilmiş ve bu bağlamda, Birleşik Devletler Federal Yüksek Mahkemesi, (özellikle Güney Eyaletlerindeki) Eyalet mahkemelerinde siyah Amerikalılara yönelik kötü muamelenin önlenmesi noktasında bir manivela etkisi yaratmıştır. Bununla birlikte, Federal Mahkemenin, eyalet mahkemelerinde suçlanan kişinin "olağan yasal sürecin ihlali" anlamında özgür iradesinin, işkence ve benzeri zorlayıcı taktiklerle çökertilmesi suretiyle ulaşılan ceza mahkumiyetlerini, bozmaya başlaması ise ancak 1930'lu yıllardan sonra gerçekleşmiştir. Aynı Federal Yüksek Mahkeme, bu kez kendi alt mahkemelerindeki ceza adaleti yönetimlerinde ise, tuhaf bir şekilde, çok daha yüksek standartlar benimsemiştir. Daha 1914 yılında, Yüksek Mahkeme, Federal yetkililer tarafından anayasanın 4. Eki'ne aykırı olarak elde edilen delillerin kullanılması noktasında, bu delillerin dışlanması kuralı *(exclusionary rule)* getirmiştir. Bu kural ile işaret edilen sorunlar ise son derece açıktır:

> *"Ülkede ceza yasalarını uygulayanların yasadışı el koymalar ve zorla elde edilen ikrarlar yoluyla mahkumiyet kararına ulaşma eğilimleri vardır; ki, bu zorla alınan ikrarlar, çoğu kez suçlanan kişilerin, Federal Anayasa tarafından güvence altına alınmış haklarının yok edilmesi şeklindeki haksız uygulamalara tabi tutularak elde edilmektedir. Bu durum, her dönemde anayasanın desteği ile görev başında bulunan bu mahkemelerin kararlarında hiçbir yaptırım ile karşılanmamalıdır ve her toplumsal mevkide bulunan insanın bu gibi temel hakların sürdürülebilmesi amacıyla temyize başvurma hakkı bulunmaktadır.[3]"*

Ancak 1948 yılındadır ki, Federal Yüksek Mahkeme, makûl olmayan arama ve el koymalar ile, bunlar üzerine inşa edilmiş olası bir sebep veya açık bir tariften yoksun olan yerlerin aranması veya bu nitelikteki eşyaya el konulması yetkilerinin, anayasanın 4. Eki'ndeki korumaya aykırı olduğuna ve bu durumun eyaletler için bağlayıcı olduğuna ve yine ancak 1961 yılında ise, 4. Ek'in ihlali suretiyle elde edilen delillerin, eyalet düzeyinde bir ceza davasında kullanılamayacağına karar vermiştir[4].

---

3 Weeks v. United States, 232 US 383 (l9l4)

4 20. yüzyılın erken dönemlerinde Birleşik Devletler Federal Yüksek Mahkemesi, ne yazık ki, delillerin toplanmasına ilişkin daha yüksek standartları, yargılama yetkilerinin çok küçük bir bölümünü ceza davaları için ayıran federal mahkemeler hakkında karar vermiştir.

Ceza davalarında soruşturma usulü ve hüküm vermeye ilişkin olanlar da dahil olmak üzere, Birinci kuşak insan hakları güvenceleri, Kıta Avrupası'nda, 20. yüzyılda yaşlı Kıtanın başına bela olan faşist, komünist ve diğer diktatörlükler ve polis devleti uygulamalarına bir karşılık olarak yerleşmiş bulunmaktadır. Latin Amerika'da sonraki gelişmeler ile birlikte, suçlanan kişiye güvence getiren koruma mekanizmaları, yalnızca, *devletin ceza davalarında gerek soruşturma ve gerekse kovuşturma evrelerindeki yetkilerinin sınırlanması* olarak görülebilir. Öte yandan, Birleşik Devletlerde ise, 1960'lı yıllarda Başyargıç Earl Warren'ın liderliğinde Federal Yüksek Mahkeme kararları ile ortaya konulan yeni koruma alanları ise, 1950'lerdeki Medenî Haklar Hareketi ile 1960'larda Amerika'nın güneyinde *apartheid* rejiminin ilga edilmesi ve ceza adaleti yönetiminde ırkçılık nedeniyle ortaya çıkan bölgesel adaletsizliklerin düzeltilmesini sağlamaya yönelik bir karşılık olarak ortaya çıkmıştır. Yinelemek gerekirse, buradaki hedef, *ceza davalarında polisin ve hükümetin gerek soruşturma gerekse hükmün verilmesi sürecine ilişkin yetkilerinin sınırlandırılmasıdır.*

Bu bağlamda, hukuka aykırı delillerin dışlanması kuralı mutlaka irdelenmelidir. Bu makalede, dışlama kuralları ile ilgili en kritik iki konu üzerinde durulacaktır:

(1) polisin, şüpheli ve sanığa suçunu ikrar ettirirken yasayı ihlal ettiği haller ve

(2) polisin delilleri toplarken, bir kişinin anayasal güvence altına alınmış olan, evindeki mahremiyet hakkını veya özel görüşmelerini ihlal ettiği haller.

İkrar, sorgulamaya dayalı sistemlerin egemen olduğu dönemde (ve halen pek çok ülkede) *delillerin kraliçesi* olarak adlandırılır. Bunun yanında, sorgulama altındaki bir insanın saygınlığının ihlal edilmesi olgusunun en fazla gösterildiği delil şeklini oluşturmaktadır. İkrar elde etmenin en kötü yöntemleri olan işkence, tehdit ve benzeri zorlamalar, bütün medeni ülkelerde yasaklanmış olup; bu yasak aynı zamanda, belirtilen şekilde elde edilen ifadelerin meyvelerine de uzanan otomatik bir dışlama kuralı ile de birleşmektedir. Bununla birlikte, şüphelinin özgürlüğünün daha zekice ortadan kaldırılması anlamını taşıyan polis gözaltındaki sorgu ise, halen pek çok hukuk sisteminde varlığını korumakta, ancak bu tarz bir sorgu için, şüpheliye susma hakkının ve müdafi yardımından yararlanma hakkının önceden açık bir şekilde bildirilmesi zorunluluğu aranmaktadır. Halen çok az hukuk sisteminde polis sorgusunun müstakilen *"per se"* suçlanan kişinin özgürlüğünü yok eden zararlı bir durum olduğunu ve bu nedenle bu tarz bir sorgunun bizzat kendi meyvelerini geçersiz hale getireceğini söyleyebilecek kadar ileri gidilmiştir. Aşağıda, hangi noktaya kadar, sözde *Miranda* korumalarının ihlali suretiyle elde edilen ikrar açıklamalarının delil olarak kabul edilebile-

ceği ve yine hangi noktaya kadar bu tarz açıklamaların meyvelerinin, yine de ilerideki soruşturmalarda veya suçların kanıtlanmasında delil olarak kullanılabileceği sorununa değineceğiz.

Bir kimsenin evinde, özel iletişiminde, mektupları üzerindeki mahremiyet hakkı, Amerikan kolonistleri ve ana vatan için, kendi aleyhine suç isnat etmeme imtiyazı kadar değerliydi. Mahremiyet hakkının modern insan hakları belgelerinde ve anayasalarda adeta kutsallık kazanması, biraz da, polis devletleri ve totaliter diktatörlükler de mahremiyet alanının çok vahim şekillerde ihlal edilmiş olmasının bir eseridir. Soğuk savaş döneminin popüler totaliter karşıtı romanları olan, George Orwell'in *"Bin Dokuz Yüz Seksen Dört"* ve Aldous Huxley'in *"Cesur Yeni Dünya"* isimli romanları, bu durumun birer kanıtı olarak gösterilebilir.

Her ne kadar, modern anayasalar ve insan hakları sözleşmeleri, aramalar, el koymalar, gizli dinlemeler yoluyla eve yapılan müdahale için ancak bir yargıç tarafından[5] yetkilendirmiş olmayı gerekli görseler de, eski Sovyet bloku ülkeleri Savcılık makamında bulunan arama, el koyma ve gizli dinleme yetkilerinin mahkemeye devredilmesi konusunda bir hayli yavaş davranmışlardır. Fakat, mahkeme tarafından yetkilendirmenin arandığı yerlerde bile, bir çok ülke halen anayasal hakların ihlali yoluyla elde edilen delillerin, hakları ihlal edilen kişiyi ve başkalarını mahkum etmek üzere kullanılmasına cevaz vermektedir. Bu makalede, bir yargıç tarafından, olası sebep gerekliliğinin ihlali ile elde edildiğine karar verilen delillerin, ya mahkemenin yasanın uygulanmasının medenî haklar karşısındaki önceliğinin saptanması şeklindeki takdiri ya da gecikmesinde sakınca bulunan haller nedeniyle bu gereklilikten kaçınılmasına izin verilmesi durumlarında, bu şekilde elde edilen delillerin, ceza muhakemesinde hangi noktaya kadar kabul edilebilir olduğu üzerinde durulacaktır.

Sonuç olarak, modern demokrasiler, sözde suçlulukla savaş adı altında, devlet tarafından yapılan sistematik insan hakları ihlalleri ile yurttaşlarının insanî saygınlığına ve mahremiyetine ilişkin haklarını hayata geçirmede ciddi bir yetersizlik içerisindedirler ve bu durum, bahse konu devletlerin "hukukun üstünlüğü" iddialarını ciddi şekilde çürütmektedir.Bu konuda, özellikle maddî hakikatin önceliği iddiasında olan soruşturma-sonrası usulü benimseyen ve ceza adaleti sisteminde nadiren anayasal statü verilen mükemmeliyetçi soruşturma ilkesini, kendi aleyhine ifade vermeme imtiyazı üzerindeki anayasal korumaları, insan olmanın onurunu, bir kimsenin evindeki mahremiyet hakkını ve kanunilik ilkesi ile hukukun üstünlüğünü ege-

---

5 2001 Patriot Kanunu ile bu kurala önemli istisnalar getirilmiştir. Bkz. Stephen C. Thaman, *Patriot Act: L'impatto Dell'11 Settembre Sulla Procedura Penale Americana,* **Revista Ultima Ratio,** Vol. 0, 135, at pp. 137-44.

men kıldığı iddiasındaki ülkelerde ironik bir çifte standardın varlığını tespit edebiliriz. Şöyle ki, bu ülkelerin pek çoğunda, jüriler güvenilir olmadıkları nedeniyle elimine edilmekte ve bu durum ise, esas itibarıyla, meslekten olmayanlara özgü ortak sağduyuları gereğince, inandıkları "adil" sonuçlara ulaşabilmek için gerektiğinde yazılı pozitif hukuku görmezden gelebilmelerini dahi sağlayan örtülü bir güce sahip bulunmalarından kaynaklanmaktadır[6]. Aynı zamanda, bu konuyu inceleyen herkes, profesyonel yargı organlarının genellikle, bir suçu soruşturan devlet görevlilerinin, soruşturma sırasında hukuksuz eylemlerini göz önüne almaksızın suç işleyen herkesin mutlaka mahkum edilmesi, şeklindeki nihaî amaçlarına ulaşabilmek için evrensel olarak benimsenmiş insan hakları güvencelerini ayaklar altına alan "yeni yazılı olmayan anayasal ilkeler" yarattıkları sonucuna rahatlıkla ulaşabilir.

Bu makale, ilk olarak, hukuka aykırı olarak toplanan delillerle ilgili olarak genel dışlama kuralları üzerinde duracaktır. Bu şekildeki bir dışlama kuralı, halen pek çok ülkede anayasal bir hak olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Diğer bazı ülkeler ise, bu konuda ceza muhakemesi kanunlarında bir düzenleme getirmişlerdir. Nihayet, üçüncü bir grup ülkeler ise, hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin kullanılıp kullanılmamasına karar verilmesi ile ilgili olarak genel bir içtihat hukuku oluşturmuşlardır.

Bir kez bu genel yaklaşımlar tartışıldıktan sonra, çalışmada, ilk olarak, hukuka aykırı olarak elde edilen ikrarlarla ilgili dışlama kuralı incelenecektir. Bu bağlamda, acaba (işkence dışındaki yollarla) baskı yaparak ikna, tehdit, hile ve hukuka aykırı vaatlerle elde edilen ikrarlar, irade dışı kabul edilerek, kullanılmalarına izin verilmezken; soruşturma organları tarafından, bu şekilde elde edilen ifadelerin "meyveleri"nin, sözgelimi bu ifadelerle ulaşılan yeni delillerin veya tanıkların ...vb. da, şüpheliye karşı kullanılıp kullanılamayacağı ise halen bir soru işaretidir[7]. Şüpheliden alınan ikrarın (sözde *Miranda* hakları uyarınca) susma hakkının ve müdafi yardımından yararlanma hakkının bulunduğu bildirilmeden alınmış olup olmamasına göre daha hassas bir analize tabi tutulması gerekmektedir. Aşağıda bu "hak"kın anayasal bir değeri olup olmadığı ile bu kuralın ihlalinin bizzat ifadenin kendisini baskı altına alıp almadığı ve polisin bu kuralın ihlali yoluyla alınan ifadeyi başka delilleri ortaya çıkarmak için kullanıp kullanamayacağı konularını tartışacağız.

---

6 Bu gücün, ispata ilişkin delillerin dışlanması ile nasıl bir benzerlik gösterdiği konusunda bkz. Daryl Brown, *Nullification Within the Rule of Law*, **81 Minn. L. Rev. 1149, 1175 (1997)**.

7 Bu anlamda, insanî saygınlığın ihlal edilmesine cevaz verilmesini gerektirecek bir "gecikmesinde tehlike olan hâl" olabilir mi, ve eğer olabilirse, bu şekilde elde edilen bilgi, bizzat ihlale maruz kalan kişiye karşı kullanılabilir mi? Yine, bu şekilde elde edilen delil, üçüncü kişiye karşı da kullanılabilir mi?

Sonrasında ise, mahremiyet hakkı ve özellikle bu hakkın en önemli iki ihlal biçimi olan: konutun aranması ve konutta bulunanlara el konulması ile konut veya benzeri özel alanlarda gizli dinleme yapılması konuları üzerinde duracağız. Yine, bu hakların göreceli önemi bağlamında, mahkemelerin uygulamaları ile ilgili olarak: (1) ceza davalarında, fiziksel delillerin ve özel görüşmelerin, bizzat mahremiyeti ihlal edilen kişiye karşı kullanılıp kullanılamayacağı ve; (2) bunların, o an için mahremiyet hakları ihlal edilmeyen kişilere karşı kullanılabilirliği ile; (3) bu ihlallerin meyvelerinin diğer şüpheli veya sanıklara karşı kullanılabilirliği, konuları irdelenecektir.

Son olarak ise, aşağıdaki önemli anayasal ilkeler ve ceza muhakemesi ilkeleri ile dengeli veya bunlara öncelik veren uluslar arası yaklaşımların kısa bir değerlendirilmesi yapılacaktır :

Kendi aleyhine suç isnat etmeme imtiyazı, insan onurunun korunması, mahremiyet ve kişiliğini geliştirme hakkı, bir yandan polisin hukuksuz işlemlerinin yasaklanması ve olağan yasal süreç hakkı ile hukukun üstünlüğüne bağlı devlet ilkesi ve diğer yandan ise, maddî hakikat ilkesi ile devletin yurttaşlarını (mağdurları) koruma görevi. Yazara göre, buradaki denge, arada sırada bir suçlunun cezadan kurtulması ve hatta seyrek de olsa mağdurun, kendisini mağdur eden kişinin cezalandırılması yönündeki isteğinin tatmin edilememesi sonucunu yaratsa dahi, yukarıda belirtilen son derece önemli değerler bütününün korunması lehinde olmalıdır[8].

II. Hukuka Aykırı Olarak Elde Edilen Delillerin Dışlanması Rejiminin Genel İlkeleri

A. Hukuka Aykırı Olarak Elde Edilen Delillerin Dışlanmasına İlişkin Anayasal İlkeler

Totaliter, otoriter veya diktatöryel rejimlerin pençesinden kurtularak, demokratikleşme yoluna giden ülkelerde yürürlüğe konulan bir dizi modern anayasada, kolluk görevlileri tarafından hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin kullanılması yasağına anayasal bir statü verilmiş bulunmaktadır. Örneğin 1993 tarihli Rusya Federasyonu Anayasası'nın 50(2). Maddesine göre: "Adaletin gerçekleştirilmesinde Federal hukuka aykırı olarak toplanan delillerin kullanılmasına izin verilmez"[9]. Rusya ve Gürcistan Anayasalarının,

---

8 Çoğu ülkelerde yasadışı arama ve gizli dinlemelerin ezici çoğunluğu, halihazırda somut bir mağduru olmayan, sözgelimi uyuşturucu madde kaçakçılığı suçları, kara paranın aklanması, genel organize suçlar gibi suçlarda ortaya çıkmaktadır. Buna karşın, itiraf elde edilmesi ise, genellikle gerçek mağdurlarla ilişkili davalarda söz konusudur.

9 Aynı zamanda bkz. Gürcistan Anayasası'nın 42(7) maddesi.

eğer lafzına bakarak yorumlanırsa, kuralların ihlali niteliğindeki işlemlerin hangi teknik araçlarla gerçekleştirildiğinin, mutlak dışlama karşısında bir önemi olmadığı sonucuna varılır. Bu nedenle, söz konusu anayasal dışlama kuralının kapsamını, yalnızca "somut-maddî" ihlaller veya anayasal düzeyde korunan alanı etkileyebilecek olan ihlaller ile sınırlamak yönünde bazı girişimlerde bulunulmuştur[10]. Benzer anayasal dışlama kuralları, Latin Amerika anayasalarında da bulunmaktadır[11]. Dışlama kurallarının anayasallaştırılması eğilimi şeklinde bir genel karakteristiği ortaya koymak için, belki henüz çok erken olsa da; bu kuralların sıkıca bağlandığı bu ülkelerde, özellikle ihlal edilen hakkın anayasal bir hak olduğu durumlarda, konunun anayasal değeri, dengenin dışlamadan yana kayması için ciddi bir argüman oluşturmaktadır.

Kanada Haklar ve Özgürlükler Bildirgesi bir dışlama kuralı içermek ile birlikte, bu kuralı, duruşma yargıcı tarafından ihlalin ciddiyetinin tartılması şeklinde bir çerçevede ele almıştır; buna göre; "mahkeme, bir delilin, bu Bildirgede güvence altına alınmış hak veya özgürlüklerden birine zarar veren veya yadsıyan bir biçimde elde edildiğini ortaya çıkartırsa; bu durumda, tüm şartlar göz önüne alınarak, bu delilin kabul edilebilir bulunması halinde ceza adaleti sistemini zarar görebileceği sonucuna ulaşılması durumunda, delil mahkeme tarafından dışlanacaktır[12]".

Dışlama kurallarına karşı anayasal önemi varsayan bir düşünce ise, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde güvence altına alınanlarının dışında kalan başkaca önemli haklara ilişkin olarak, bu Sözleşme dışı hakların ağır ihlalleri şle elde edilen deliller için dahi, delillerin dışlanması kuralını istikrarlı bir şekilde reddeden Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarında görülebilir. Schenk vs. İsviçre davasında, Mahkeme, yasadışı kaydedilmiş bir telefon görüşmesi ile ilgili olarak:

"Sözleşmenin 6. maddesinde "adil yargılanma hakkı" güvence altına alınırken, bu noktada delillerin kabul edilebilirliğine ilişkin kurallar belirlenmiş değildir, bu nedenle, bu konudaki esaslar öncelikle ulusal hukuk düzenleri tarafından tespit edilmelidir[13]." Mahkemenin, hukuka aykırı delillerin

---

10 Bkz. I.B. Mikhaylovskaia in Lidiia B. Alekseeva et al, Sud prisiazhnykh: posobie dlia sudey 43 (1994).

11 Örneğin Kolombiya Anayasası'nın 29. maddesi, olağan yasal sürecin ihlali yoluyla elde edilen delillerin mutlak geçersizliği kuralını getirmektedir. Oscar Julián Guerrero Perralta, *Colombia*, in Las Reformas Procesales Penales en América Latina 206 (Julio B.J.Maier et al eds. 2000). AD-HOC. Buenos Aires. *Ayrıca bkz.* Brazil, Fauzi Hassan Choukr, *Brasil,* Las Reformas Procesales Penales en América Latina 124, 136 (Julio B.J.Maier et al eds. 2000). AD-HOC. Buenos Aires.

12 § 24(2) Can. Charter of Rights and Freedoms

13 Schenck v. Switzerland, 13 E.H.R.R. 242 (1988) ¶ 46.

dışlanması sorununu incelemeyi reddetme yönündeki bu eğilimi, İngiltere ve Galler'de mahkeme kararı olmaksızın yapılan bazı gizli dinlemeler ve polisin kullandığı benzer gizli soruşturma tekniklerini mahkum ettiği bir dizi kararda da kendisini göstermektedir[14]. Allan v. Birleşik Krallık davasında, mahkeme *Schenk* kararına da atıf yaparak, "Prensip olarak, belirli delil çeşitlerinin – örneğin hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin – bir davada kullanılabilir olup olmadığına veya başvurucunun suçlu olup olmadığına karar vermek, mahkemenin görevi değildir. Burada yanıtlanması gereken soru, delillerin nasıl elde edildiği de dahil olmak üzere, bir bütün olarak muhakemenin adil yapılıp yapılmadığıdır. Bu durum ise, "hukuka aykırılık" sorununun ve Sözleşmede güvence altına alınan diğer haklara ilişkin olarak, ihlalin yapısının incelenmesini kapsamaktadır[15]."

B. Hukuka Aykırı Olarak Elde Edilen Delillerin Dışlanmasına İlişkin Normatif Kurallar

1. Soruşturmaya Dayalı Ceza Muhakemesinde "Hükümsüzlük"

Kıta Avrupası ceza muhakemesinde, delillerin toplanması noktasında yapılan belirli yanlışlıklar, bu delillerin duruşmada kullanılmasını engelleyen, bir "hükümsüzlük" geleneğinin doğmasına yol açmıştır. Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre, "Bu Kanundaki veya ceza muhakemesine ilişkin bir başka düzenlemedeki bir hükmün içerdiği somut bir kuralın tanınmasında, bu kuralın uygulandığı tarafın menfaatlerinin ihlal eden bir hata yapılması durumunda, "hükümsüzlük" söz konusu olur.[16]" "Hükümsüzlüğün" bir sonucu olarak, "geçersiz kılınan işlem veya belgeler soruşturma dosyasından kaldırılır ve Temyiz Mahkemesi yazı işlerinde dosyalanır". Ayrıca, "Geçersiz

---

14 Khan v. United Kingdom, 31 E.H.R.R. (2000); Armstrong v. United Kingdom (7.16.02); Taylor-Sabori v. United Kingdom (10.22.2002); Allan v. UK (11.5.02), ¶ 42; Hewitson v. UK (5.27.03).

15 42 Allan v. United Kingom (11.5.02). Burada, mahkeme tarafından açık seçik ortaya konulan bu testin, Kanada Haklar Bildirgesi'nin § 24(2) maddesinde ihlalin ağırlığına ilişkin analiz yapılmasına verilen izin kuralı yönünden, nasıl okunması gerektiğini not etmek gerekir. Kanada Yüksek Mahkemesi, § 24(2) maddesinin, yargıca bir takdir yetkisi değil; ancak önüne ulaşan delillerin kötü ununun bir sonucu olarak, bunlara ilişkin bir kullanılmasına izin verme veya tam aksine dışlama şeklinde bir karar verme görevi getirmektedir. Buna göre: "Delillerin dışlanıp dışlanmamasına ilişkin karar, E'nin özellikleri, Bildirgedeki hangi hakkın ihlal edildiği, ihlalin yalnızca teknik mi yoksa ciddi bir ihlal mi olduğu, kasıtlı mı yoksa kast olmaksızın mı gerçekleştirildiği, delilin herhangi bir olayda toplanmış olabilip olamayacağı, suçun ciddi olup olmadığı, delilin iddianın kanıtlanması yönünden zorunlu olup olmadığı da dahil olmak üzere "tüm koşulların" gözönünde bulundurulmasına bağlıdır." Queen v. Collins, 33 C.C.C. (3d) 1, 12 (1987).

16 § 171 CMK (Fransa).

kılınan işlem veya belgelerden ya da bunların bir kısmından tarafların aleyhine olan herhangi bir bilginin çıkartılması yasaktır ve böyle bir durumda avukatlar veya yargıçlar hakkında disiplin muhakemesi söz konusu olabilir[17]."

Soruşturma-sonrası sistemlerde, delil özelliği taşıyan bir belgenin dosyadan çıkartılması, - soruşturma dosyası özellikle duruşma aşamasında kabul edilebilir delillerin özel deposu olma özelliği taşıdığı için - genellikle, bu delillerin duruşmada mutlak kullanılamaz olduğunun açıklanması ile eşdeğer nitelik taşır[18]. Fransız ceza muhakemesi sistemi, güçlü bir "uzak etki" *(Fernwirkung)* kuralını ifade etmek suretiyle, hukuka aykırılığın ürünü olan bütün delillerin dışlanmasını gerektirir görünmektedir. Bu durumun, uygulamada hangi noktaya kadar işlerlik kazandığı ise tartışmalıdır. Kanun tarafından getirilen hükümsüzlük halleri (*nullités textuelles*) dışında, § 171 CPP'deki maddi hükümsüzlük halleri *nullités substantielles,* içtihat hukuku yoluyla özel menfaatleri etkileyen hükümsüzlük halleri ve kamu düzenini etkileyen hükümsüzlük halleri olarak ikiye ayrılmış bulunmaktadır[19]. Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu'na 1993 yılında yapılan eklemelerin ardından, hükümsüzlük mahkeme tarafından ancak "etkilenen tarafın menfaatlerini etkilenmesi" durumunda tanınacaktır[20].

Bir soruşturma işlemine ilişkin belgeli bir delilin soruşturma dosyasından kaldırılması ile ilgili olarak, **belirli bazı açıklamaların yapılması da gerekmektedir.** Açıktır ki, eğer belge halen dosyada bulunuyorsa, duruşma yargıcı bu belgenin içeriğinden haberdar olacak ve bu durum davanın karara bağlanmasını etkileyebilecektir[21].

1988 tarihli İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu, "usule ilişkin işlemleri düzenleyen hükümlere riayetsizliğin ancak kanun tarafından gösterilen hal-

---

17 § 174(3) CMK (Fransa).

18 Yazılı duruşma sisteminin halen egemen olduğu, sözgelimi Hollanda ve Fransa'daki ceza mahkemelerindeki duruşmalarda, belgeler, tarihsel bir kural olarak, ceza muhakemesi kanunundaki kurallara uygun olarak hazırlanmış olmaları kaydıyla, okunabilirler. Ancak bu durum, şimdilerde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, yazılı belgelerin duruşmada okunmasının, örneğin Sözleşmenin 6. maddesini ihlal edebileceği yönünde geliştirdiği içtihat hukuku nedeniyle değişmektedir. Bkz. Delta v. France, 16 E.H.R.R. 574 (1993) and discussion in STEPHEN C. THAMAN, COMPARATIVE CRIMINAL PROCEDURE: A CASEBOOK APPROACH 125-35 (2nd ed. 2008)

19 JEAN PRADEL, PROCÉDURE PÉNALE 596-99 (9th ed. 1997)

20 § 802 CMK-Fransa (Metin alınmamıştır)

21 Örneğin, Almanya'da, belge halen dosya içerisinde kalmakta ve hüküm sebepleri içerisinde gösterilmese dahi, yargıçların verdiği hükmü pekala etkileyebilmektedir. Craig M. Bradley, *The Exclusionary Rule in Germany*, 96 HARV. L. REV. 1032, 1063-64 (l983).

lerde bir hükümsüzlük nedeni olur" şeklinde bir "hükümsüzlük" düşüncesini tanımaktadır[22]. İtalyan Kanunu, Fransız Kanunu ile aynı terminolojiyi kullanarak, bazı hükümsüzlükleri kamu düzeni *(ordine generale)* ile ilgili olarak tanımlamakta ve mahkemelerin yargı yetkisine ilişkin olanlar ile, davanın savcı tarafından başlatılması ve bu çalışmanın amacı bağlamında "suçlanan kişinin yasal temsilcisinin müdahalesi ve yardımı" ile mağdur tarafa ilişkin, ihlallerin bir listesini yapmaktadır[23]. Müdafi talebinde bulunan bir şüpheliye müdafi atanmaması gibi, genel düzene ilişkin bazı hükümsüzlük halleri, "mutlak" olarak değerlendirilir, bunların telafisi mümkün değildir ve mahkeme tarafından re'sen -*sua sponte*- göz önüne alınır[24]. Diğer kategoriyi oluşturan "nisbî hükümsüzlük" hallerinin ise, taraflarca hazırlık soruşturması sırasında ileri sürülmesi gerekir, aksi takdirde bunlar Temyiz (Kasasyon) aşamasında bozma sebebi olamazlar[25]. Nisbî hükümsüzlükler, bu durumdan etkilenen tarafının, hükümsüzlüğü ileri sürme hakkından feragat etmesi ile ortadan kalkabileceği gibi, yasayı ihlal eden resmî görevli tarafından da düzeltilebilirler[26]. Son olarak, hükümsüzlüğün açıklanması, hukuka aykırı işlemin "meyvelerini" de kapsayacaktır: "Bir işlemin hükümsüzlüğü, açıklanan hükümsüzlüğe bağlı olarak, sonrasında yapılan işlemleri de hükümsüz hale getirir[27]".

2. Mutlak Dışlama Kuralları

2001 tarihli Rusya Federasyonu Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (RFCMK), hukuka aykırı delillerin dışlanması konusunda, Rusya Federasyonu Anayasası'nın 50(d) maddesindeki mutlak ifade tarzı aynen benimsenmektedir[28]. Benzer şekilde, 1988 tarihli İtalyan CMK'nda, "yasanın belirlediği

---

22 § 177 CMK-İtalya

23 § 178 CMK-Italya. Müdafi talebinde bulunulamaması.

24 § 179 CMK-Italya.

25 § 181 CMK-İtalya.

26 § 183 CMK-İtalya.

27 § 185(1) CMK-İtalya. Bir "hükümsüzlüğün" açıklanması, "muhakemenin, hükümsüz kılınan işlemin gerçekleştirildiği aşamaya veya düzeye geri çekilmesi"anlamını taşır. § 185(3) CMK-İtalya'ya göre, bu geri çekme, "delili etkileyen hükümsüzlükler" bakımından uygulanmaz. § 183(4) CMK-Italya. § 206 CMK-Fransa'ya göre, soruşturma makamı (*chambre de l'instruction*), "onayına sunulan prosedürlerin intizamı"nı incelerken, "bir hükümsüzlük sebebi keşfederse, bu halde, bu hükümsüz işlemden etkilenen tarafa bu durumu ve varsa, bu işlemin sonucu olan gizli usuli işlemlerin tamamını veya bir kısmını bildirmek yükümlü" olacaktır. Bu durum, "meyvelerin" dışlanması olasılığını da içermektedir. PRADEL, *supra* note 19, at 604-05.

28 § 7 RFCMK : Bu Kanundaki normların, ceza muhakemesi sürecinde yargıç, savcı, soruşturmacı, soruşturma organları veya makamı tarafından ihlal edilmesi durumunda, bu şekilde elde edilen delillerin kabul edilmezliği sonucu ortaya çıkar.

yasakların ihlali yoluyla elde edilen deliller" yönünden bir "kullanılamazlık" yaptırımı sağlanmakta ve bu yaptırımın, mahkemesinin her aşamasında *ex oficio* ileri sürülebileceği ifade edilmektedir[29].

3. Ciddi (Anayasal) İhlallere İlişkin Dışlama Kuralları

İspanyol Kanunu'nun, mahkeme erkine ilişkin § 11.1. maddesi, delillerin dışlanması veya kullanılamazlığına yol açan delil çeşitleri ile ilgili bir sınırlama getirmektedir. Buna göre, "Temel hak ve özgürlüklerin doğrudan veya dolaylı olarak ihlali suretiyle elde edilen deliller, geçersizdir[30]".

4. Mahkemenin Takdir Yetkisine İzin Veren Dışlama Kuralları

İngiltere ve Galler'de yürürlükte olan 1984 tarihli PACE'nin § 78. maddesi: "(1) Bir kovuşturmanın yürütülmesi esnasında, mahkeme tarafından, delilin ne şekilde elde edildiği de dahil olmak üzere tüm koşullar göz önüne alındığında, elde edilen delilin kabul edilmesinin, mahkemenin bu delili redddetmesini gerekli kılacak şekilde kovuşturmanın âdil olma özelliğine gölge düşürecek olması durumunda, mahkeme, iddia makamının ileri sürdüğü bu delile dayanılmasına izin vermeyi reddedebilir.

(2) Bu bölümdeki hiçbir düzenleme, mahkemenin delili dışlamasını gerektiren hukuk kurallarını ihlal edemez." PACE'nin § 78. maddesi ile yargıca verilen takdir yetkisi, öğretide, polisin eylemlerinin yasallığına ek olarak itibar edilebilecek, (suçun ciddiliği, kolluk görevlilerinin iyi niyeti, delillerin türü ve güvenilirliği, destekleyici delillerin varlığı, yasadışılığın ve ihlal edilen hakkın biçimi gibi)gereğinden fazla faktörü içermesinden dolayı "geniş ve belirli bir yapıdan yoksun" olarak tanımlanmaktadır[31]. Bununla birlikte, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), bu belirsizliğin, AİHS'nin 6 maddesindeki "âdil olma" gerekliliğine aykırı olmadığını kabul etmiş gibi görünmektedir. AİSH'nde güvence altına alınan hakların ihlali yoluyla toplanan delillerin mahkumiyete ulaşmak için kullanıldığı bir yargılamanın "âdil" olup olamayacağı hususu ise, Mahkeme'nin dışlama kuralını 6. maddenin bir parçası olarak tanımayı reddetme noktasındaki farklı yöndeki kararları karşısında oldukça şüphelidir[32].

---

29 § 191 CMK-İtalya. Aşağıda İtalyan uygulamasının, hukuka aykırı delillerin dışlanmasına ilişkin bu açık kuralı, hükümsüzlük halleri ile ilgili daha geleneksel yaklaşımlara ilişkin olarak ne şekilde yorumladığını inceleyeceğiz.

30 § 11.1 Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley de Enjuiciamiento Criminal y otras normas procesales 252 (10th ed. Julio Muerza Esparza ed. 2005)

31 David Ormerod, *ECHR and the Exclusion of Evidence: Trial Remedies for Article 8 Breaches?*, [2003] Crim. L. R. 61,64.

32 Örneğin, Khan kararı ile zıt yönde ortaya çıkan Loucaides kararında: "âdil olma"

5. Mahkeme Tarafından Üretilen Genel Dışlama Kuralları

Alman hukukunda, genel olarak Anayasal veya yasal düzeyde, delillerin dışlanması veya kullanma yasağı konusunda normatif bir kural bulunmamakla birlikte, Federal Yüksek Mahkeme, duruşma (ilk derece) mahkemesi tarafından üstlenilen karmaşık bir dengeleme süreci sonrasında delillerin dışlanmasına karar vermiştir.

> "Delil kullanımının yasaklanıp yasaklanmayacağı yönündeki karar, ayrıntılı bir dengeleme temelinde verilmelidir(...). Etkilenen tarafın hukuken korunan alanının önemi kadar, yapılan usule ilişkin ihlalin ağırlığı da dikkate alınmalı ve dengenin sağlanmasında bu durum da gözetilerek, hakikatin ne pahasına olursa olsun soruşturulması şeklinde bir anlayışa gidilmemelidir(...). Diğer yandan, kullanma yasaklarının, hakikatin ortaya çıkartılması olasılıklarını engellediği de göz önünde tutulmalıdır(...) ve devlet, adaletin gerçekleşmediği bir düzende de işlev görebilen süje olarak, Anayasa Mahkemesinin içtihatları doğrultusunda, adaletin yönetilmesini anayasal olarak güvence altına almalıdır(...). Eğer ihlal edilen usulî hüküm, herşeyden önce, sanığın korunmasına hizmet etmiyorsa, bu takdirde, delil kullanımının yasaklanması olası olmayacaktır. Diğer yandan, ihlal edilen usulî hükmün, ceza muhakemesinde zanlının ya da sanığın usulî konumunun tesis edilmesini güvence altına almak üzere tasarlanmış bir düzenleme olması durumunda ise, delil kullanımının yasaklanması gerekli ve uygundur[33]."

Ancak, yapılan ihlalin, önem itibarıyla, delil kullanımını yasaklayan nitelikte olması, sözgelimi suçluluğu ispatlayan günlük kayıtlarına el konulması ve bunların kullanılması yoluyla kişiliğe ilişkin menfaatleri ihlal edilmesi durumunda bile, mahkeme, delillerin dışlanıp dışlanmayacağı konusunda bir karar vermeden önce, işlendiği ileri sürülen suçun ağırlığını değerlendirmek ve bu değerlendirmenin sonucuna göre bir karar vermek zorundadır.

> "Eğer suçlama daha az ağırlıklı ise, bu takdirde, yazarın, yazdıkları üzerindeki kişiliğe ilişkin menfaatleri genelde daha ağır basacaktır. Yaşam hakkına yönelik ciddi bir saldırının, diğer önemli hukukî menfaatlere

---

kavramı, AİHS bağlamında incelendiğinde, hukukun üstünlüğünün gözetilmesi anlamını taşır ve bu nedenle, Sözleşme'de düzenlenen haklara saygı duyulduğunu önceden varsayar. Yargılamanın hukukun ihlali şeklindeki bir davranışla gerçekleştirilmesi durumunda, burada kimse "adil yargılanma"dan söz edemez". PACE'nin § 78. maddesi'ndeki "âdil olma" standardının belirsizliği konusunda bkz. Richard Mahoney, *Abolition of New Zealand's* Prima Facie *Exclusionary Rule*, [2003] Crim. L. Rev. 607, at 610.

33 BGHSt 38, 214, 218-22. İngilizce tercümesi için bkz. THAMAN, COMPARATIVE CRIMINAL PROCEDURE, *supra* note 18, at 111.

veya devlete ya da hukukî düzene karşı ciddi bir saldırının gerçekleştirilmesine ilişkin olası sebep davalarında ise, özel yaşam alanının korunması önemsizleşir. Buradaki dengeleme işlemi; anayasal hakkın öneminin ışığı altında ceza kovuşturmasındaki menfaati göz önüne alırken, yine bu hakka uygun şekilde yasaya aykırı hareketin yargılanabileceği alanın kapsamını da, göz önüne alarak gerçekleştirilmek zorundadır[34]."

Avustralya Yüksek Mahkemesi de, hhhukuka aykırı olarak elde edilen delillerin dışlanabilirliğine karar verilmesine ilişkin olarak, bi genel dengeleme testi biçimlendirmiş bulunmaktadır. Mahkeme bu değerlendirmede, polisin kötüniyetli olup olmadığı, delilin önem derecesi, suçun viddi olup olmadığı ve uygulanacak olan yasayla uyumlu olup olmadığı hususlarını gözönüne almak durumundadır[35]. Avustralya Yüksek Mahkemesi'nin sonraki bir kararında da yine dışlama konusu irdelenmiş ve "mahkemenin dürüstlüğünün sürdürülmesindeki kamu yararının ve hukuku uygulayıcı güçlere tevdi edildiği üzere, asgari standartlara uyulmasının ve hukuka riayet edilmesinin sağlanmasının" gerektirmesi durumunda, dışlamanın zorunlu olduğu belirtilmiştir[36].

2002 yılında Yeni Zelanda Temyiz Mahkemesi, "suçun ciddiyeti" ve "delillerin önemi"ni de içerir şekilde bir dizi kriter üzerine inşa edilmiş ve böylece duruşma yargıcına geniş bir takdir yetkisi tanıyan, çok faktörlü bir "âdil olma" testini uygulamaya başlamıştır. Bu test, daha önce 1992 yılından beri uygulanan ve hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin kabul edilemeyeceğini varsaymakla birlikte, bu varsayımın iddia makamı tarafından çürütülebildiği[37], daha sert bir *prima facie* testin, yerini almış bulunmaktadır. Gerek artık uygulanmayan *prima facie* teste, gerekse yeni "âdil olma" testine göre, delillerin dışlanmasının nedeni, "ihlal edilen hakkın korunması"[38] olup; yoksa, Birleşik Devletler Anayasası'nın Dördünce Eki'ndeki dışlayıcı kuralda olduğu gibi, "polisin hukuka aykırı davranmaktan caydırılması" değildir[39].

---

34 BGHSt 19, 325,331. İngilizce tercümesi için bkz. THAMAN, COMPARATIVE CRIMINAL PROCEDURE, *supra* note 18, 113.

35 Bunning v. Cross, (1978) 141 C.L.R. 54, zikreden Craig M. Bradley, Mapp *Goes Abroad*, 52 CASE WESTERN RES. L. R.375, 380 (2001).

36 Ridgeway v. the Queen, (1995) 184 C.L.R. 19,38, cited in Bradley, *Mapp Goes Abroad*, at 380. Mahkeme, kararını oluştururken, "yasadışı polis eyleminin doğasını, önemini ve etkilerini" ve ayrıca bu eylemin "polis amirlerinin veya soruşturma makamı tarafından "cesaretlendirilmiş veya hoşgörüyle karşılanmış" olup olmadığını değerlendirecektir. Bu değerlendirmede, zanlıya yapılan haksızlık çok az bir ağırlığa sahiptir. *Id.*

37 *Shaheed* [2002] 2 N.Z.L.R. 377, CA, zikreden Mahoney, s. 607, dipnot 32.

38 *Id.* s. 610.

39 United States v. Leon, 468 U.S. 897 (1984).

Avrupa mahkemeleri arasında, özellikle İspanyol mahkemeleri, yasalarında yer alan mutlak dışlama kurallarının getirdiği buyruklara en fazla saygı gösteren yargı organları olarak ön plana çıkmaktadır. Bu gün, İspanyol öğretisinde, hukuka aykırı olarak elde edilmiş delillerin davaya sokulmasının gerek masumiyet karinesini, gerek silahların eşitliği ilkesini ve gerekse adil yargılanma hakkını ihlal ettiği kabul edilmektedir. Hukuka aykırı olarak elde edilen deliller belki masumiyet karinesinin zayıflatılmasına hizmet etmez, ancak, bir tarafın (iddia makamının) hukuk ihlali yapmasına izin verilmesi, muhakemede silahların eşitliği ilkesini ihlal eder ve böylece muhakemeyi âdil olmaktan da çıkartır[40].

Amerikan içtihat hukukunda, dışlama kurallarının önemine ilişkin en bilinen söylem, federal yetkililerin gizli dinleme yoluyla bir Washington eyalet yasasını ihlal etmeleriyle ilgili bir davada,Yargıç Louis Brandeis'in kaleme aldığı karşı oy yazısında ifadesini bulmaktadır:

"Hükümet yetkilileri, yurttaşları yönetirken uymaları gereken aynı davranış kuralları, terbiye, güvenlik ve özgürlük gibi benzer talepleri içerir. Hukuka bağlı bir hükümette, hukukun vicdani bir şekilde gözetilememesi durumunda, o hükümetin varlığı mutlak surette tehlikeye düşer. İster iyiliğe, ister kötülüğe yönelsin, hükümet icraatları ile, bütün insanlarına ile bir şeyler öğretir. Suç bulaşıcıdır. Ve hükümetin, yasadışı dışı eylemlere girişmesi ise, hukukun aşağılanmasını sonucunu yaratır, bu durum her yurttaşı kendi yasasını koymaya çağırır ve anarşiyi açıkça davet eder. Ceza hukukunun yönetilmesinde, neticeye ulaşmanın, kullanılan araçları meşru kıldığını ilan etmek -- hükümetin, adi bir suçlunun mahkumiyetini sağlayabilmek için kendisinin suç işleyebileceğini ilan etmek -- korkunç bir cezanın hak edilmesidir. Bu mahkeme, işte bu zararlı öğretiye karşı azimli bir kararlılıkla karşı durmalıdır[41]".

Yargıç Oliver Wendell Holmes'in karşı oy yazısı ise, en az bir önceki kadar doğrudan ifadeler içermektedir:

"Bu noktada bir seçim yapmalıyız ve benim düşünceme göre, hükümetin onursuz tarafı oynamasındansa, bazı suçluların cezası kalmaları, daha yeğlenebilir bir kötülük olur. Eğer mevcut yasalar, bölge avukatlarının kirli işlere bulaşmalarına izin vermiyorsa, aynı yasalar, yargıçların da, başarıya ulaşabilmek için benzer adaletsizliklere göz yummalarına izin vermez." (...) "Bana göre, Anayasanın ihlali yoluyla elde edilen delillerin dışlanmasının

---

40 Bu konuda bkz. İspanyol Anayasa Mahkemesi'nin 26 Mart 1996 tarihli kararı, BJC 180, 133, atg 137-38, İngilizce tercümesi için bkz. THAMAN, COMPARATIVE CRIMINAL PROCEDURE, *supra* note 18, at 115-17.

41 Olmstead v. United States, 277 US 438, 468 (l928), Brandeis'in karşı oy yazısı.

sebebi, mantıksal olarak, kolluk güçlerinin suç işleyerek elde ettikleri delilin dışlanmasına öncülük etmek, gibi görünmektedir.[42]"

III. HUKUKA AYKIRI İKRARIN VE İKRARIN MEYVELERİNİN DIŞLANMASI

A. Gönüllü Olmayan İkrarlara İlişkin Kurallar

İşkencenin bir delil elde etme aracı olarak kullanılması Avrupa'da çok uzun yıllar önce ortadan kaldırılmış ve işkence, diğer zalimane ve insanlık dışı muamelelerle ile birlikte, ulusal anayasalar[43] ve uluslar arası sözleşmelerde[44] yasaklanmıştır. Bu yöntemlerle alınmış bir ifadenin ise, tüm uygar ülkelerde dışlanması esası benimsenmiştir. Bu sonuçla, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (StPO) § 136a maddesi, kötü davranma, bitkin bırakma, fiziksel müdahale, madde yönetimi, işkence, hile kullanma, hipnoz, kurallara aykırı önlemlerin uygulanacağı tehdidi veya kanunda yer almayan bir menfaatin sağlanacağı vaadinin kullanılmasını yasaklamaktadır. Kanun ayrıca, kendi dışlama kuralını da içermektedir[45]. Yeni Rusya Ceza Muhakemesi Kanunu, güç kullanılmasını ve işkence veya diğer acımasız veya aşağılayıcı muameleyi yasaklamakta ve genel olarak "ceza muhakemesinde süjelerin onurunu aşağışayan ve insan onuru ile bağdaşmayan veya kişinin hayatı ve sağlığı yönünden tehlike yaratan muameleler şeklindeki davranışların gerçekleştirilmesi ve kararların alınması" yasağı getirmektedir[46].

Bu noktada, bizi ilgilendiren husus, güç kullanımı, tehdit hile veya hukuka aykırı vaatler ile zanlının iradesi dışında elde edilen ifadenin "meyvelerinin", soruşturulmakta olan suçta ve başkalarına karşı işlenen suçların soruşturulmasında kullanılıp kullanılamayacağıdır. **İngiliz Common Law kurallarına göre, ikrarın, onu gönülsüz kılan araçlar yoluyla elde edilmesi halindeki kabul edilmezliğinin, bu ikrarın sonucu olarak elde edilen diğer delillerin kabul edilebilirliği üzerinde hiçbir etkisi**

---

42 277 U.S. s. 470, Holmes'in karşı oy yazısı.

43 *Bkz* Md. 15, İspanyol AY; Md. 13(44), 27(2) İtalyan AY; Md. 21(2) Fransız AY.

44 Md. 57 İnsan Hakları Evrensel Bildirisi; Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi; İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme Md. 7. Bu metinlerin tamamı için bkz, M. Cherif Bassiouni, The Protection of Human Rights in the Administration of Criminal Justice: A Compendium of United Nations Norms and Standards 21-39 (1994). European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Art. 3.

45 Benzer kurallar İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu'nun § 64(3). Maddesinde de yer almaktadır.

46 Rusya Ceza Muhakemesi Kanunu md. § 9.

yoktur[47]. Örneğin, zorlama yoluyla elde edilmiş bir ikrarın güvenilmezliği, bu ikrar üzerine elde edilmiş fiziksel bir delili de lekeleyemez[48]. Birleşik Devletler Federal Yüksek Mahkemesi'nin bu konudaki ilk kararları, yukarıdaki mantığı takip etmekle birlikte; olağan yasal süreç teorisinin giderek gelişmesi ve bu şekilde elde edilen ikrarların, yalnızca güvenilmezlik değil ancak aynı zamanda polisin kullandığı sorgulama yöntemlerinin hukuka aykırılığı[49] gerekçesiyle de baskı altına alınmasının sonucu olarak, mahkeme, ikrarın meyvelerinin kabul edilebilirliğini de sorgulamaya başlamıştır. Ancak bugün itibarıyla, Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi'nin bu konuya ilişkin pozisyonu halen belirsizliğini korumaktadır[50].

Diğer yandan, Kaliforniya'da bir mahkeme, üçüncü bir kişi aleyhine suçlayıcı bir açıklama yapmaya ve bu üçüncü kişiye karşı tanıklık yapmaya zorlanan reşit olmayan bir tanığın açıklamalarına, zanlının, reşit olmayan tanıkla ilgili yasadışı polis işlemine karşı çıkmadığı gerekçesiyle izin vermiş-

---

47 Her ne kadar "gönülsüz" ikrarların kullanılmasıyla ilgili, bu ikrarın işkence, tehdit veya vaadlerle elde edilip edilmemesine göre 18. yüzyıl başlarından beri kabul edilen bir yasak bulunsa da - R. v. Warickshall, 1 Leach 263, 264, 163 Eng. Rep. 234, 235 (O.B. 1783) - ; bu yasak, belirtilen şekilde elde edilen itirafın meyvelerini de kapsar şekilde genişletilmemektedir. John H. Langbein, Origins of Adversary Criminal Trial 218-29 (2003).

48 Wayne R. LaFave et al, Criminal Procedure 519 (3rd ed. 2000). Zorlama yoluyla elde edilen ikrarın kabul edilmezliği yalnızca, kanıtsal gerekçelere değil, ancak aynı zamanda bu şekildeki bir ikrarın güvenilir olmamasına da dayanmaktadır. Hopt v. People of Territory of Utah, 110 U.S. 574 (1884).

49 Yargıç *Frankfurter*'in ifadesiyle: "Eyalet ceza duruşmalarında, gönülsüz sözlü ikrarların kullanılmasının anayasal açıdan uygunsuz olması, bunların yalnızca güvenilmez olmaları nedeniyle değildir. Olağan süreç ilkesi uyarınca, bu şekildeki bir ikrar kapsamında yapılan açıklamalar, bağımsız olarak doğru bile olsalar, bunlar bir bütün olarak yine de kabul edilemez. Zorlama yoluyla elde edilen ikrar, toplumun dürüst ve adil olma duyusuna karşı işlenen bir suçtur. Rochin v. California, 342 U.S. 165, 173 (1952). Yine aynı yargıç Watts v. Indiana, 338 U.S. 49, 55 (1949) davasında görüşlerini şu şekilde yinelemektedir: "Olağan süreç ilkesi, polisin kullandığı usullerle, bizim suçların kovuşturulmasına ilişkin kullandığımız yasal suçlama yöntemlerine ilişkin en temel özellikleri ihlal etmesini ve bu şekilde, özellikle kullandıkları usullerin meyveleri yoluyla, ulaşılan mahkumiyete gölge düşürmelerini engellemektedir.Biz olağan süreç ilkesini, bir kişinin özgürlüğün sınırlanması veya hayatının elinden alınması kararı verilmeden önce düzgün yöntemlerle yargılanması, şeklindeki tarihsel tarihsel işlevine uygun olarak uygularız."

50 LaFave et al, *dipnot* 48, s. 519. *LaFave et al,* bu gibi gönülsüz itirafların tüm meyvelerinin, çok katı bir şekilde dışlanması gerektiğini savunmaktadır. *Id*. Eğer olağan süreç ışığında yapılan analize göre, bu itirafı oluşturan açıklamaların "gönülsüz" olmadığı sonucuna ulaşılması durumunda, bu itirafın "meyvelerinin" dışlanmaması gerektiğine işaret eden bir karar için, *Bkz.* Oregon v. Elstad, 470 U.S. 298 (1985).

tir[51]. 2001 yılında Afganistan'ın işgal edilmesi ve Taliban ve benzeri örgütlerin militanlarının, Amerikan hükümeti tarafından yakalanarak Küba'daki Guantanamo Deniz Üssü'nde hapsedilmelerinin ardından, bu kişilere Taliban veya El Kaide'nin üst düzey yetkilileri hakkında askeri veya başka konulara ilişkin olarak bilgi toplamak amacıyla, en azından zor farkedilen işkence ve benzeri zorlama yöntemlerinin uygulandığı, hükümet yetkilileri tarafından üstü kapalı olarak kabul edilmiştir[52]. Nitekim, bir Alman hukuk öğrencisine karşı Almanya'da görülen bir dava, bu konuyu yeniden gündeme taşımıştır[53].

B. Sözde *Miranda* İhlallerini İzleyen Açıklamaların ve "Meyvelerin" Dışlanması

Pek çok Avrupa ülkesinde, polis tarafından alınan kişilerin, henüz ifadeleri alınmadan önce, müdafi yardımından yararlanma hakları ve yine sessiz kalma (susma) hakları konusunda uyarılmaları gerekliliğini benimsemiş bulunmaktadır[54]. Birleşik Devletler Federal Yüksek Mahkemesi, bir dönüm noktası niteliğindeki 1966 tarihli *Miranda vs. Arizona*[55] kararında, bu tarz bir uyarıda bulunma yükümlülüğünü, şüphelinin "gözaltında" olması ile sınırlamış ve bu durumu "uygun güvenceler olmadan gerçekleştirilen gözaltındaki bir ifade alma işlemi, bizatihi şüpheliyi veya zan altındaki kişiyi doğal olarak baskı altında bırakan ve bireyi başka zaman olsa özgür iradesiyle asla davranmayacağı şekilde, karşı koyma iradesini azaltarak, onu konuşmaya zorlayan bir süreçtir" ifadeleri ile açıklamıştır[56]. Yasal düzenlemeyi[57] *Miranda* hakları ile birleştirerek yorumlayan Alman mahkemeleri, "uyarı yükümlülüğü" konusundaki koruma alanını, ifadesine başvurulan kişinin -göz altına alınsın veya alınmasın- bir suçun işlenmesinde şüpheli

---

51 People v. Badgett, 41 Cal.Rptr.2d 635 (Cal.App. 1995).

52 Bkz. Scott Shane, *Soviet-style "Torture" becomes "Interrogation,",* New York Times, June 3, 2007 http://www.nytimes.com/2007/06/03/weekinreview/03shane.html?_r=1&ref=us&oref=slogin

53 Bkz. Florian Jessberger, *Bad Torture—Good Torture?* in 3 J. Int'l Crim. Justice 1059-73 (2005) http://jicj.oxfordjournals.org/cgi/reprint/3/5/1059 Zorlama yoluyla elde edilen ikrarın sonucu olarak elde edilen tanık ifadesini kabul eden bir mahkeme kararı için bkz. BGHSt 34, 362, 364 (1987), cited in Thomas Weigend, *Germany*, in Criminal Procedure. A Worldwide Study 197 (Craig M. Bradley ed. 1999).

54 Karşılaştırmalı hukukta ülkelerin durumunu gösteren inceleme için, *bkz.* Thaman, Miranda in Comparative Perspective, 45 St. Louis U. L. J. 581 (2001).

55 384 U.S. 436 (1966).

56 384 U.S. at 467. İspanya'da da, uyarı yükümlülüğünün yalnızca şüphelinin göz altına alındığı durumlarda söz konusu olduğu görülmektedir. İspanyol Ceza Muhakemesi Kanunu md. § 520(1)(a-c).

57 §§ 163(1)(4), 136(1) StPO-Almanya.

olarak nitelendirilebileceği her davaya uygulanması şeklinde genişletmiş bulunmaktadır[58]. Şu halde, uyarı yükümlülüğünü gerektiren durumlar yalnızca polis tarafından göz altına alınmadaki zorlamadan ibaret değildir. Alman Yüksek Mahkemesi'ne göre:

"Bir ceza kovuşturmasında, hiç kimsenin kendisi aleyhine tanıklık yapmaması ilkesi, aynı şekilde, herkesin sessiz kalma hakkına sahip olmasını ifade eder ve bu, ceza muhakemesinin evrensel olarak tanınmış ilkelerine dahildir(...). Bu durum,

Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 14(3g) maddesinde pozitif ifadesini bulmuştur(...). Sessiz kalma hakkının tanınması, insan onuruna duyulan saygının bir yansımasıdır(...). Bu hakkın tanınması, suçlanan kimsenin kişilik haklarının korunmasına hizmet eder ve adil yargılanma hakkının gerekli bir bileşenidir(...).[59]"

Çünkü *Miranda* hakları, Alman Yüksek Mahkemesi tarafından yorumlandığı üzere, "suçlanan kişinin usulî pozisyonunun oluşumunu sağlamak üzere tasarlanmışlardır" ve bu anlamda zanlının kişilik haklarının ve saygınlığının korunması amacına yönelirler; bu nedenle bu hakların ihlali halinde, elde edilen açıklamaların kullanılamazlığı sonucu ortaya çıkacaktır[60]. Her ne kadar, *Miranda* kararını veren mahkeme, söz konusu uyarı yükümlülüğünün, Birleşik devletler Anayasası'nın 5. Ek'inin[61] gereği olduğunu açıkça ifade etmişse de; Federal Yüksek Mahkeme yavaş yavaş *Miranda* uyarılarının anayasal statüsünü azaltmaya çalışmakta ve bir kere bunların meşruiyetini tartışmalı hale getirdikten sonra da, bu şekilde uyarı yükümlülüğünün ihlali yoluyla elde edilen açıklamaların, mahkemede kullanılabilir olması için istisnalar yaratma kurnazlığını sergilemektedir[62]. *Michigan v. Tucker*[63] kararında ise, Yargıç *Rehnquist, Miranda* uyarılarının yalnızca "usulî güvenceler" olduğunu, bunların esas itibarıyla "bizzat kendileri anayasa tarafından korunan haklar değil, ancak, kendi aleyhine suçlayıcı beyanda bulunmama hakkını sağlamaya yönelik tedbirler niteliği taşıdığını ve bu

---

58 BGHSt 38, 214, 218.

59 BGHSt 38, at 224-225. İngilizce tercümesi in THAMAN, COMPARATIVE CRIMINAL PROCEDURE, *dipnot* 18, s. 111.

60 BGHSt 38, at 218-22.

61 Çünkü Birleşik Devletler Federal Yüksek Mahkemesi'nin Eyaletlere, anayasal temele dayanmayan delil kuralları dikte etmek gibi bir yetkisi bulunmamaktadır.

62 Örneğin Harris v. New York, 40l US 222 (l97l) kararında, Yüksek Mahkeme *Miranda* haklarının ihlali yoluyla elde edilen açıklamaların, zanlının, bu yasadışı olarak elde edilen açıklamaların içeriğine aykırı olarak tanıklık yapması durumunda, kullanılabileceği yönünde hüküm tesis etmiştir.

63 417 U.S. 433 (1974).

nedenle *Miranda* haklarının ihlali yoluyla elde edilen ikrarın "meyvelerinin", ikrarda bulunan kişiyi mahkum etmek üzere kullanılabileceği"ne karar vermiştir[64]. *Oregon v. Elstad*[65] kararında ise Yargıç O'Connor, gerekli uyarılar usulüne uygun olarak yapıldıktan sonra elde edilen bir ikrarın, her ne kadar, daha önce *Miranda* haklarının ihlali yoluyla elde edilmiş önceki bir ikrarın "meyvesi" olduğu tartışmalı olsa da, kullanılmasına izin vermiştir. Bu tutumunu ise "Miranda dışlayıcı kuralı Anayasa'nın 5. Eki'ne göre çok daha geniş bir alanı süpürmektedir. Hatta bu durum, 5. Ek'in ihlalinin söz konusu olmadığı durumlarda dahi bu dışlayıcı kuralın uygulanmasına yol açabilmektedir" iddiası ile gerekçelendirmiştir[66].

2000 yılında ise Baş Yargıç *Rehnquist*, Yüksek Mahkeme'nin yetkisine meydan okuyan bir görüş değişikliği ile, daha önce değinilen *Tucker* kararındaki ve benzer kararlardaki, *Miranda* haklarının anayasal değere sahip olmadıkları şeklindeki savlarının tam aksi yönde bir görüş ortaya koyarak, *Miranda* haklarının kesinlikle Anayasanın bir gereği olduğuna hükmetmiş bulunmaktadır[67]. Bir kez bu hüküm verildikten sonra, bu kez, *Miranda*'nın ihlali yoluyla elde edilen ikrarlarının "meyveleri" kullanılarak haklarında mahkumiyet kararı verilmiş olan kişiler, *Tucker* kararı ile getirilen kuralın artık geçerli olmadığı iddiası ile temyiz yoluna başvurmuşlardır. Bazı mahkemeler *Tucker* kararı ile ulaşılan sonucun daha sonraki *Dickerson* kararı ile halen geçerliliğini koruduğunu ve *Miranda*'nın ihlali ile elde edilen ikrarın halen kullanılabilir olduğunu savunmuşlardır[68]. Diğerleri ise, ikrar sonucu elde edilen bilgi yoluyla suç konusu silaha ulaşılması örneğindeki gibi, *Miranda*'nın ihlali yoluyla elde edilen ikrarın meyvelerinin, bu ihlalin kasten gerçekleştirilmesi durumunda kullanılamayacağını ileri sürmüşlerdir[69].

---

64 417 U.S. at 444. Polisin, daha sonra duruşmaya çıkartılarak zanlı aleyhine tanıklık yaptırılan bir tanığın, kimliğine ilişkin bilgiyi hukuka aykırı bir ikrar yoluyla öğrenmesi.

65 470 US 298 (1985).

66 470 U.S. at 306. İkinci ikrarın kabul edilebilir olması için, bu ikrarların hiçbirinin "gönüllülük" esası üzerine kurulu olağan süreç testini, sözgelimi bir zorlamanın ürünü olmamaları, hile veya tehdit yoluyla elde edilmemiş olmaları vb...gibi, geçmeleri gerekir. *Id.* at 318.

67 Dickerson v. United States, 530 U.S. 428 (2000).

68 State v. Yang, 608 N.W.2d 703 (Wis. Ap. 2000) kararında, bir Wisconsin üst mahkemesi, ikrarın olağan süreç testine göre "gönüllü" olarak yapıldığının kabul edilmesi durumunda, *Miranda*'nın ihlali yoluyla elde edilen bu ikrarın sonucunda elde edilen bir silahın kullanılabilir bir delil olduğuna karar vermiştir. Cf. Taylor v. State, 553 S.E.2d 598 (Ga. 2001); State v. Walton, 41 S.W.3d 75 (Tenn. 2001); United States v. Sterling, 283 F.3d 216 (4th Cir. 2002); United States v. DeSumma, 272 F.3d 176 (3d Cir. 2001).

69 United States v. Faulkingham, 295 F.3d 85 (1st Cir. 2002).

Federal Yüksek Mahkeme'nin yakın zamanda çoğunlukla aldığı bir kararda ise, *Miranda*'nın taksirle ihlal edilmesi yoluyla ulaşılan "meyvelerin", mahkemelerde, yine de kabul edilebilir olduğu sonucuna ulaşılmıştır[70]. Benzer şekilde, bazı mahkemeler *Dickerson* kararından sonra, *Miranda*'nın ihlali yoluyla elde edilen açıklamaların meyvelerinin bir şekilde geçerli olduğu savıyla kullanılmasına izin verirken; diğer bazı mahkemeler ise *Miranda*'nın anayasal temellerinin, bu gibi ikrarları da kullanılamaz hale getirdiğine karar vermişlerdir.

İçtihat hukukunun, zanlılara haklarının bildirilmesi yükümlülüğünün ihlalinin bir "meyvesi" olarak elde edilen delillerin kullanılmasına izin vermesi nedeniyle; Birleşik Devletler polisi, *Miranda* uyarılarında bulunma yükümlülüğünü, soruşturmada bilgi toplamak üzere kendilerine yardımcı olacağı düşüncesiyle, mutat bir şekilde kasten yerine getirmemeye başlamıştır. Bazı mahkemeler, yine de bu açıklamalara, tanıklık yapan bir zanlının itham edilmesi aracı veya soruşturmaya yardımcı "meyveler" için bir kaynak olarak izin verirken[71]; diğer mahkemeler ise, polisin kasıtlı olarak kanunu ihlal etmesine karşı daha katı bir yaklaşım sergilemekte ve bu gibi hukuka aykırı sorgulamalar yoluyla elde edilen açıklamaları veya bunların meyvelerini kesin bir şekilde reddetmektedir[72]. Federal Yüksek Mahkeme, *Miranda* kurallarının kasten ihlali suretiyle alınan ifadenin "meyvesi"nin, usulüne uygun gerçekleştirilen *Miranda* ihtarlarından önce gelen ikinci bir ifade olduğu yakın bir tarihli davada, bu yaklaşımı uygulamıştır[73].

---

70 United States v. Patane, 542 U.S. 630 (2004).

71 People v. Peevy, 953 P.2d 1212 (Cal. 1998) (açıklamalar itham etmek amacıyla kullanılabilir).

72 California Attorneys for Criminal Justice v. Butts, 195 F.3d 1039 (9th Cir. 1999) (resmî görevlilere uygulamarı nedeniyle hukuk davası açılmasına izin verilmesi); State v. Sosinski, 750 A.2d 779 (N.J. App. 2000)(açıklamaların veya meyvelerinin kullanılamazlığı).Garvin v. Farmon, 258 F.3d 951 (9th Cir. 2001)(meyvelerin kullanılamazlığı). Mahkeme şu ifadeleri kullanmıştır: "Anayasa, usulüne uygun toplanmış deliller olmaksızın yapılmaya çalışıldığı gibi, hükümetin ihlal etmekte özgür olduğu bir kurallar bütünü değildir." People v. Neal, 72 P.3d 280(Cal. 2003) kararında, Kaliforniya Yüksek Mahkemesi, Miranda'nın ihlali yoluyla elde edilen açıklamaların, polisin şüpheliyi konuşması için ağır baskı altında tuttuğu ve hem sessiz kalma hem de müdafiiden yararlanma haklarını yok saydığı bir durumda, hiçbir amaçla kullanılamayacağına karar vermiştir. The Court distinguished the *Peevy* case, claiming the police conduct there was much less egregious. In State v. Knapp, 666 N.W.2d 881 (Wis. 2003), the Wisconsin Supreme Court held that *Dickerson* overruled the *Elstad* decision and that subsequent confessions which are "fruits" of *Miranda* defective confessions may no longer be used. The Missouri Supreme Court has ruled that the *Elstad* rule will not apply where the police intentionally violated *Miranda* in order to acquire the first statment. State v. Seibert, 93 S.W.3d 700 (Mo. 2002).

73 Missouri v. Seibert, 542 U.S. 600 (2004).

Şüpheliye sessiz kalma hakkının veya ifade ve sorgu esnasında müdafiden yararlanma hakkının bildirilmesinin gerçekleştirilememesinden doğan yansımalarla ilgilenirken, sözde *Miranda* haklarının anayasal değeri konusunun özel bir önem taşıdığı görülmektedir. Alman Yüksek Mahkemesi, bu uyarıların anayasal değerini tanımış ve uyarıların, suçlanan kişinin usulî statüsünün korunmasındaki öneminden dolayı, - bunlar olmadan alınan - ifadelerin kullanılamayacağı sonucuna ulaşmıştır. Ancak, delillere ilişkin bu yasaklama, gerek fiziksel delil gerekse sonraki ikrarlar formunda ortaya çıkabilen "ikrarın meyveleri"ne genişletilmemiştir[74]. § 11.1 LOPJ-İspanya ise, mahkemelerin uyarıları anayasal temele sahip bulmaları durumunda, gerek ikrarı gerekse "türetilmiş delilleri" açık bir şekilde dışlanacağını belirtmektedir[75]. Birleşik Devletler yargı içtihatlarında ise, uyarı yükümlülüğünün ihlali suretiyle alınan ifadelerin meyvelerinin, davada kullanılabilir olup olmadığına karar verirken, anayasal dayanak konusuna özel bir vurgu yapılmaktadır.

İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu ilk bakışta, polis sorgusu ile karşı karşıya kalan şüpheliye-zanlıya en kapsamlı korumayı sağlar gibi görünmektedir. Kişiler tarafından, adli polise veya yargıca yapılan, kendiliğinden gelen (spontan) ikrarlar bile, o kişi bir suç şüphesi ile sorgulanmıyorsa ise kullanılamamaktadır[76]. Şüpheliler sessiz kalma hakları konusunda ve söyleyecekleri her şeyin aleyhlerinde delil olarak kullanılabileceği bilgilendirilmelidir ve Kanun, bu uyarıların yerine getirilmemesi durumunda dışlama zorunluluğu getirmektedir[77]. Bununla birlikte, polisin, şüphelilerden, bu

---

74 THEODOR KLEINKNECHT ET AL, STRAFPROZESSORDNUNG 469 (note 20b) (43d ed. 1997).

75 Bununla birlikte, öğretide bazı yazarlar, *Miranda* ihlallerine rağmen delillerin yine de değerlendirilebilir olduğunu ancak yalnızca bunlara dayanarak mahkumiyet tesis edilemeyeceğini belirtmektedir. VICENTE GIMENO SENDRA ET AL., DERECHO PROCESAL PENAL 507 (1996) (Colex). Madrid.

76 §§ 63, 350(7) CMK-İtalya. Almanya'da ise, spontan ikrarlar, kişiye hiçbir yasal uyarıda bulunulmamış olsa dahi kullanılabilmektedir. BGH NJW 1990, 461, ayrıca mahkemeler, şüphelilerle, kendilerine haklar bildirilmeden önce fazlasıyla uzun "gayrı resmî" görüşmeler yapılmasına izin vermekte ve bu görüşmeler sırasında elde edilen bilgilerin delil olarak kullanılmasına cevaz vermektedir. BGH NBStZ 1983, 86. Called "informatorische Befragung". Weigend, *Germany, supra* note 53, at 200-201. Cf., RAIMUND BAUMANN & HARALD BRENNER, DIE STRAFPROZESSUALEN BEWEISVERWERTUNGSVERBOTE. 79 (1991)(Boorberg) (Stuttgart, Munich, Hannover).

77 § 64 CMK-İtalya. Her ne kadar bazı İtalyan mahkemeleri tarafından, sessiz kalma hakkının hatırlatılması yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin bir geçersizlik nedeni oluşturmayacağı kabul edilmiş ise de, C.Cass. VI, 11.12.91, öğretide bu mahkeme kararları tartışılmış ve bu yükümlülüğün yerine getirilmemesinin, delilin dışlanmasına yol açan genel düzene ilişkin bir geçersizlik oluşturduğu ileri sürülmüştür. Marilena Colamussi, *Interrogatorio dell'imputato ed omesso avvertimento della facoltá di non respondere*, in PERCORSI DI PROCEDURA PENALE. DAL GA-

kişiler *in flagrante* yakalanmış olsalar dahi, "özet bilgi" toplamasına izin verilmiştir. Her ne kadar, bu durumda, genel olarak müdafiin zorunlu yardımından yararlanmak zorunluluğu var ise de[78], polis, şüphelilerden "bilgi ve tavsiyeleri" bir müdafiin yokluğunda da toplayabilir, ancak "müdafiin yokluğunda elde edilen bu bilgi ve tavsiyeler, kaydedilemez ve kullanılamaz"[79]. Bununla birlikte, polis tarafından elde edilen "bilgi ve tavsiyeler", üçüncü kişilere karşı kullanılmaları örneğinde olduğu gibi[80], beyanda bulunan kişiye zarar vermeyecek durumlarda serbestçe kullanılabileceği gibi; bir aramayı, el koymayı veya hazırlık tahkikatında tutma emrini hukuka uygun kılmak amacıyla da kullanılabilir[81]. Kullanılabilir olmayan ifadeden zar zor elde edilen bilgi de, bir soruşturma sırasında ip ucu elde etmek amacıyla kullanılabilir ve bu şekilde ipucundan elde edilen delillerin kullanılmasına karşı katı sınırlamalar da bulunmamaktadır[82]. Bununla birlikte, başka türlü kullanılamaz nitelikte olan bir beyan, tıpkı Birleşik Devletler'de olduğu gibi, zanlının duruşmada karşıt biçimde tanıklık etmesi durumunda, onu itham edecek şekilde kullanılabilir hale gelir[83].

İngiltere ve Galler'de sessiz kalma hakkı, eskiden olduğu gibi değilse de, yine de birinin sessizliği yargılamada bir şekilde kendisine karşı kullanılabi-

---

RANTISMO INQUISITORIO A UN ACCUSATORIO NON GARANTITO 19.(Vincenzo Perchinunno, ed. 1996)(Giuffré). Milan. Buna karşın müdaffiden yararlanma hakkının inkar edilmesinin ise, dşlamaya yol açan genel düzene ilişkin bir geçesizlik oluşturduğu açıklıkla kabul edilmektedir. Marilena Colamussi, . ***In tema di deducibilitá della nullitá derivante dalla violazione del diritto dell'imputato in stato di custodia cautelare di conferire con il proprio difensore*** in PERCORSI, *supra* at 37. § 64 CMK-İtalya hükmünün bu şekildeki ihlalleri, meyvelerin saklı tutulması sonucunu yaratmaz. Bkz. Elizabeth M.T. Di Palma, *Riflessioni sulla sfera di operativitá della sanzione di cui all'art. 191 c.p.p.,* in PERCORSI, *supra* at 115.

78 § 350(2-3) CMK-İtalya. 1988 tarihli CMK'nun yürürlüğe girmesinden önce bile, 1930 tarihli CMK, herhangi bir şekilde müdafiin yokluğunda alınmış olan ifadelerin kullanılmasını yasaklar şekilde yorumlanıyordu. Craig M. Bradley, *The Emerging International Consensus as to Criminal Procedure Rule*, 14 MICH J. INT'L L. 171, 218-19 (1993).

79 § 350(5-6) CMK-İtalya.

80 GIOVANNI CONSO & VITTORIO GREVI, COMMENTARIO BREVE AL NUOVO CODICE DI PROCEDURA PENALE 143, 387 (4th ed. 2002) (CEDAM, Padua).

81 *Id.* at 390.

82 *Id.* at 400. Bir yorumcuya göre, "Kanun koyucu, daha önce yapılan açıklamaları tamamen kullanılamaz hale getirmemek suretiyle, beyanda bulunan kişiyi kendi kendini itham etmekten korumak istemiştir." Paolo Di Geronimo, *Quale regime probatorio per le dichiarazioni rese succesivamente alla mancata interruzione ex art. 63 comma 1 c.p.p.?* CASSAZIONE PENALE. 2001. No. 5 #747, at 1543, at 1545.

83 §§ 350(7), 503(3) CMK-İtalya. Rachel VanCleave, *Italy.* in CRIMINAL PROCEDURE. A WORLDWIDE STUDY, *supra* note 53, at 264.

lir[84], İngiliz mahkemeleri duruma göre, ama esas olarak, zanlı sorguya çekilmeden önce müdafiden yararlanma hakkını reddettiği zaman, ikrarı önleyeceklerdir[85]. Örneğin, İngiliz Temyiz Mahkemesi, bir davada usulüne uygun olarak elde edilmiş olan bir ikrarın kullanılmasını, bu ikrarın sırf, daha önce - § 58 PACE'de belirlenen - şüphelinin sorgudan önce müdafiden yararlanma hakkını ihlal ederek elde edilen önceki bir ikrara dayanılarak elde edilmiş olması gerekçesiyle önlemiş bulunmaktadır[86]. Kanada'da ise, şüpheliler, tıpkı Birleşik Devletler'de olduğu gibi, tüm *Miranda* haklarına hiçbir sınırlama sahip olmaksızın sahiptirler[87]. Kanada mahkemeleri de, müdafi yardımı olmaksızın elde edilen ikrarların "meyvelerinin" kullanılmasını kararlılıkla önlemektedir[88]. Avustralya ise şu an *Miranda* haklarını kabul etmek ile birlikte, bu hakların olası ihlallerinde, elde edilmiş olan beyanın mutlaka dışlanacağı şeklinde bir ilke ise benimsenmiş değildir[89].

İkrarı "gönülsüz" veya başkaca bir şekilde güvenilmez kılan ve beraberinde, bunların "meyvelerinin" kullanılmasına ilişkin bir yasağı ve aynı zamanda bu şekilde elde edilen bilginin neticesi olarak ele geçirilen fiziksel delillerin de göz ardı edilmesi zorunluluğunu getiren işkence, tehdit, güç kullanımı ve benzeri metotlara ilişkin kesin yasakların aksine; bir polisle bilmeyerek yapılan bir konuşma gibi sair surette zorlama içermeyen bir duruma ilişkin anayasal koruma konusunda[90], bu tarz bir konuşmanın usule

---

84 Şüpheliler şu şekilde uyarılmaktadırlar: "Hiçbir şey söylemek zorunda değilsin. Ancak şimdi, sorgulanırken bahsetmediğin bir şeye, daha sonra mahkeme önünde dayanmaya kalkarsan, bu durum savunmana zarar verebilir." § 10.4 Code of Practice C. PACE (England), *Bkz.* THAMAN, COMPARATIVE CRIMINAL PROCEDURE, *supra* note 18, at 90.

85 § 58 PACE-England, şüphelinin sorguya çekilmeden önce müdafi yardımından yararlanma hakkını güvence altına almaktadır.

86 R. v. McGovern, [1991] Crim. L. R. 124, 124-25, reprinted in THAMAN, COMPARATIVE CRIMINAL PROCEDURE, *supra* note 18, at 121-22. Cf. Bradley, *Mapp, supra* note 35, at 386.

87 Kanada aynı zamanda gizli polis ve muhbirlerin uyarı rejimini bozmalarına da izin vermemektedir, The Queen v. Herbert, 77 C.R. (3d) 145, ki böyle bir durum Birleşik Devletlerde, bir mahkum itham edilmeden önce söz konusu olabilmektedir. Bkz. Illinois v. Perkins, 496 U.S. 292 (1990). Bradley, *Mapp, supra* note 35, at 384. Diğer yandan ise, polis, müdafi ile konuşmaya çalışan veya konuşmuş olan bir sanığı alıp yeniden sorgulamaya çalışma yoluna da gidebilmektedir. Buna benzer bir uygulama Almanya'da da görülmektedir. BGHSt 42, 170, 171, 173-74, İngilizce versiyonu için THAMAN, COMPARATIVE CRIMINAL PROCEDURE, *supra* note 18, at 87-88. Ancak polisin bunu Birleşik Devletler'de yapabilmesi ise mümkün değildir. Edwards v. Arizona, 451 U.S. 477 (1981).

88 Bradley, *Mapp, supra* note 35, at 383.

89 Bradley, *Mapp, supra* note 35, at 381.

90 Çünkü polisteki gözaltı niteliği gereği zorlayıcıdır, Miranda v. Arizona, 384 U.S. at

ilişkin haklara ve kişinin saygınlığı kavramına etkisi nedeniyle, bu konuma düşen bir kişinin kendisinin bir ceza davasında mahkumiyeti sağlamak üzere soruşturma organlarına yalnızca bilerek yardımcı olması gerekliliğine özen gösterilmesi gerekirken, bu konuya genel olarak, polisin bu konuşmanın meyvelerini kullanmak suretiyle soruşturmasını geliştirebileceği ve fiziksel deliller ile tanıkları bulmak noktasında bir yarar sağlayabileceği mantığıyla ve aynı ciddiyetle yaklaşılmamaktadır.

Polis bir kez bu "yasal boşluğun" farkına vardıktan sonra, Amerikan deneyimi göstermektedir ki, eğer bir şekilde faydalı bilgilere ulaşacaklarını düşünürlerse, önemli anayasal hakları kasten ihlal etmekten asla çekinmeyeceklerdir. Bu "yasal boşluk" genişledikçe ve mahkemelere bunun yorumlanması konusunda daha geniş bir takdir yetkisi tanındıkça, anayasal haklar soruşturma organları tarafından daha fazla görmezden gelinecektir. Bu konuyu ileride, konutlarda arama yapılabilmesi için "arama izni" alınması gerekliliğinin istisnasını oluşturan gecikmesinde sakınca bulunan hal istisnasının kötüye kullanılması bağlamında ele alacağız.

Şurası açıktır ki, şüpheli veya sanığa gerekli uyarıların yapılmamış olması polisin kötü niyetinden kaynaklanıyorsa, bu takdirde, bu şekilde elde edilen ifadelerin tüm meyveleri, davanın ne kadar önemli olduğuna bakılmaksızın mutlak olarak dışlanmalıdır. Aksi takdirde, polisi siyasal ve sosyal sistemin anayasal dokusunu hafife almaktan alıkoyacak hiçbir şey kalmayacaktır. Zira polis görevlilerinin *Miranda* uyarılarının kasten görmezden gelindiğini kabul etmeleri ender rastlanan bir durumdur, keza bu tarz bir durumda yemin altında ifade veren bir polis görevlisinin dikkatsizlik nedeniyle bu uyarıları ihmal ettiğini ileri sürmesi halinde, bunun yargıç tarafından reddedilmesi de çok zor rastlanan bir durumdur[91].

467, ve *Miranda* uyarıları yalnızca kişi göz altında iken verilmek durumundadır, 384 U.S. at 444, Birleşik Devletler hukuku, polisle gene anlamda yapılan konuşmanın önemli kişilik haklarının anayasal koruması ile bağlı olup olmadığına ilişkin bir karar verilmesi teorisine mesafeli durmaktadır. Ancak bu tarz bir durumda örneğin Almanya'da şüphenin belirli bir kişi üzerinde odaklanması durumunda, şüpheli kişi göz altında olsun veya olmasın anında yapılmalıdır. BGHSt 38, 214, 215, 218. Bu yaklaşım aynı zamanda İngiltere ve Galler'de de uygulanmaktadır, THAMAN, COMPARATIVE CRIMINAL PROCEDURE, *supra note* 18, at 92, İtalya'da, İtalyan CMK § 63, aynı şekilde Avustralya'da, Van der Meer v. The Queen, (1988) 82 A.L.R. 10, 18, cited in Bradley, *Mapp, supra* note 35, at 381.

91 Delillere ilişkin yargılamada polislerin yalan beyanda bulunması ve yargıçların bu aşikar yalan beyanlara dayanarak hüküm kurma eğiliminde olmaları problemi hakkında bkz. Christopher Slobogin, *Why Liberals Should Chuck the Exclusionary Rule*, 1999 U. ILL. L. REV. 363, 388; Donald Dripps, *The Case for the Contingent Exclusionary Rule*, 38 AM. CRIM. L. REV. 1, 20-22 (2001).

Ceza yargılamalarında anayasal güvence altına alınmış olan önemli kişilik haklarının hafife alınmasına karşı en etkili önlemeyi getirecek olan çözüm, şüpheli ve sanıkların *tüm* ifadelerinin ve bunlardan çıkartılan meyvelerin, müdafiin varlığında ve Miranda tipi uyarıları takip ederek elde edilmiş olmadıkça, *kendiliğinden (per se)* kabul edilemez ve kullanılamaz delil statüsünde olduğunu benimsemektedir[92]. Ben bu konuda daha da ileri gidilerek, bu ikrarların, yalnızca ikrarda bulunan kişinin yararına olarak kullanılmasını[93] ve böylece, Birleşik Devletler'deki "suçlu savunması" gibi müzakerelere ve Almanya'daki *Absprachen* şeklindeki davayı basitleştiren ikrarlara konu olabilmesini tavsiye ediyorum[94].

IV. MAHREMİYET HAKLARININ İHLALİNİN ARDINDAN DELİLLERİN DIŞLANMASI

A. Konuta ve Özel İletişime İlişkin Mahremiyetin Anayasal Korunması

Konut dokunulmazlığı ve bir bireyin diğerleri ile olan özel iletişimi, demokratik ülkelerde yurttaşların en temel hakları arasında yer alır. Bu haklar, tüm temel insan hakları sözleşmelerinde vurgulanır[95]. Bir çok demokratik anayasada mahremiyet hakkı yalnızca genel bir hak olarak ifade edilmemiş, ancak aynı zamanda, konutta arama yapılabilmesi ve konuttakilere el konulabilmesi için yargı kararının gerekliliği[96] ile posta,telgraf, tele-

---

92 Birleşik Devletler gibi şüphelinin müdafi yardımından yararlanma hakkından feragat edebileceği rejimlerde, bu feragatin gönüllülüğü hususu, özellikle bu feragat göz altında iken yapılmışsa, tıpkı göz altında yapılan açıklamaların gönüllüğünde olduğu gibi, şüpheyle yaklaşılması gereken bir durumdur. Bu konuda, ileri bir adım niteliğindeki bir düzenleme Rusya CMK'nda getirilmiş ve soruşturma aşamasında şüpheli tarafından müdafiin yokluğunda yapılan tüm açıklamalar yönünden, şüphelinin soruşturma makamları önünde müdafiden yararlanma hakkından feragat ettiği ileri sürülse bile, mahkeme önünde şüphelinin bu önceki açıklamalarından cayması durumunda, bu önceki açıklamaların kullanılamaz olduğu esası getirilmiştir. Rusya Federasyonu – CMK § 75(2)(1). Bu durum polis sorgusundaki gaddarlığı ile ün salmış bir ülke yönünden memnuniyet verici bir gelişmedir. Genel olarak bkz. CONFESSIONS AT ANY COST. POLICE TORTURE IN RUSSIA (Human Rights Watch 1999).

93 İtalya'da, zanlının sorgulanması işlemi, onun savunması yönünden yalnızca bir araç olarak değerlendirilmektedir. Bkz. İtalyan – CMK § 65(2), THAMAN, COMPARATIVE CRIMINAL PROCEDURE, *supra* note 18, at 103.

94 Bkz. Stephen C. Thaman, *Gerechtigkeit und Verfahrensvielfalt,* in RECHT—GESELLSCHAFT—KOMMUNIKATION. FESTSCHRIFT FÜR KLAUS F. RÖHL 313-14 (Stefan Machura & Stefan Ulbrich eds. 2003) (Nomos, Baden-Baden); Thaman, *Miranda in Comparative Law,* supra note 54, at 622-24.

95 Cf. Art. 8, ECHR; Art. 17, IPCPR; Art. 12(1) Universal Declaration of Human Rights; Art. 11, American Convention on Human Rights.

96 Gürcistan (Art. 18 Const.); Almanya (Art. 13(1,2) Const.); İtalya (Art. 14 Const.);

fon ve diğer elektronik araçlarla yapılan iletişimin denetlenmesi ve kaydedilmesi konuları sarih bir şekilde düzenlenmiştir[97]. Çoğu demokratik ülkeler, aynı şekilde arama ve el koyma için yargı kararını zorunlu kılan[98], özel iletişimin denetlenmesi ve kontrolünü düzenleyen[99] kuralları getiren anayasa değişikliklerine gitmiş ve bu kapsamda bazı durumlarda özel yazıların okunması ve bunlara el konulması hususları da düzenlenmiştir[100].

Konutun ve özel iletişimin dokunulmazlığı, bir ceza muhakemesinin yürütülürken bir demokratik toplumda…..düzenin korunması…..cezalandırılabilen hareketlerin önlenmesi vb.[101] için "gerekli" ise, elbette ki "ihlal edilebilir"[102]. Demokratik anayasalar genellikle, bu "gerekliliğin" bir yargıç kararı ile saptanmasını zorunlu kılar[103] ve konutlarda yargı kararı olmaksızın yapılan arama işemlerinin karine *(prima facie)* olarak hukuka aykırı

Litvanya (Art. 21 Const.); Rusya (Art. 25 Const.); İspanya (Art. 18(2) Const.); Ukrayna (Art. 30 Const.) A.B.D. (Const. IV Amend.). Anayasal hükümlerin kontrolü için bkz. CONSTITUTIONS OF THE COUNTRIES OF THE WORLD (Albert P. Blaustein & Gisbert H. Flanz eds.).

97 Gürcistan (Art. 20 Const.); Litvanya (Art. 22 Const.); Rusya (Art. 23 Const.); İspanya (Art. 18.3 Const.); Ukrayna (Art. 31 Const.); A.B.D. Const. IV. Amend., aynı şekilde, Katz v. United States, 389 US 347 (l967) kararında da yorumlandığı gibi;

98 Örneğin *bkz.*: İngiltere (§ 8 PACE); Almanya (§§ 98, 105 CCP); İtalya (§§ 244, 247, 253 CPP); Letonya (§ 168 CCP); Rusya (§§12, 177(5), 182(3) CCP, § 8 LOIA-RF); İspanya (§§ 546, 550 CCP).

99 Örneğin *bkz*: Fransa (§ 100 CPP); Almanya (§ 100b(2) CCP); İtalya (§ 267(1-3) CCP); Letonya (§ 136 CCP); Rusya (§§ 13, 185, 186 CCP, § LOIA-RF); İspanya (§ 579 CCP);18 U.S.C. § 2510 ff.

100 Örneğin *bkz.*: Almanya (§ 97 StPO); İspanya (§ 573 CPP).

101 AİHS-Md. 8/2. Ceza hukukunda gereklilik *(zorunluluk)*, bir ağırlık standardıdır. Bir kimsenin hayatına, ancak bir diğerininkinin korunması için bir gereklilik varsa, son verilebilir. Eğer bu gereklilik ortaya konulamazsa, fail öldürmeden dolayı sorumlu olur. Aynı durum, gereklilik iddiasında bulunan kişinin, kendi hareketinin gerekliliğini ortaya koyamadığı, ancak gereklilik savunması altında gerçekleştirilen herhangi bir suç yönünden de geçerlidir.

102 Sözde "dokunulmaz" olan bu hakların "dokunulabilirliğine" ilişkin olarak bkz. Andrés de la Oliva Santos, *Sobre la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas*, TRIBUNALES DE JUSTICIA, No. 8-9. Aug-Sept. 2003, 1, at 5.

103 Gürcistan (Art. 18 Const.); Almanya (Art. 13(1,2) Const.); İtalya (Art. 14 Const.); Litvanya (Art. 21 Const.); Rusya (Art. 25 Const.); İspanya (Art. 18(2) Const.); Ukrayna (Art. 30 Const.) A.B.D. (Const. IV Amend.). Anayasal düzenlemelerin kontrolü için bkz. CONSTITUTIONS OF THE COUNTRIES OF THE WORLD (Albert P. Blaustein & Gisbert H. Flanz eds.). İtalyan Anayasası'nın 14. maddesi, bir yerde, işlenmiş olan bir suçla ilgili bir kimsenin veya eşyanınbulunması halinde, makul sebep *(fondato motivo)* üzerine temellendirilmiş gerekçeli yargı kararına uygun olarak konutlarda arama işleminin gerçekleştirilebilmesini düzenleyen İtalyan CMK'na atıf yapmaktadır. (İtalyan-CMK § 247).

olduğunu benimser[104]. Bu noktada, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarının, özellikle gizli dinlemeye ilişkin düzenlemelerin şekillendirilmesinde çok kuvvetli bir etkisi olduğunu belirtmek gerekir. AİHM bir dizi davada, ulusal düzenlemelerin Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal ettiğine karar vermiş ve taraf devletlerde yüksek yargı organlarının içtihatları ile geliştirilen standartlar yeterli düzeyde olsalar dahi, yine de bu standartların spesifik bir yasal düzenleme ile belirlenmesinin önemini vurgulamıştır[105]. Buna karşın, Birleşik Krallık ise, halen polis yetkilileri tarafından gizli kararı veri-

---

104 AİHS yargı kararının gerekliliğini açık bir şekilde düzenlemiş olmasa da, Mahkeme'nin içtihatları böyle bir gerekliliğin aranması eğilimindedir. Fransız gümrük yetkilileri tarafından gerçekleştirilen arama işlemlerine ilişkin 3 ayrı kararında Mahkeme, arama işlemine ilişkin olarak yargı kararı bulunmaması gerekçesiyle Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. *Funke v. France*, 16 EHRR 297, 329 (1993); *Miailhe v. France*, 16 EHRR 332, 354 (1993) and *Cremieux v. France*, 16 EHRR 357, 376 (1993). Bununla birlikte, Mahkeme, İsviçre Telekomikasyon hizmetleri'ne bağlı bir görevli tarafından, gerekçeli bir emre dayanılarak ve çok dikkatli bir şekilde sınırlandırılarak gerçekleştirilen ve bir evde yetkisiz olarak bulundurulan telefon ekipmanlarına ilişkin olan arama işleminin ise, 8. maddeyi ihlal etmediğine karar vermiştir. Buna göre: "Bu somut olayda olduğu gibi, yetkililerin yargısal bir arama emrine gerek olmaksızın iç hukuk tarafından arama işlemine emir verme ve bunu uygulama konusunda yetkili kılındığı, özel olarak ihtiyatlı davranmak gerekir. Eğer bireylerin, Sözleşme'nin 8. maddesi ile güvence altına alınan haklarına yönelik olarak yetkililerin keyfi müdahalelerinden korunması gerekiyorsa, bu konuda bir yasal çerçeve ve bu yetkilerin kullanılmasına ilişkin son drece katı sınırlamalar öngörülmelidir." Camenzind v. Switzerland, 28 EHRR 458, 475-76 (1999). A.B.D. Anayasası'nın 4. Eki de, konutlarda, arama işleminin bir idari regülasyonun uygulanmasına bağlı olarak sınırlandırılması ve bir plana bağlı şekilde özelleştirilmesi koşuluyla, idari arama emrine dayanılarak idari yetkililer tarafından arama işleminin gerçekleştirilmesine izin vermektedir. Camara v. Municipal Court, 387 US 523 (l967). Gizli dinleme alanında ise, AİHM, yargı kararının, bu tarz bir önleme karar verilmesi için normal bir ön koşul olduğunun altını çizmek ile birlikte, yargı kararını gerekli kılan mevcut Alman kanunundan once yürürlükte bulunan ve bir parlamenter komisyon tarafından verilen onayı düzenleyen kanuna dayalı uygulamayı onaylamıştır. Klass v. Germany, 2 EHRR 214, 235 (1978). A.B.D.'nde Patriot Act'e uygun olarak belirli alanlarda gizli dinlemeye ilişkin verilen kararın idari görevlilere genişletilmesi ise, yargı kararı gerekliliğini önemli ölçüde zayıflatan bir durum olarak ortaya çıkmaktadır. *Bkz.* Thaman, *Patriot Act, supra* note 5.

105 Örneğin Mahkeme Kruslin vs. Fransa kararı ile, Fransız soruşturma yargıçlığı, bu tarz arama kararları verebilmek için etkin ölçüde bağımsız bir yargıçlık olsa dahi, yine de Fransa'da bu konuya ilişkin mevcut durumun Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir 34, Series A, No. 176, 12 EHRR 547. Bunun üzerine Fransa, CMK'na "§ 100" maddesini eklemek durumunda kalmıştır. Benzer şekilde, Mahkeme, Valenzuela Contreras v. İspanya kararında, her ne kadar yüksek mahkemeler içtihatları ile bir çok yetersizliği gideriyor olsalar da, yine de İspanyol hukukundaki mevcut durumun yine Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal ettiği sonucuna varmıştır. 28 E.H.R.R. 43 (1998). Bu konuda ayrıca bkz. Prado Bugallo v. İspanya (18 Şubat 2003).

lebilmesine izin vermekte ve bu yüzden AİHM tarafından sürekli olarak kınanmaktadır[106].

Bu konuda, yargı kararının gerekliliği şeklindeki ilkenin evrensel olarak benimsenmiş istisnasını ise, "gecikmesinde sakınca bulunan hal" kavramı oluşturmaktadır[107].

B. *Makul Sebep Gerekliliği*

Bir konutun, suçla ilgili delillerin (veya şüphelilerin) bulunabilmesi maksadıyla aranabilmesi için, öncelikle, suçla ilgili belirli objelerin veya belirli kişilerin o belirli ikametgâhta bulunabileceklerini gösteren yeterli düzeyde şüphe ile ifade edilen bir "gerekliliğin" bulunması gerekir. Bazı Kanunlar, yeterli bir maddi şüphe düzeyini ifade etmek üzere, "bir suçun işlendiğini ve o suçla ilişkili belirli delillerin" belirli bir yerde bulunabileceği şeklinde bir tanımlamada bulunmayı denemişlerdir. Bu durumun bir örneğini Amerikan hukuk uygulamasında kullanılan "makul sebep" kavramı oluşturur[108]. Diğer yandan, İspanya ve Almanya'da ise, görünüşe göre, ne kadar

---

106 Khan v. U.K. (5.12.00); Armstrong v. UK (7.16.02); Taylor-Sabori v. United Kingdom; Allan v. UK (11.5.02). Rusya ise, Rusya Federasyonu Anayasası'nın 23-25. maddelerinde ve 2001 yılında yürürlüğe giren CMK'nnun §§ 12, 13, 29, 177(5), 182, 186 maddelerinde belirlenen, arama ve iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin mutlaka bir yargı kararına bağlanması şeklindeki yükümlülükleri, nihayet yerine getirmektedir.

107 Alman Anayasası'nın 13(2) maddesinde "gecikmede tehlike" kavramı düzenlenmiştir. İspanyol anayasası'nın 18(3) maddesinde ise "suçüstü hali" düzenlenmiştir. A.B.D. içtihat hukuku, suçüstü hallerinde veya "sıcak takip" esnasında, vakıa önemli olduğu sürece "Anayasanın 4. Eki, polis görevlilerinin bir suçun soruşturulması sırasında gecikmede bulunmaları kendilerinin veya başkalarının hayatı yönünden ağır bir tehlike yaratacak ise, onların gecikmede bulunması gerektiremez" şeklindeki ilke içtihat gereği Warden v. Hayden, 387 U.S. 294 (1967)., bir arama kararına bağlı olmaksızın arama yapılabilmesine olanak tanımaktadır. Bir arama kararı olmaksızın evlere girilmesi ise, işlenen suç çok önermli olmadıkça, kabul edilmemektedir, Welsh v. Wisconsin, 466 U.S. 740 (l984). Her ne Kadar Federal Yüksek Mahkeme, polisin, bir evin önünde uyuşturucu satışı yapanları takip etmek üzere "yalnızca delillerin yok edilebileceği veya ortadan kaldırılabileceği" iddiasına dayanarak eve girmesine izin vermekte isteksiz davransa da, Vale v. Louisiana, 399 US 30 (l970), alt derece mahkemeleri polisin bu gibi aramalarda bulunmasının mazur gösterilmesine daha ılımlı yaklaşma eğilimindedir, United States v. MacDonald, 916 F.2d 766 (2d Cir. 1990). Birleşik Devletler başkanı ise ulusal güvenlik ve casusluk faaliyeti ile ilgili vakılarda gizli dinleme emir verme yetkisine sahiptir, 18 U.S.C. § 2511(3) ve geleneksel zorlayıcı koşullar doktrini, normal acil durumlarda da uygulanmaktadır. Cf. State v. DeLuca, 775 A.2d 1284(N.J. 2001)

108 Amerikan Anayasası 4. Eki. Bu durum, bir suçun işlendiğine (veya işlenmekte olduğuna) ve suça ilişkin delillerin, mevyelerin ve diğer suç enstrümanlarının

basit olursa olsun, herhangi bir şüphe dahi, bir ikametgâha ilişkin arama kararı çıkartılabilmesi için yeterli olabilmektedir. Buna karşın, özel mülkiyete tabi bir alanda gizli dinleme yapılabilmesi veya dinleme cihazı yerleştirilebilmesi için daha sıkı koşullar aranmaktadır. Örneğin İtalya'da, bu uygulamaya gidilebilmesi için *"grave indicia"*[109] belirli bir ciddi suç işlenmesi ve bu uygulamanın, soruşturmanın yürütülmesi yönünden "mutlak bir zorunluluk" olması aranmaktadır[110].

Kolluk görevlileri kuvvetli şüphe gerekliliğinin aranmadığı, örneğin Almanya gibi, bir ülkede dahi arama işlemi için yargı kararı alsalar bile, gerçekte çoğu olayda bireylerin mahremiyet haklarının ihlalini mazur gösterecek bir "gereklilik" söz konusu değildir, zira tüm bu olaylardaki şüphe, aslında arama işleminin başarıya ulaşması ihtimali yaratamayacak kadar az ve belirsizdir. Soruşturma yetkililerinin - halen bir soruşturma yargıçlığının kullanıldığı İspanya ve Fransa gibi ülkelerde olduğu gibi - kendi arama işlemine yetki verdiği durumlarda, bu yöndeki talebi yansız bir şekilde değerlendirmek üzere "suçu ortaya çıkartmaya yönelik genelde rekabetçi müessese ile ilintili" olmayan bir tarafsız ve bağsız bir resmi görevli dahi mevcut değildir[111].

Yurttaşların anayasal haklarını ihlal etmeden önce, önemli düzeyde bir şüphenin gerekliliği, bu şüphenin bağımsız bir yargısal karar ile onaylanması ile birleşmekte ve bu ikisi, hükümetin özel konutların aranması veya özel iletişimin denetlenmesine ilişkin yetki verebilmesi için bulunması gereken "gereklilik" unsurunun, olmazsa olmaz iki elzem koşulunu oluşturmaktadır. Belirtmek gerekir ki, aranılan şüphenin düzeyinin açık bir şekilde ortaya konulmadığı ülkelerde, bu yargısal control mekanizması çok daha hayati bir önem arz etmektedir[112]. Yalnızca yargıçlığın "sırf" bir şüphe veya önseziden

---

belirli bir yerde bulunabileceğine ilişkin olarak "adil bir olasılık" şeklinde yorumlanmıştır, Illinois v. Gates, 462 U.S. 213 (1983). İngiltere'de, PACE - § 8 gereğince "makul gerekçeler" aranmaktadır ki, bu kavram İtalyan hukukundaki (İtalyan CMK § 247(1)) *fondato motivo* ile benzerdir.

109 İtalyan CMK - § 267(1). Her ne kadar Federal Yüksek Mahkeme, bir keresinde gizli dinlemeler için aranması gereken "makul sebep" standardının, olğana arama işlemine göre daha yüksek olması gerektiğine işaret etmişse de, Berger v. New York, 388 U.S. 41 (1967); Mahkeme şu an için, hiçbir ayırım göstermeksizin aynı standardı uygulama eğilimi göstermektedir, La Fave et al, *supra* note 48, at 265-66.

110 İtalyan CMK - § 267(1). Almanya'da, "açık gerçekler şüpheyi mazur göstermelidir", şüpheli belirli ciddi suçlar işlemiş olmalı ve ve bu nedenle " davanın soruşturulması ve suçlanan kişinin nerede yeralacağına ilişkin şüpheler

111 Johnson v. United States, 333 US l0 (l948).

112 Bir konuta ilişkin arama ve konutta el koyma kararı, "aramanın delillerin bulunmasına rehberlik edeceğinden şüphelenildiği zaman" çıkartılabilir. Alman CMK §

daha fazlasına sahip olması gerekmemekte ancak aynı zamanda polisten veya savcıdan elkonulacak şeyleri veya aranılacak yerleri somut olarak gösteren yeterli detayları alması ve gösterilen yerlerdeki şeylere ilişkin bilginin neden "kuvvetli şüphe" oluşturduğuna ilişkin gerekçeleri ortaya koyabilmesi aranmalıdır. Bu nedenle, bir yargıç arama kararı vermiş olsa bile, deliller geçmişe yönelik olarak, bulunması gereken zaruri şüphe düzeyini sağlayabilecek ölçüde değilse, bu takdirde aramanın yine de anayasal hakkı ihlal ettiğinden söz etmek gerekir[113]. Aranılan şüphe düzeyinin çok düşük olduğu veya hiç bulunmadığı hallerde, arama işleminin yargı kararına bağlanması gerekliliği, bazı delillerin bulunduğu ve arama işlemini gerçekleştiren tarafından bazı oynamaların yapıldığı ve arama işleminin de gerçekte bulunanların üzerine geçmişe etkili olarak kendisini onaylatma amacını taşımadığı şeklindeki gerçeği belgelemek yönünden yine de önemlidir[114].

C. *Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal İstisnası*

Anayasal mahremiyet hakkını yeterli bir şekilde koruyabilmek üzere, gecikmesinde sakınca bulunan veya "ertelenmesi tehlikeli" hal şeklindeki istisnanın, Almanya örneğindeki gibi, yargı kararı aranması gerekliliğinin içini boşaltacak geniş ölçekli kaçışları önlemek üzere dar bir biçimde oluştu-

---

102. İspanya'da ise bu tarz bir arama kararı için soruşturma yargıçlığının yalnızca " zanlıya veya suça ilişkin bir etkinin veya enstrümanın ya da suçu çözmeye veya ispatlamaya yönelik kitaplar, kağıtlar vb. gibi herhangi bir objeye ilişkin belirtilere" sahip olması yeterlidir. İspanyol § 545 LECr. Almanya'da neredeyse hiç varolmayan makul sebep gerekliliği için bkz. Weigend, in Bradley, at 193. Fransız CMK ise çok özlü bir şekilde şunu ifade etmektedir: "Arama işlemleri, hakikate ulaşmakta yararlı olabilecek objelerin bulunabileceği tüm alanlarda gerçekleştirilebilir". Soruşturma yargıçlarının herhangi bir düzeydeki şüpheyi belirtme veya arama yapılacak yerleri ya da el koymanın gerçekleştirileceği şeyleri spesifik olarak göstermek yükümlülüğü bulunmamaktadır. Richard S. Frase. *France* in CRIMINAL PROCEDURE. A WORLDWIDE STUDY, *supra* note 52, at 153.

113 Bir yargıcın, Birleşik Devletler'de yetersiz delillere dayanarak hatalı olarak arama kararı çıkartması Birleşik Devletler Anayasası'nın 4. Eki'ni ihlal teşkil eder. Ancak arama kararını talep eden polis görevlisi "iyi niyetle" yeterli delil olduğuna inanarak hareket etmişse, bu durumda ele geçirilen deliller yine de yargılamada kullanılabilir. Eğer polis görevlisi hatalı veya eksik bilgi vererek yetkili mercii yanlış yönlendirmişse ya da delillerin yetersiz olduğu polis görevlisi tarafından da açıkça anlaşılacak ölçüde aşikar ise, bu durumda bu deliller kullanılamaz. United States v. Leon, 468 U.S. 897 (1984). Bununla birlikte, güncel bir davada yaşananlar, gelecekte delillerin elde edilmesinde Anayasa'nın 4. Eki'nin kasten değil ancak taksirle ihlal edildiği hallerde, Birleşik Devletler Federal Yüksek Mahkemesi'nin, polisin bu hareketi temkinsizlik, pervasızlık veya ağır ihmal düzeyine ulaşmadığı sürece, belirtilen delillerin kullanılamazlığı kuralının reddedebileceğini ortaya koymaktadır . Herring v. United States, 129 S.Ct. 695 (2009).

114 Andreas Ransiek, *Durchsuchung, Beschlagnahme und Verwertungsverbot*, DER STRAFVERTEIDIGER,Vol. 10 (2002), 565, at 569.

rulması gerekmektedir. Her ne kadar Almanya'da polisin çok nadiren arama müzekkeresi ile hareket ettiği[115] ve yapmış olduğu arama işlemini de, aslında neden böylesi bir tehlikenin varolduğunu hiç açıklamaksızın, "gecikmede tehlike" şeklindeki baştan savma tılsımlı sözlerle daima (başarıyla) savunduğu iyi bilinse de, mahkemeler de bu hokkabazlığa temyizde bir daha gözden geçirilmeyeceği ve duruşma yargıcının geniş kapsamlı bir değerlendirme yaptığı iddiasıyla göz kırpmaktaydılar[116]. Federal Anayasa Mahkemesi, 2001 yılında bu skandal duruma el koydu ve gecikmesinde sakınca bulunan hal istisnasını, yargı kararı aranması durumunda delillerin ortadan kaybolma tehlikesinin bulunduğu hallerle birlikte, gerekçenin açıkça belgelendiği haller ile de sınırlamak suretiyle, Alman mahremiyet hakkına yeni dişliler eklemeye girişti[117]. Bu açıdan, "gecikmede tehlike" veya "acil önlem almayı gerektiren haller"inin, İspanyol Anayasası'nda gösterilen "meşhut suç-(suçüstü)" ile insan hayatını ya da sağlığını tehdit eden gerçek "acil durum" şeklindeki iki ayrı biçim ile sınırlandırılması gerektiği ileri sürülmektedir. "Meşhut suç" hali yalnızca, örneğin, uyuşturucu taciri olduğu iddia edilen kişilerin yapılan gizli izleme ve dinleme faaliyeti sonucu, uyuşturucuyu bir evde sakladıklarından şüphelenilen eve girilmesi örneğindeki gibi, "sıcak takip" vakıalarına[118] özgü olarak ortaya çıkabilir. Eğer uyuşturucunun orada bulunacağı şüphesi, yapılan soruşturmanın neticesi olarak ortaya çıkmışsa, bu takdirde, prensip olarak bir arama kararı çıkartılmalıdır[119]. Polis, örneğin, hedeflenen

---

115 BVerfGE 103, 142, at 152. Weigend, *supra* note 53, at 194-95, gerçekleştirilen arama işlemlerinin yalnızca %10'unun bir müzekkereye bağlı olarak yapıldığı tahmin edilmektedir. Benzer bir durum, (delillere ilişkin) dışlama kuralının eyaletler için de uygulanabilir hale geldiği Mapp v. Ohio, 367 US 643 (l96l) kararından once, Birleşik Devletler'de de geçerli bulunmaktaydı.

116 Ransiek, s. 566 ve bu sayfada anılan kararlar. Aslında, yalnızca en keyfi arama işlemleri, delillerin dışlanmasına yol açmaktadır.

117 BVerfGE 103, 142 (20 Şubat 2001)

118 See Warden v. Hayden, *supra* note 108.

119 Arama işlemlerinde, suç zanlısı, aramanın amacını oluşturan materyallere zilyed durumunda ise, yakalama için gerekli olan **makul** sebep ile arama için gerekli olan makul sebep eşdeğer durumdadır. Ancak bu vakıalarda, şüphe, gerçeğe dönüşmediği sürece, yakalama/arama sebebi için olan makul şüphe ile zanlıyı itham etmek için olan makul şüphe aynı değildir. Bu nedenle, eğer bir arama işlemi Anayasa'ya aykırı ve deliller kabul edilebilir değil ise, davanın düşmesine karar verilmelidir. Yakalama işleminden sonra zanlının ifadesinin alındığı vakıalarda, kişi yakalanmadan önce, onu itham edebilmek için *yeterli* delil bulunmalıdır. Bir yakalama işlemi, kesinlikle, makul sebebin, yakalama ürünü elde edilecek bir ikrara dayanılarak sağlanacağı anlayışı ile gerçekleştirilmemelidir. Böylece, bir zilyedlik vakıasında arama-yakalama için makul sebebin anlamı, örneğin bilgi kaynağı kişinin evdeki uyuşturucu ticaretine iştirak etmesi gibi veya bir tamircinin evdeki uyuşturucuyu gördüğüne inanılması gibi, delillerin makul sebep noktasına ulaşması demektir ki; bu durum, bir hırsızlık olayında mağdurun tanıklığı

eve yürüyerek gitmek ve içeridekilere delillerin ortadan kaldırılması fırsatını yaratacak şekilde seslenmek gibi, gecikmesinde sakınca bulunan hal gerekliliğini "yaratacak olan" uygulamalarda bulunmamalıdır[120]. Buna karşın, insan hayatının veya vücut bütünlüğünün tehdit altında olması gibi hakiki acil durumlar için ise, yargıç kararı alma gerekliliğini göz ardı edilebilecektir[121].

Bu nedenle, bir kişinin konut mahremiyeti şeklindeki Anayasal hakkına getirilecek istisnanın öneminin vurgulanması veya polis perspektifinden bu "yasal boşluk" güvenle doldurulması zorunludur. Acil önlem almayı gerektiren haller, yalnızca, (imâl edilmiş olan değil, gerçek) "ani" suçüstü halleri ile, bireyin hayatı veya vücut bütünlüğü yönünden tehdit oluşturan gerçek acil durumlar ile kesin bir şekilde sınırlandırılmalıdır. Bu konuda verilen güncel bir Alman Anayasa Mahkemesi kararı, umut ederiz ki, Alman mahkemelerinin ve kolluk görevlilerinin sonunda Alman Anayasası'nı önemsemelerini ve arama kararı alınması konusunda özen göstermelerini sağlayacaktır.

D. *Anayasal Mahremiyet Haklarının İhlaline Yönelik Mutlak Dışlayıcı Kurallar*

Mahremiyet haklarının ihlaliyle ilişkili dışlayıcı kuralların gücüne veya zayıflığına ilişkin bu analizde şu iki durumdan birinin ortaya çıkması ihtimal dahilindedir:

(1) konutlarda arama veya dinleme işlemi gerçekleştirilmesi için bir yar-

---

veya bir cinayette görgü tanığının ifadesi işe eşdeğer bir anlam taşır. Çoğu yargı sisteminde, uyuşturucu maddelere, **şüpheyi doğrulamak üzere** el konulur.

120 United States v. Timberlake, 896 F.2d 592 (D.C.Cir. 1990); Dunnuck v. State, 786 A.2d 695 (Md. 2001)(arama emri olmaksızın kapının vurulması). Decision of Dec. 12, 2002 (Alman Anayasa Mahkemesi), 3.Kammer des 2. Senats, NStZ, Vol. 6 (2003), at 319. Ancak, United States v. MacDonald, 916 F.2d 766 (2d Cir. 1990), kararında, yasayı ihlal etmeden yapılmak koşuluyla, gecikmesinde sakınca bulunan hal yaratılmasına izin verilmiştir. People v. Hull, 41 Cal.Rptr.2d 99 (Cal.App. 1995), polisin eve arama kararı olmaksızın girebilmek üzere "gecikmede tehlike" yaratmak maksadıyla, yem hoparlörlerin üzerinde geçici floresan tozu kullanması. United States v. Cephas, 254 F.3d 488 (4th Cir. 2001) (anonim bahşiş, kapının vurulması, gecikmesinde sakınca olan halin açığa çıkartılması).

121 Kayıp kişilerin ihbar edilmesi, süregelen şiddet olayları ve adam kaçırma vakıalarında gecikmesinde sakınca bulunan hal uygulamaları için bkz.: Brimage v. State, 918 S.W.2d 466 (Tex.Crim.App. l996);State v. Carlson, 548 N.W.2d 138 (Iowa 1996); People v. Ray, 981 P.2d 928 (Cal. 1999); State v. Weas, 992 P.2d 221 (Kan. App. 1999); U.S. v. Salava, 978 F.2d 320 (7th Cir. 1992); People v. Molnar, 774 N.E.2d 738 (NY 2002); State v. Nemeth, 23 P.3d 936 (N.M.App. 2001); State v. Gilbert, 942 P.2d 660 (Kan.App. 1997); Tierney v. Davidson, 133 F.3d 189 (2d Cir. 1998).

gıç kararı yoktur veya ve gecikmesinde sakınca bulunan bir hal de bulunmamaktadır: veya

(2) bu konuda bir yargıç kararı alınmıştır ancak bu karar yetersiz "makul sebep" veya şüpheye dayanmaktadır.

Yukarıdaki durumlardan birinin varlığı, bu ülkelerde dışlama sürecinin yönetiminin, açıkça, önemli anayasal hakların ihlali hallerine ilişkin anayasal veya yasal düzeydeki dışlayıcı kurallar ile gerçekleştirildiği izlenimini yaratmaktadır[122].

E. *Konut Mahremiyeti İhlallerinin Bir Sonucu Olarak Dışlamayı Redden*

1. El Koyma, Hukuka Aykırı Aramanın Bir Ürünü Değildir

Arama ve el koyma vakıalarında dışlayıcı kuralın uygulanması yolundaki diğer bir zorluğun, yargı kararı gerekliliğinin, bir şekilde polis marifetiyle mazur kılınan istisnaları ile hiçbir ilgisi yoktur. Bu, İtalya'da ortaya çıkan ve Alman mahkemeleri tarafından da uygulanan ve yasadışı bir aramanın ardından yapılan – diyelim ki uyuşturucu maddeye – el koyma işleminin, "zehirli ağacın meyvesi" olarak addedilmemesi ve kullanılması gerektiği yönünde bir doktrindir ve bugün,Yargıç Frankfurter'in ifadesi ile evrensel olarak bilinmektedir[123].

İtalyan mahkemeleri, İtalyan-CMK § 253(1). Maddesinde yer alan, yargısal otoritelerin (ve polisin), bir suçun işlendiğini ortaya koyan ve suçun işlenilmesinde kullanılan ve suç ürünü eşyayı da kapsar anlamdaki suçun maddi konusuna (*corpus delicti)* el konulması gerektiği şeklindeki düzenlemeyi gerekçe olarak göstermekte ve bu şekildeki bir *yasal* el koymanın, makul sebep olmaksızın veya yargıç kararı alınmaksızın tamamen yasadışı olarak yapılan aramanın ardından gerçekleştirilmiş olmasının, bu el koyma işlemini geçersiz kılmayacağını ileri sürmektedir[124]. Mahkemeler, bu arama ve el koyma işlemlerinin farklı yargısal önceliklere ve işlevlere sahip bulunduklarını, birbirlerine uyumlu bir şekilde bağlanmış gibi görülemeyeceğini

---

122 Bu durum, diğer ülkeler arasında, İspanya, İtalya ve Rusya'yı da kapsamaktadır. Birleşik Devletler'in gizli dinlemeye ilişkin mevzuatı da, kanunî bir dışlama kuralını içermektedir, 18 U.S.C. §§ 2515, 2518(10(a). Bu kanuni düzenlemenin ifade şekli, Anayasa'nın 4. Ekinin normal ihlalleri için kabul edilenden daha katı bir bir kural getirmek ile birlikte, uygulamada Mahkemeler, pek çok açıdan her ikisini aynı anlamda yorumlamaya başlamışlardır. La Fave et al, *supra* note 48, at 287-90.

123 Nardone v. United States, 308 US 338 (l939).

124 Cass. (3.27.96), Giust. Penale 1997, 138, 140, 144-45, İngilizce tercümesi in Thaman, Comparative Criminal Procedure, *supra* note 18, at 122-24.

belirtmektedir[125]. Her ne kadar İtalyan-CMK § 191, yasa ile konulan yasakların ihlali yoluyla elde edilen delillerin kullanılamazlığı konusunda son derece dürüst bir düzenleme getirse de, mahkemeler, kanunun amacını bertaraf eden aşırı teknik bir dil geliştirerek, buradaki delillerin "kullanılamazlığına" ilişkin kuralın her delile ilişkin değil ancak, yalnızca, "açık ve örtülü" yasağın ihlali yoluyla elde edilen delillere ilişkin olarak uygulanabileceğini ifade etmektedir[126]. Mahkemeler, ayrıca, kanunun, "hükümsüzlüğün" aynı zamanda doğrudan bir sonuç olarak ele geçirilen delilleri de etkileyeceğini söyleyen ifade tarzından[127] hareketle, bu ifade tarzının delillerin "kullanılamazlığı" şeklinde uygulanamayacağını da ileri sürmektedir[128].

Alman doktrini, bir yerde yapılan hukuka aykırı arama işlemi ile, arama işleminin ilk öncelikli amacı olan, objelere el konulması arasında değiştirilemez bir bağlantı görmemektedir[129]. Alman mahkemeleri, el konulan obje üzerinde, örneğin özel bir imtiyaz tarafından korunması gibi, bağımsız bir yasak mevcut ise, bu takdirde ele geçirilen objeyi değerlendirme dışı bırakabilecektir[130]. Hukuka aykırı arama işleminin sonucu olarak bulunan ve el konulan bir objenin, önceki hukuka aykırılığın bir sonucu olmadığı şeklindeki argüman, hukuksal bir saçmalıktır. Bu durum, mahkemelerin, anayasa veya kanun düzeyindeki yasal düzenlemelerin temel anlamlarını göz ardı etmelerinin veya bu düzenlemeleri, suçluyu ne pahasına olursa olsun mah-

---

125 Dec. 4.24.91, Cass. pen. 92, 1879, cited in CONSO & GREVI, *supra* note 80, at 550. Bu karar aynı zamanda, el konulabilir nitelikte objenin ele geçirilmesindeki her hangi bir hukuka aykırılığın, disiplin ve ceza yaptırımları ile karşılanmasını sağamaktadır. *Id.*

126 CONSO & GREVI, *supra* note 80, at 392

127 § 185(1) İtalyan - CMK. Fransız CMK-§ 206'da yer alan, hükümsüzlüğün meyvelerine ilişkin de dışlama imkanı sağlayan düzenleme, bazen delillerin değerlendirilmemesi şeklinde bir sonucu yarattığı da görülmektedir. Örneğin, 1955 yılındaki bir davada, yasadışı arama sonucu elde edilen ikrarın değerlendirmeye alınmayacağına karar verilmiştir. PRADEL, *supra* note 20, at 605.

128 CONSO & GREVI, *supra* note 80, at 399.

129 Alman Anayasa Mahkemesi, aynı zamanda, kullanma yasağının, Anayasaya aykırı olarak gerçekleştirilen arama işleminin düzenli, "normal" sonucu olmayacağını açıkça belirtmiştir. BVerfG NJW 1999, 273, 274. BVerfG NStZ 2000, 488, 499; StV 2000, 233, 234. Alman Federal Yüksek Mahkemesi, 1989 yılında verdiği bir kararda, arama işlemi sırasında yapılan hukuksal hataların, delillerin kullanılamazlığı sonucuna yol açmayacağına karar vermiştir. BGH NStZ 1989, 375, 376. Buna göre, "..bir arama kararı çıkartılmasına ilişkin olarak hiçbir yasal engelin bulunmadığı ve el konulan objelerin hukuken delil olarak kullanılamak üzere ulaşılabilir olması durumunda" delillerin dışlanması söz konusu olmayacaktır. Zikreden Ransiek, *supra* note 115, at 566.

130 BGH 18, 227, cited in KLEINKNECHT/ MEYER/MEYER-GOSSNER, STRAFPROZESSORDNUNG 287 (47th ed. 1997); BAUMANN & BRENNER, *supra* note 76, at 120-122; Craig M. Bradley, *The Exclusionary Rule in Germany,* 96 HARV. L. REV. 1031, 1040-41 (1983).

kum ettirme amacına uygun olarak kasten eğip büyükmeye çalışmalarının tipik bir örneğini oluşturmaktadır ki, ceza muhakamesinin böyle sözde bir amacı yoktur. Şurası açıktır ki, konut mahremiyetinin ihlali yasağının veya iletişimin gizliliğinin kökenleri yalnızca, mahremiyetin korunmasında bulunmamakta, ancak aynı zamanda bu alanlarda el koyma yasağının getirilmesi, aynı zamanda *Ransik*'in ifadesiyle, devlet otoritesinin bilgi toplama gücüne getirilen bir yasaklama inteliği de taşımaktadır. Arama ve el koyma, mantık gereği, farklı motivasyonlarla farklı hareketlere bölünemezler[131].

Eğer birisi, "arama" işlemini, bilgi toplama faaliyeti ile özdeşleştirmeye kalkarsa, bu takdirde, arama ve el koyma arasındaki yapay ayırım da yıkılır. El konulan obje, arama işlemini gerçekleştiren kolluk görevlisinin aramanın detaylarına ilişkin, sözgelimi, objenin nerede bulunduğu, ne zaman bulunduğu, kime gösterildiği gibi konulardaki tanıklığı olmaksızın, herhangi bir şekilde kanıt olarak kullanılamaz,

2. Kaçınılmaz Keşif Doktrinleri

Bir ceza muhakemesinde, mahkemenin, ciddi bir anayasal ihlal ile hakikatin araştırılması arasında bir "denge" kurabilmesi gerektiğinde, görünen odur ki, tüm mahkemeler, delillere, herhangi bir şekilde bir ihlal olmaksızın ulaşıldığı şeklindeki bir argümanı kabul etme eğilimindedirler. Birleşik Devletler'de bu doktrinin iki tezahürü bulunmaktadır. Mahkemeler, hukuka aykırı bir arama işlemi sonucunda keşfedilen delili, eğer bu delil üzerinde bağımsız yasal araçlar yoluyla "el koyma" işlemi gerçekleştirilmişse, kabul ederler[132]. Bezner şekilde mahkemeler, hukuka aykırı olarak "el koyma" işleminin gerçekleştirildiği delili, bu delil, arama işlemi neticesinde hukuki araçlar yoluyla kaçınılmaz bir şekilde keşfedilmiş ise, yine kabul ederler[133].

---

131 Ransiek, *supra* note 115, at 568. İtalyan Yüksek Mahkemesi'nin en azından bir departmanı, giderek etkinlik kazanan bu saçmalığı reddetmiş ve arama ve el koyma işlemleri arasında katı bir işlevsel bağın varlığını tanımıştır. Dec. of March 13, 1992 (Cass. Pen. 93, 393 and Dec. of 12.10.90; 2.28.94, 5.12.94, (Annuale nel Proc. Pen. 95, 711). Zikreden Conso & Grevi, *supra* note 80, at 550.

132 Bu "bağımsız kaynak" doktrini", biri hukuka aykırı diğeri de ondan bağımsız olarak hukuka uygun iki ayrı arama işleminin yapıldığı vakıalarda uygulanır. Örneğin, polisin delilin varlığını hukuka aykırı bir şekilde öğrendiği ancak, bu delile el konulması işleminin, hukuka aykırı arama işlem ile elde ettikleri bilgiye dayanan bir arama kararına bağlı olarak gerçekleştirildiği haller bu kapsamdadır. Segura v. United States, 468 U.S. 796 (l984); Murray v. United States, 487 US 533 (l988)

133 Bu "kaçınılmaz keşif" doktrini, yalnızca tek bir arama ve el koyma işleminin olduğu ancak diğer soruşturma prosedürlerinin hukuka aykırılıktan bağımsız olarak, delili hukuka uygun bir şekilde keşfetmiş olduğu vakıaları ifade eder. Nix v. Williams, 467 US 43l (l984). Birleşik Devletler Federal Yüksek Mahkemesi, güncel bir kararda, polisin konuta zorla girmeden önce kapıyı çaldığı ve içeriye "polis"

Belirtilmelidir ki, bu her iki doktrin, iç hukuk mevzuatlarındaki mutlak dışlayıcı kurala rağmen, İspanyol mahkemeleri tarafından tanınmakta ve uygulanmaktadır[134]. Bununla birlikte, "kaçınılmaz keşif" doktrini, eğer çok geniş anlamada yorumlanırsa, anayasal korumadan doğan bir boşluğu doldurmaya da hizmet edebilir. Şöyle ki, bazı Amerikan mahkemeleri bu istisnayı, polisin arama kararı alma hazırlığında olması ve örneğin daha sonra gecikmesinde sakınca bulunan hal kapsamına girmediğine karar verilen hallerde, buna dayanılarak arama yapılması durumunda da (kuşkusuz yargıcın buna onay vereceği varsayımı ile) kabul etmektedir[135]. Buna karşın, "varsayıma dayalı bağımsız kaynak" kavramına dair en tehlikeli genişletme, mahkemenin, makul sebep iddiasının mevcut olması nedeniyle delillerin sunulmasına izin vermesi ve polisin arama kararı almış ve bu arama kararını onaylatmış olmasıdır[136]. Alman mahkemeleri ise görünüşe göre, bu sonraki mantığı, Alman Anayasası'nın 13. maddesinde yer alan ve bir dışlayıcı çözümü de içeren mahremiyet yükümlülüğünün gereğini yerine getirmekten kaçınmanın bir mazereti kullanmışlardır. Kuşkusuz ki, böylesi bir mazeret sebebi tanınması, yarı kararı alınması şeklindeki anayasal yükümlülüğü tamamen değersizleştirecektir[137].

Gerek aşırı genişletilmiş kaçınılmaz keşif doktrini ve gerekse arama işlemini, asıl amacı olan el koyma işleminden ayırmaya yönelik bu zekice

---

şeklinde seslenmesi şeklindeki Anayasa'nın 4. Eki'nde belirlenen bir yükümlülüğün ihlal edildiği bir olayda, arama kararının başka bir şekilde geçerli ve makul sebebe dayanması halinde, bu durumun el konulan delillerin kaçınılmaz olarak dışlanmasına neden olamayacağına karar vermiştir.Bu durumda, bulunan deliller, arama kararının yerine getirilmesine ilişkin ihlalin bir ürünü değil ancak, geçerli bir arama kararının ürünü olarak ve arama kararı sunulduğu zaman "kaçınılmaz" olarak bulunan deliller olarak benimsenmelidir. Hudson v. Michigan, 126 S.Ct. 2159 (2006).

134 *Bkz* İspanyol Yüksek Mahkemesi'nin 5 Haziran 1995 tarihli kararı, RJ 1995. No. 4538, 6058, at 6060, İngilizce tercümesi in THAMAN, COMPARATIVE CRIMINAL PROCEDURE, *supra* note 18, at 118-19.

135 United States v. Cabassa, 62 F.3d 470 (2d Cir. 1995); United States v. Whitehorn, 829 F.2d 1225 (2d Cir. 1987) (arama kararı, arama işleminden sonra imzalanmıştır); United States v. Curtis, 931 F.2d 1011 (4th Cir. 1991).

136 Her ne kadar, bu durum ara sıra kabul görse de, *bkz.* United States v. Buchanan, 910 F.2d 1571 (7th Cir. 1990), Birleşik Devletler'deki **egemen** bakış açısı, bu istisnaın kabul edilmesi durumunda, arama kararı alınması gerekliliğinin anlamsızlaşacağı şeklindedir. Amerikan mahkemeleri, bu argümanı, yine elde edilen delilin "kaçınılmaz" olarak keşfedildiğini göstermeye çalışılmasına ilişkin olarak da, reddetmişlerdir. United States v. Johnson, 22 F.3d 674 (6th Cir. 1994); United States v. Echegoyen, 799 F.2d 1271 (9th Cir. 1986); State v. Handtmann, 437 N.W.2d 830 (N.D. 1989); United States v. Brown, 64 F.3d 1083 (7th Cir. 1995).

137 *Bkz.* Ransiek, *supra* note 115, at 566.

deneme; esasında profesyonel yargıçlarda hep varolan ve önlerine gelen delil, hukuk düzenin temelinde yatan önemli bazı hakların ihlali yoluyla elde edilmiş olsa dahi, kendilerinin gerçeği araştırmaya yönelik soruşturma yetkilerini azaltan hukuk kurallarına ilişkin duydukları ezeli memnuniyetsizliklerini açığa çıkartmaktadır[138].

3. Dengeleme Testleri

Eğer bir arama işlemi sırasında yapılan bir ihlal anayasal bir nitelikte değilse ve dddışlama kuralı da doğrudan yazılı hukuk tarafından düzenlenmemişse, bu takdirde mahkemelerin büyük çoğunluğu daha fazlasına ihtiyaç duymadan bu delilleri kabul edecektir. Bir kez anayasal bir ihlal gerçekleşirse (örneğin bir arama kararı veya makul sebep olmadan arama yapılmışsa), bu takdirde katı dışlayıcı kuralların taraftarları "dengeleme"nin zaten gerçekleştirildiğini ve delilin dışlandığını söyleyeceklerdir[139]. Bununla birlikte, arama işleminin Anayasa dışı olduğunun kabul edildiği hallerde bile, **bazı ülkeler yapılan hukuka aykırılığın anayasal önemine karşın, yine de bu delillerin kabul edilebilirliği noktasında yargıca bir takdir yetkisi tanıyacaklardır[140].**

Amerikan mahkemeleri konutta gerçekleşen arama işlemlerine ilişkin vakıalarda dengelemeyi, yalnızca, aramayı yapan görevlinin, aramaya ilişkin yargı kararını temin etmesi durumunda gerçekleştirecektir. Eğer bu görevli, "iyiniyetle", "makul sebep" noktasına ulaşabilecek yeterli delile sahip olduğunu düşünmüşse, bu takdirde, delil, yargıç kararı alınmasında hataya düşülmüş olsa bile geçerli sayılacaktır[141]. Gerçekten, görevlinin "iyiniyeti", çoğu

---

138 Jürinin, adalete daha iyi hizmet edeceği düşüncesiyle arzu edilen gaye olarak gördüğü beraat kararına ulaşabilmek için bazen yasayı göz ardı edebildiği gerekçesiyle jüri sistemini terketmiş olan bazı ülkelerde; bu kez yargıçların aksi yöndeki bir amaca yani mahkumiyet kararına ulaşabilmek için aynı şeyin yapılmasına izin veriyor olmaları ironik bir durumu yansıtmaktadır. **Yalnızca, denetim mahkemeleri bunu yaptıkları zaman, bu durum *hukuka dönüşmektedir*.** Jürilerin eski dönemlerde yasayı nasıl göz ardı ettiklerine ve bu suretle maddi hukukta, örneğin cinayet davalarında nasıl değişikliklere sebebiyet verdikleriyle ilgili bkz. Thomas Andrew Green. Verdict According to Conscience. Perspectives on the English Criminal Trial Jury, 1200-1800 33, 98 (1985) (Univ. of Chicago) (Chicago, London).

139 Ransieck, *supra* note 115, at 569.

140 Bu gibi testler arasında, § 78 PACE-İngiltere'de yer alan "muhakemenin adil olması" şeklindeki dengeleme testi ve Yeni Zelanda'da 2002 yılında bir mahkeme tarafından geliştiririlen test sayılabilir. *Supra* note 37.

141 United States v. Leon, 468 U.S. 897 (1984). Bu istisna, yalnızca polisi alıkoyan ancak yargıçlara bir etkisi olmayan Anayasa'nın 4. Eki'ndeki dışlayıcı kuralın sözde amacı tarafından mazur kılınmıştır. Kendisinin iyiniyetle hareket ettiğine inanan

dengeleme testinde, anayasal ihlale rağmen, delillerin geçerliliğine ilişkin bir etmen olarak ortaya çıkmaktadır[142].

Ancak, dengeleme testleri, aynı zamanda yapılan ithamın (veya şüphelenilen suçun) ciddiyetini ve delilin, davasını oluştururken Savcı için taşıdığı önemi de dikkate alma eğilimindedir. Bu durum esasında, daha yüksek cezaların verildiği ve bu nedenle, bir açıdan, mahremiyetin anayasal koruması üzerinde hakikatin ortaya çıkartılmasına yönelik soruşturma görevinin yüceltildiği çok önemli davalarda, dışlayıcı çözümün ertelenmesi anlamını taşır[143].

Dengeleme testi üzerine kurulu geniş ve açık bir "adil olma" kriterinin kullanıldığı ülkelerde, bir konutun yasadışı aranması sonucu elde edilen delilin dışlanmasına ise çok nadiren rastlanmaktadır[144].

---

bir polis görevlisi, bu nedenle alıkonamayacaktır. Ancak, bu durumun, polislerin zayıf eğitimleri üzerine verilen bir ödül niteliği taşdığı yönündeki eleştiriler için bkz. Mahoney, *supra* note 32, at 611.

142 *Id.* at 610; Ransieck, *supra* note 115, 15 566 (Almanlar, dışlamayı, yalnızca ağır bir ihlal söz konusu ise ve yargı kararı alınmasından kasten kaçınılmış ise kabul edeceklerdir).

143 Bkz. Mahoney, *supra* note 32, at 611'da dışlama kriterinin, daha ağır yaptırımı gerektiren vahim suçlar yönünden daha yüksek tutulması gerektiğine hükmeden bir Yeni Zelanda mahkeme kararı zikredilmektedir. *Goodwin* [1993] 2 N.Z.L.R. 153, 171, CA. Bir Amerikalı profesör, belirli çok ciddi davalara ilişkin yapılan soruşturmada dışlayıcı kuralın tamamen ertelenmesi çağrısında bulunmaktadır. John Kaplan, *The Limits of the Exclusionary Rule*, 26 STAN. L. REV. 1027, 1046-49 (1974). Genel Alman dengeleme testi, bu yaklaşımı benimsemektedir. Alman Anayasa Mahkemesi, kendi yarattığı içtihatlarına, devletin, adaletin etkili yönetimini sağlama yükümlülüğü şeklinde yeni bir anayasal ilkeyi tanımlamıştır. Burada, Alman "sosyal devlet"inin, bireysel bir hakkının ihlal edildiği iddiasında bulunan bireylerin zararına olarak nasıl çalıştığı görülebilir. İtalyan mahkemeleri ise, "delilin yayılmazlığı" adı altında yeni bir anayasal ilke icat etmiş olup, bu ilkeyi maddi gerçek ilkesi ile birlikte, 1988 tarihli İtalyan CMK'nun orjinal şeklindeki bulunan ön ifade ile ilişkili olarak, dışlayıcı kuralları geçersiz kılmak maksadıya kullanmaktadır. *Bkz.* Dec. 24 (Jan. 31, 1992), Giur. Cost. 1992, 129; Dec. 255 (June 3, 1992), Giur. cost. 1992, 1961. Tartışma için, *see* Allessandro Honert, *Der italienische Strafprozess: die Fortentwicklung einer Reform*, 106 ZStW 427, 434-36 (1994).

144 Avustralya'da 1990'lara kadar, bu tarz davalarda delillerin göz önüne alınmaması şeklinde bir kuraldan bahsedilmesi dahi söz konusu değildi, ta ki, George v. Rockett, (1990) 93 A.L.R. 483 kararına kadar. Bu kararda, başkaca olgular bulunmaksızın, sadece "makul şüphe sebepleri"yle baştan savma bir onaya dayanan arama kararı üzerine bulunan delillerin göz önüne alınmaması esası benimsenmiştir. Bradley, *Mapp, supra* note 35, at 381. Kanada'da ise, mahkemeler, "iyiniyet" istisnasını kabul etmekte ve bir arama kararı çıkartılmamış olsa bile, polisin makul bir sebebinin olması durumunda normalde delillerin göz önüne alınmaması gibi bir karar verilmemektedir. *Id.* at 383-84.

F. *Göz Önünde Bulundurulmayan İletişimden Kaynaklanan Bilginin Soruşturmayı İlerletmek Üzere Kullanılması*

*Miranda*ya uygun olmayan ikrarlar ile, hukuka aykırı olarak tespit edilen iletişimler, göz önünde bulundurulmasalar ve hakları ihlal edilen kişiye karşı delil olarak kullanılamasalar da, bunlar halihazırda, daha ileri aşamada, etkilenen kişiye karşı kullanılmak üzere fiziksel ve tanıklığa bağlı delillerin toplanmasında faydalı durumdadırlar. Üzerinde zanlının parmak izleri bulunan cinayet silahı, zanlıyı, sorguyu yapanlara söylenmiş veya bir telefonda duyulmuş olsun veya olmasın, suçluluk ikrarına eşdeğer nitelikte yerin dibine batırır. Açıktır ki, hukuka aykırı olarak yapılan dinleme faaliyetinin "meyveleri" bir kimseyi mahkum ettirmek üzere kullanılırsa; bu takdirde, kolluk güçlerinin, bu soruşturma aracının türetilmiş yararlılığına uygun olarak, ortada makul sebep veya yargı kararı bulunmaksızın, kişilere ait özel mekanlara gizlice dinleme araçları yerleştirmelerini engelleyen bir dürtü de kalmayacaktır. Gerçekten, Sovyetler Birliği'nde ve onun ardılı olan ülkelerdeki ceza soruşturmacıları gerçek veya hayalî suçlulara ilişkin takibatlarda, dinlemeyi gizli tutmalarını sağlayan suçlayıcı deliller ile bir bağlantıyı iddia (veya icat) edebildikleri sürece, kendilerine yardımcı olması için milyonlarca telefon konuşmasını gizlice dinlemişlerdir.

Örneğin hem Almanya'da hem de Birleşik Devletler'de, sorgulama sırasında yasadışı tespit edilmiş olan görüşmelere ilişkin ses kayıtlarının kullanılmasının, yasadışı ele geçirilmiş deliller ile karşılaşıldığı zaman, şüpheli tarafından yapılan suçlayıcı açıklamaları değersizleştireceği kabul edilmektedir[145]. Buna karşın, Almanya'da, iletişimin yasadışı tespiti ile keşfedilen tanıkların, tanıklık yapmaları kabul edilmektedir[146]. Yaklaşımlarında bazı farklılıklar olmakla birlikte, Birleşik Devletler'de, yasadışı tespit edilmiş görüşmelerin, tanıklık yapan bir zanlının tanıklığını reddetmek üzere kullanılabilmesi mümkündür[147].

---

145 Gelbard v. United States, 408 U.S. 41 (1972) (tanığın Büyük Jüri önünde, yasadışı olarak tespit edilmiş görüşmelerle ilişkili soruları yanıtlamayı reddetmesine izin verilmektedir); and BGHSt 27, 355, 357-58 (1978), İngilizce tercümesi in THAMAN, COMPARATIVE CRIMINAL PROCEDURE, *supra* note 18, at 119-21.

146 BGHSt 32, 68 (1983), Bkz. Weigend, *supra* note 53, at 197. Cf. Michigan v. Tucker, 417 U.S. 433 (1974), bu kararda *Miranda* haklarının ihlali yoluyla elde edilen bir ikrardan hareketle ulaşılan bir tanığın yaptığı tanıklığın kabul edilemeyeceği iddiası reddedilmiştir.

147 Bu duruma, Anayasa'nın 4. Eki'nin ihlali suretiyle ele geçirilen fiziksel delillerle ilgili olarak izin verilmiştir, United States v. Havens, 446 US 620 (l980). Her ne kadar bazı mahkemeler, Birleşik Devletler'in gizli telefon dinlemeye ilişkin mevzuatındaki, yasal dışlama kuralını, zanlının yasadışı tespit edilmiş görüşmeler kullanılarak itham edilmesinin yasaklanması şeklinde yorumlasalar da, People v. In re A.W., 982 P.2d 842 (Colo. 1999), bazı fedral mahlemeler halen bu tarz bir

Bununla birlikte, İspanyol hukukunda yer alan LOPJ-§ 11.1 hükmüne göre, görüşmelerin tespiti alanındaki (yargı kararının bulunmaması, makul sebebin bulunmaması şeklindeki) anayasal ihlalin sonucu olarak bulunan fiziksel deliller, "zehirli ağacın evesi" olarak kabul edilecek ve yargılama sırasında hiçbir şekilde kullanılamayacaktır[148].

G. *Hukuka Aykırı Olarak ele Geçirilen Nesnelerin veya Bilginin Üçüncü Kişilere Karşı Kullanılması*

Birleşik Devletler Federal Yüksek Mahkemesi'nin içtihatlarına göre, yalnızca yasadışı olarak yürütülen soruşturma sürecinde hakları ihlal edilen kişiler, bu süreçte elde edilen delillerin göz önüne alınmaması için harekete geçebilirler[149]. Delillerin dışlanması kuralına getirilen bu sınırlama, gerçekte, arama işleminin yapıldığı yerde birden fazla kişinin bulunduğu veya soruşturmanın hedefinde olan kişinin orada hazır bulunmadığı tüm hallerde, yurttaşların anayasal koruma altındaki mahremiyet haklarının kasten ihlaline onay verilmesi anlamını taşımaktadır[150]. Bu yaklaşımın olumsuz yanı ise, Kaliforniya Yüksek Mahkemesi'nin uzun süre reddedilen bir kararında ifadesini bulmaktadır: "Bu durum, kolluk görevlilerin üçüncü kişilerin haklarını ihlal etmelerine adeta davetiye çıkartmakta ve başka kişilerin mahkum edilebilmesi için hakları ihlal edilmiş olan bir suçlunun kaçışıyla, kendilerine karşı hukuka aykırı olarak elde edilmiş delillerin kullanılması arasında bir değiş tokuş uygulanmaktadır"[151].

---

kullanıma izin vermektedir. United States v. Baftiri, 263 F.3d 856 (8th Cir. 2001). Cf. La Fave et al, *supra* note 48, at 287.

148 *Bkz.* Juan-Luis Gomez Colomer, *La intervención judicial de las comunicaciones telefónicas a la luz de la jurisprudencia*, Revista Jurídica de Catalunya, No. 1 (1998), 145, at 162-63,

149 Rakas v. Illinois, 439 U.S. 128, 132 (1978). Alman (hukuk alanı teorisi – *Rechtskreistheorie*) de benzer bir sonuca ulaşmaktadır.Bkz. Claus Roxin, Strafverfahrensrecht 166 (24th ed. 1995); cf. Ernst Beling, Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess 35 (1903).

150 Örneğin Birleşik Devletler Federal Yüksek Mahkemesi, bir araç içerisinde yalnızca o aracın sahibinin mahremiyet beklentisinin olabileceğine karar vermiştir. Rakas v. Illinois, 439 U.S. 128, 148 (1978). Konutta gerçekleşen arama işlemlerine ilişkin olarak ise, yalnızca konutun sakinlerinin veya geceyi orada geçiren misafirlerin makul bir mahremiyet beklentisi içerisinde olabileceklerine karar verilmiş ve böylece hukuka aykırı arama işleminden şikayetçi olabilmek için "sabit olma" koşulu yaratılmıştır, Minnesota v. Olson, 495 U.S. 91, 96-97 (1990), yalnızca gün için hukuka aykırı işleme muhatap olanlar ise bu kapsamda değerlendirilmemiştir. Minnesota v. Carter, 525 U.S. 83, 90 (1998)

151 People v. Martin, 290 P.2d 855, 857 (Cal. 1955).

V. SONUÇ

Bugün insan haklarının yükselişe geçmesi, 20. yüzyılın ilk yarısındaki terörün doğrudan bbbir sonucudur. O dönemin faşist, komünist veya başka türlü otoriter diktatörlüklerinde, insanlar kesintisiz bir şekilde baskınlara, muhbirlere ve işkenceye maruz kalıyorlardı. Adaletin yönetiminde ise, maddi hakikat ilkesi kraldı. Bu soruşturmanın ortaya koyduğu üzere maddi hakikat, insanın onurunu ve mahremiyetini koruyan önemli bazı insan hakları sıklıkla ihlal edilse de, yine de halen tahtında oturmaktadır. Kendi soruşturma organlarının doğrudan veya dolaylı şekilde Anayasayı ihlal ederek elde ettikleri delilleri kullanmak üzere, açık yasal boşlukları veya belirsiz dengeleme ilkelerini bünyesinde barındıran bir hukuk sistemini, hukukun üstünlüğü ilkesine bağlı bir devlet anlayışının ruhu ile birleştirebilmek çok zordur.

Bu yasal boşluklar mevcut olduğu sürece, anayasal haklar, devlet görevlileri tarafından rutin bir şekilde ihlal edilecektir. Özellikle, duruşmayı yürüten yargıcın aynı zamanda, ileri sürülen ithamın maddi gerçekliğini araştırmakla yükümlü olduğu sistemlerde, bu yargıçlar bir Herkül gibi dengeleme işini uygularken içgüdüsel olarak maddi hakikat ilkesine öncelik verecekler ancak doğal olarak bu ilkenin özgürlükleri garanti altına alan rolünü gözden kaçıracaklardır. Soruşturma organları ve duruşmayı yürüten yargıçlar – hakikatin belirlenmesi şeklindeki – aynı görevi yerine getirirken, duruşmayı yürüten yargıcın tarafsızlığı mutlaka zedelenecektir, çünkü hakikat, zanlının insan haklarını daima bir koz olarak kullanacaktır. İster hukuka uygun isterse hukuka aykırı olarak elde edilmiş olsun, özellikle fiziksel deliller, daima hakikatı anlatırlar. Bu nedenle, yapılması gereken yargısal dengeleme işlemi, sözü edilen sistemlerin çoğunluğunda, bir sorgu yargıcı tarafından gerçekleştirilmemeli ancak daha ziyade tarafsız bir soruşturma veya özgürlük yargıcı tarafından gerçekleştirilmesine özen gösterilmelidir.

Bugün modern anayasalarda ve temel insan hakları belgelerinde özel olarak vurgulanan mahremiyetin korunması ve susma hakkı, hukukun üstünlüğü ilkesine bağlı olan devletin henüz kuruluşunda kabul edilmelidir. Bu nedenle, her zaman varolagelen istisnalar ise, yalnızca diğer eşit düzeydeki temel hakların - ki kanımca, bunlar ancak yaşam hakkı, kişi özgürlüğü ve malvarlığı haklarının tehlikede bulunduğu hallerle sınırlı olmalıdır - söz konusu olduğu hallere özgü olarak, dar ve çok iyi tanımlamış şekilde kabul edilmelidir[152]. Yine, "gecikmesinde sakınca bulunan hal" ve "kaçınılmaz

---

[152] Birleşik Devletler Federal Yüksek Mahkemesi *Miranda*-uyarıları yükümlülüğüne, yaşamın veya sağlığın tehlikede olması durumlara özgür bir istisnayı marifetli bir şekilde yerleştirmiştir. New York v. Quarles, 467 U.S. 649, 655-56 (1984).

keşif" istisnalarının da, mahremiyete müdahale içeren vakıalarda daha katı bir şekilde uygulanması ve böylelikle, kolluk görevlileri tarafından suiistimal edilmelerinin önlenmesi gerekir[153]. Dahası, hakları ihlal edilmiş olsun veya olmasın, her zanlının kendisi aleyhine kullanılan bir delilin elde ediliş biçiminin hukuka uygun olup olmadığını sorgulayabilme imkanı bulunmalıdır.

Yurttaşların, susma hakkı ile korunan kişisel haklarının ihlal edilmesini önlemenin en iyi yolu, susma hakkının bildirilmesinin ardından müdafii yardımından yararlandırılmadan alınmış olan tüm açıklama ve ikrarlara olduğu gibi, bunların meyvelerine de katı bir dışlayıcı kuralın uygulanmasıdır[154]. Buna ek olarak, ikrara yalnızca bir *savunma delili*[155] olarak bakılmalı ve Birleşik Devletler'de Savcı ile bir dava pazarlığı *(plea bargaining)* konusu olarak ve Almanya'da ise bir ikrar pazarlığı veya *(absprachen)* olarak müzakere edilmelidir. Dahası, ikrar, maksimum mahkumiyet cezasından *mutlaka* bir indirim sağlamalıdır[156].

Eğer kolluk görevlileri, kendi görevlerini hakikati araştırmak amacıyla yerine getirirlerse ve zanlının eyleminin ağır niteliğine uygun olarak maksimum mahkumiyet cezasının temini için uğraşırlarsa, bu takdirde, soruşturmanın yürütülmesi esnasında hukuk devleti ilkesine tam olarak riayet etmek ve zanlının kendi kendisini suçlamasının yardımından medet ummamaları gerekir. Diğer yandan ise, eğer, yargılama sürecinde, maddi hakikatin ortaya çıkartılabilmesi için şüpheli-zanlının yardımına gereksinim duyuluyorsa, bu takdirde onu bu tarz bir işbirliğinde bulunmaya cesaretlendirecek müsamahayı göstermeye hazır olmak zorundadır. Bu noktada, Güney Afrika Hakikat ve Uzlaşma Komisyonu'nun hakikati ortaya çıkartabilmek için sunduğu müsahamalı yaklaşım göz önüne alınmalıdır. Aynı mantık makul sebep, gecikmesinde sakınca olan hal veya bir arama kararı olmaksızın, şüphelinin evini aramak için rızasını isteyen polise de uygulanmalıdır. Bu durumda, böylesi bir arama işlemini kabullenmeyi reddetme hakkı konusunda bilgilen-

---

153 Örneğin (sözgelimi gece vakti olduğu için) mevcut bir yargıçtan yoksun olunması hali, kesinlikle arama işlemi için gerekli olan yargı kararı alınması yükümlülüğünün bir istisnası olmamalıdır. Stephan Beichel & Jörg Kieninger, *'Gefahr im Verzug' auf Grund Selstausschaltung des erreichbaren, jedoch 'unwilligen' Bereitschaftsrichters?*, NEUE ZEITSCHRIFT FÜR STRAFRECHT (NStZ), 2003/1, 10, at 11.

154 Bu tarz bir düzenlemenin güzel bir örneği 2001 tarihli Rusya Federasyonu Ceza Muhakemesi Kanunu'nun § 75(2)(1). maddesidir ki, bu madde ile, müdafi olmaksızın alınan herhangi bir ikrarın kullanılması, zanlı ilk sorgulanması sırasında müdafi yardımından yararlanma hakkından vazgeçmiş olsa bile, daha sonra soruşturmanın ileri safhalarında veya kovuşturma evresinde ikrarını geri alması halinde, yasaklanmaktadır.

155 Bu tarz bir yaklaşım İtalyan-CMK § 65(2). maddesinde bulunabilir.

156 Thaman, *Gerechtigkeit*, *supra* note 95, at 314-15.

dirilmesi[157] ve yine bu tarz bir kabullenmenin tavsiye edilebilirliği konusunda müdafiine danışma imkanının kendisine sağlanmış olması gerekir[158].

Ceza muhakemesinde deliller zanlının bir noktaya kadar suçlu olduğunu gösterse bile, düşme veya beraat kararı verilmesi, hiçbir insan hakkını ihlal etmez. Bir şiddet olayının mağduru, fail mahkum edilse bile yine de mağdur olarak kalır! Uuyuşturucu madde suçlarında olduğu gibi, sosyal düzene karşı işlenen mağdursuz suçlarda ise, kolluk güçleri, örneğin polisin hangi mahallelere gönderileceği, enerjilerinin hangi çetelere veya gruplara yönlendirileceği, gizli görevli ajanların hangi koşullarda kullanılacağı gibi konularda son derece geniş takdir yetkileri kuşanmışlardır. Aynı şekilde, kanun koyucunun da hangi mağdursuz eylemlerin suç olarak düzenleneceği ve hangilerinin idari yaptırım ile karşılanacağını belirleme gibi hususlarda geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır[159]. Bu açıdan, örneğin, Alman Anayasa Mahkemesi'nin, "adalet yönetiminin iyi işlemesi"ne yönelik taleplerin terazide daha ağır bastığı düşüncesiyle, Anayasa'nın bu gibi eylemlerle ihlal edilmesine müsahama gösterilmesi gerektiği yönündekideki gerekçesi, artık kabul edilemez. Şimdi, tarihsel olarak, arkasına kamu otoritesinin gücünü almış bulunan aşırı istekli kolluk güçlerine karşı yurttaşların haklarını korumak üzere yapılandırılmış olan Anayasaları ve insan hakları sözleşmelerini tanımak ve uygulamak zamanıdır ama asla, "insan haklarının feda edilmesi pahasına etkili bir adalet yönetiminin sağlanması" şeklindeki aksi değildir. Eğer suçlar insan hakları ihlal edilmeksizin soruşturulamıyorsa, bu aslında devletin yasaların uygulanmasına çok az yatırım yapması yüzündendir: personel sayısının azlığı, eğitimin yetersizliği, suçu ortaya çıkartmaya yönelik modern teknolojilerin eksikliği…Eğer meseleye bu açıdan bakılacaksa, yasaların uygulanması konusunun, insan hakları ihlal edilmeden önce de yetersiz olduğu görülecektir.

Yargının ise, bazı zamanlarda, anayasal hakların korumasından bir şekilde uzaklaşabilmek maksadıyla, birtakım anlamsız mantık zorlamaları

---

157 Bu tarz bir kararın gerekliliği şu yasalarda düzenlenmiştir: per § 4.1 Code of Practice B, PACE-İngiltere (2002), ve § 766 Code de Procédure Pénale (Fransa). Birleşik Devletler'de ise bu tarz bir karar alınmasına gerek yoktur. Schneckloth v. Bustamante, 412 U.S. 218 (1973).

158 Bkz. İspanyol Yüksek Mahkemesi'nin 8 Temmuz 1994 tarihli kararı. (Spanish Supreme Court), RJ 1994, No. 6261, 7983, 7983-84, İngilizce tercümesi in THAMAN, COMPARATIVE CRIMINAL PROCEDURE, *supra* note 18, at 55.

159 Birleşik Devletler'de parmaklıkların arkasında bulunan 2 milyondan fazla kişinin, büyük çoğunluğu mağdursuz suçlardan içeride bulunmaktadır ve buradan hareketle, suçlu bir kişinin beraat ettirilmesinin pozitif bir sosyal eylem olarak görülmesi gerektiğinin söylenmesi, bir abartı değildir. Paul Butler, *Racially Based Jury Nullification: Black Power in the Criminal Justice System*, 105 YALE L. J. 677, 715 (1995)

kullanmamak konusunda dikkatli davranması gerekir. Anayasaya aykırı olarak gerçekleştirilen bir arama işleminde, o işlemin amacı olan, bulunan eşyaya el koymayı, anayasal ihlalin doğrudan sonucu değildir şeklinde tanımlamak, ancak, bunu yapanın kendi zihninde yarattığı daimi Anayasada karşılığını bulan sözde bilimsel bir hukukî kılı kırk yarma örneği olarak görülebilir[160]. Anayasal bir statüye sahip bulunmayan hakikatin aranması ise; devletin, insan kişiliğinin özgürce gelişimi için[161] gerekli olan özel alanlarda delil toplamasını yasaklayan mahremiyet hakkına ve bunun yanında şüphelinin insan onurunu, devlet etkisiyle kendi kendini mahvetmekten koruyan susma hakkına ilişkin korumalardan, daha üst bir statüye yükseltilmiştir.

---

[160] Jürinin, yalnızca inandığı sonuca ulaşabilmek ve sanığı beraat ettirebilmek için yasayı göz ardı edebilme gücünü ifade eden "jürinin hükümsüz kılması" sistemi nedeniyle Kıta Avrupası sistemi yargıçları, jüri mahkemesini eleştirmektedir. Ancak, bu yargıçlar arasında aynı eğilim, tam aksi bir sonuca yani başka türlü asla mümkün olmayacak bir suçluluk kararına ulaşabilmek için, anayasa hükümlerini yok saymayan çalışmak şeklinde ortaya çıkmaktadır. Her halûkarda, İtalyan yargısı, yüksek yargı içtihatları ile, İtalyan-CMK § 191. maddesi ile hedeflenen kategorik delillere ilişkin kullanma yasağını etkili bir şekilde "geçersiz kılmayı" başarmıştır. Birleşik Devletler'de jürinin hükümsüz kılması sisteminin rolü için bkz. Darryl K. Brown, *Jury Nullification Within the Rule of Law*, 81 Minn. L. Rev. 1149, 1173-75 (1997).

[161] Ransiek, *supra* note 115, at 568.