

**Genç Hukukçular  
Hukuk Okumaları**



**Birikimler 3**



*Genç yaşında şık adamlar kervanına katılarak, bizleri daha dikkatli olmaya sevk eden Numan ARIMAN kardeşimizi rahmetle anarken, değerli eşi Şerife Gül ARIMAN kardeşimize de sabır ve metanetteki örneği için şükranlarımızı sunuyoruz.*

*Bu çalışma 12. yılında tüm istikrarlı-özverili Genç Hukukçular'a ithaf edilmiştir.*



Genç Hukukçular Hukuk Okumaları

**Birlikler 3**

Editör: Muharrem Balcı

İstanbul, 15 Aralık 2009

***Hukuk Vakfı***

(0 212) 533 80 59

Kapak Tasarımı: Step Ajans

Teknik Hazırlık: Hüseyin Gül

Baskı: Step Matbaacılık

# İçindekiler

<b>Önsöz</b> .....	5
<b>Takdim</b> .....	7
<b>Hukuksal ve Siyasal Açıdan Meşruiyet</b> .....	9
M. Buhari ÇETİNKAYA	
<b>Thomas More'un Yaşamı ve Utopia Üzerine</b> .....	33
Mehmet Akif YILDIRIM	
<b>Adil Yargılanma Hakkı</b> .....	45
Kaya KARTAL	
<b>Amerikan Anayasa Mahkemesi</b> .....	65
İbrahim Hakkı BEYAZIT	
<b>Yargısal Aktivizm ve Yasama Erkinin Gaspı</b> .....	73
Şerife Gül ARIMAN	
<b>Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Hukukun Laikleşmesi</b> .....	85
Kaya KARTAL	
<b>İfade Özgürlüğü ve TCK 301</b> .....	91
İbrahim Hakkı BEYAZIT	
<b>Gizliliği İhlal ve Adil Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs Suçları Bağlamında Basın Özgürlüğü</b> .....	111
Gökhan TÜRKOĞLU	
<b>TCK'da Bilişim Suçları</b> .....	133
Mehmet KALAY	
<b>Türkiye'de Radyo ve Televizyon Yayıncılığının Denetlenmesi Bağlamında RTÜK: Görevleri, Yapısı ve Eleştiriler</b> .....	141
Nurettin BOZKURT	
<b>Genel Olarak Basın Hukuku</b> .....	151
H. Serdar TABANOĞLU	
<b>Genel Bilgi Toplama Yönergesi ve GBT Uygulaması</b> .....	169
Necmettin AYDIN	

<b>Rıza İle (Gönüllü-Muvafakatlı) Arama</b> .....	195
A. Cihan TÜRKER	
<b>Gözüaltına Alma ve Gözüaltına İlişkin Usuli İşlemler</b> .....	209
Nurettin BOZKURT	
<b>İddianame</b> .....	235
Musa ÇATALOĞLU	
<b>Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu (TCK 216)</b> .....	289
Mahir ORAK	
<b>İhmalî Davranışla Kasten Adam Öldürme TCK 83</b> .....	301
A. Cihan TÜRKER	
<b>Yeni Vakıflar Kanunu ve Yönetmeliğine Sivil Değerlendirme</b> .....	311
Muharrem BALCI	
<b>Hisbe Teşkilatı</b> .....	319
Cahide Gülnur SARI	
<b>Hukuki Denetim Aracı Olarak STK'lar</b> .....	335
Uğur Osman ZİNCİR	
<b>Medeni Muhakeme Hukuku'nda İstinaf Kanunuyolu</b> .....	357
Münevver Kübra BAKIRCI	
<b>Türkiye'de Kur'an Kursları ve Din Eğitimi Raporu</b> .....	399
Leyla DEMİR-Sezgin TUNÇ	
<b>Şemdinli Davası İnceleme Raporu</b> .....	411
Yasin DIVRAK	
<b>Sorunlu Askerî Yargı ve Çözüm Önerileri</b> .....	481
Şerife Gül ARIMAN-Mahir ORAK-Sezgin TUNÇ	
<b>Yoksulluk Ekseninde Engellilerin Eğitimi</b> .....	495
Arzu BESİRİ	
<b>Hasta Hakları Açısından Genel Sağlık Sigortası Değerlendirmesi</b> .....	507
Münevver Kübra BAKIRCI	
<b>Geri Dönüşü Olmayan Karar: Sezaryen</b> .....	541
Behiye Gürbüz GÜNEL	
<b>Yardımcı Üreme Teknikleri Raporu</b> .....	555
Canset YILDIZ-Dilşah Büşra KARTAL-Beyza TİRYAKİ	
<b>Dizin</b> .....	575

# Önsöz

**E**linizdeki kitap, ideolojilerin ve siyasi düşüncenin bittiğinin vehmedildiği, komformizmin ve riske dayalı tüketim kültürünün toplumu kuşatması ile gelecek kaygısının insanları tebaa haline dönüştürdüğü, kolay kazanma seminerlerinin kovalandığı bir dönemde; ekol olmanın ve hukuk bilincinin öneminden bahseden, adanmışlığı ve risk yerine rızık kültürünü gündemine alan, hukukun, toplumun kılcal damarlarına kadar yaygınlaştırılmasını dert edinen ve gün geçtikçe daha da büyüyen bir grup Genç Hukukçunun 12 yıllık birikiminin bir bölümünü oluşturmaktadır.

Toplumun ve bizatihi kendisini hukukçu olarak tanımlayan insanların hukukla ilgilerinin giderek zayıfladığı, hukuk algısının pozitif hukukla bir başka deyimle mevzuatla sınırlı hale geldiği bir dönemde yaşadıkları anın tanıkları olmak isteyen, makineleşmiş sanayi toplumunun dışlilerinden birisi değil, oyunbozan olma iddiası gütmek zorunda olduklarını düşünen bir grup hukukçunun başlattığı Genç Hukukçular Hukuk Okumaları Grubu 12 yıldır yürüttüğü çalışmasını BİRİKİMLER III ile bir kez daha taçlandırmıştır.

On kişiyle başlayan grup çalışması, bugün salonlardan taşmakta, seksen kişilik ders ortalaması, yaklaşık ikiyüzelli kişilik takipçisi ile yeni bir formata evrilmektedir. Hiç ara vermeksizin her Salı akşamı devam eden çalışmanın en ayırt edici özelliği, bütün katılımcılarının öğrenci bilincini taşıması ve bütün öğrencilerinin grubun sahibi rolünü üstlenmiş olmalarıdır. “Neden bir hukuk ekolümüz yok?” sorusunun sıkça tekrarlandığı bir dönemde, okul olma iddiası taşımadan yola çıkan bu grup, ekolleşme yolunda emin ve kararları adımlarla ilerlemektedir.

Grup çalışmalarının meyvesi niteliğinde olan BİRİKİMLER’in ilk iki sayısı birçok kütüphanede yerini almış olup birçok ehil kimse tarafından okunmuştur. Ayrıca makale ve tezlerde kullanılmış ve yeni sunumlar yapmak isteyen genç hukukçulara yardımcı ve referans kitap halini almıştır. BİRİKİMLER III ise ilk iki kitabın sağladığı deneyimle, daha olgun bir biçim ve içerikle, 12 yıllık birikimimizi beğeniniz ve eleştirilerinize sunduğumuz önemli bir kaynak olma vasfını taşımaktadır.

Genç Hukukçular Hukuk Okumaları Grubu klasik entelektüel seminer gruplarından farklı olarak BİRİKİMLER’ini ortaya koyarken burada edindikleri “Hukuk Bilinci” ile hukuku yaygınlaştırmak adına çeşitli sivil kuruluşların mutfaklarında yer almaktadırlar. İnsan haklarından hasta haklarına, tüketici haklarından gıda güvenliğine ve baro çalışmalarına kadar birçok alanda rol alan grup öğrencileri hakkı ve adaleti ayakta

tutma vazifelerini yerine getirme gayreti ile dertlerinin ne olduğunu göstermişlerdir.

Geçmişten günümüze bir ekol [okul] olarak intikal etmiş büyük hukukçuların güttüğü kaygıları, iddiaları ve hedefleri gütmeye azmindeki Genç Hukukçuların, geldiğimiz noktada en temel tartışma konuları; hukuk mantığı, hak-hukuk-adalet bilinci ve mücadelesi, hukukun yaygınlaştırılmasının kanalları, sabite arayışları ve ideal hukuk sistemi arayışları olmuştur.

Çalışma, öğrencilerden akademisyenlere, avukatlardan yargı mensuplarına birçok yeni katılımı geniş bir hukuk ağı haline almış ve adeta sivil bir hukuk akademisine dönüşmüştür.

Ankara'daki hukuk çevrelerinin talep ve ısrarı ile iki yıldır çalışmalar burada da başlatılmış bulunmaktadır. Artık hedefimiz Türkiye'nin her yerine bu çalışmayı bir model olarak taşımak ve bu sayede hukukun yaygınlaşmasına katkıda bulunabilecek bir hukukçu neslin ortaya çıkmasına katkıda bulunmak, diğer disiplinleri de etkilemek suretiyle "alan çalışmaları" modelini yaygınlaştırmak, böylece farklı alanlarla kurulacak irtibatla "hukukun" diğer alanlarla ortak çalışmalar yapabilmesini de sağlamaktır. Bu sayede 12. yılımızda farklı alanlardaki arkadaşlarımızla çalışmalarımızı birleştirmeye, yan dallarla birlikte üretimlerde bulunarak geleceğin hukuk-iktisat, hukuk-siyasa gibi alan bütünleştirmelerine başlamayı arzu etmekteyiz.

12 yıllık deneyimle anladık ki, medeniyetimizin geleceği ve sömürünün, işgallerin, katliamların bu topraklardan bir kez daha silinip atılması, bu tür çalışmaların yaygınlaştırılıp, hak-hukuk-adalet bilincinin kalplere kadar sirayet etmesindedir.

Bu çalışmanın taşıdığı bu misyona sahip olmasında en büyük emeğe sahip olan üstadımız Avukat Muharrem Balcı ağabeyimize ve bu çalışma içerisinde yer almayı görev addeden Genç Hukukçu arkadaşlarımıza teşekkür ederken yapıp ettiklerimizde öncüllerimizi ve üstadlarımızı anmamak mümkün olamazdı.

Macide'ler ve Aydın'lar bize hukuk mücadelesinin nasıl yürütülebileceğini, Recep Amca'lar bize insanlığımızın, adanmışlığımızın ve kulluğumuzun nasıl olabileceğini, kendine yakışanı yapmanın onurunu ve bereketini gösteren işaret taşlarımız oldular. İyi ki vardılar...

Hukukun yaygınlaştırılması duasıyla...

***Genç Hukukçular adına***

***Av. Kaya KARTAL***

# Takriz

**T**emel Hukuk İlkeleri “uzlaşma”dan doğmuş değildirler. Anayasa dediğimiz Pozitif Hukuk’un bağlayıcı ve yaptırımli üst ilkelerini içeren metin uzlaşmaya dayanır. Toplumdaki bilinçli ve bilge kişilerin de bu Anayasa’yı “ideal”e yaklaştırmak, kavuşturmak için sürekli uyarı görevlerini yerine getirmeleri gerekir.

Bu görev ve ödev yerine getirilmez ise, Pozitif Hukuk ile Olması Gereken Hukuk arasındaki sapma açısı gitgide büyür ve bu sapma açısı toplumun da Hukuk Devleti içinde yaşama mutluluğundan yoksunluğunun derecesini gösterir.

“Batılaşma” sorunundan önce de bu sorunumuz vardı. On dokuzuncu yüzyılın ilk yarısından itibaren “Batılaşma” gayretlerinden sonra da bu sorun devam etti. Hukuk; gücü eline geçirenlerce, sürekli olarak şöyle algılandı: **Hukuk; gücü elinde tutması gerekenleri, beni ve benimkileri bağlamalıdır, Hukuk’un görevi; benim takdîrimi, hatta keyfiligimi tasdik etmek bana tabi olanları da kıskıvrak bağlamaktır.**

Hukuku, ellerinde tuttıkları bir “kırbaç” olarak görenler, ancak bu kırbacı ellerinden kaçırıp da üstelik kırbaç kendi sırtlarında şaklamaya başlayınca, “ver kırbacımı!” anlamında Hukuk talepleri ileri sürerler.

Tabii Hukuk’un ve Hukuk Devleti’nin anlamını bilmiyoruz. Kırbaç bizim elimizde oldukça kırbaç şaklamasını “adaletin berkemal olması”, başka ellere geçince “zulüm” olarak niteliyoruz.

Ahlâk sonunda büsbütün yaya kaldık. Batılı örneklerimiz de böyle! “İnsanlık onuru” terimiyle her ahlâkî sorun çözülmez. **“İki onursuz, birbirinden uğursuz; bir konuda özgür iradeleriyle bir uzlaşmaya varırlarsa, samanlık seyran olur”** mu diyeceğiz? **“Çocuk yararı ilkesi”** de bu alanda tek başına yeterli olmaz. İleride, **“sizin gibi gericilerin rağmen, bu somut olayda çocuk yararı köhne ahlâk pusulanızın gösterdiği yönde değil, tam aksi yöndedir”** diyeceklerin üstün geleceği âşikârdır.

Çanlar kimin için çalıyor? Ne bilelim? Ma’nen sağır olduysak uyarıyı nasıl duyalım? Duysak bile niçin kötüye yoralım? Belki de çağdaş müzik etkinliğidir!

Anayasa'yı mutlaka değiştirmemiz gerek! Değiştiremiyoruz. Yıllardır **“altı kaval, üstü şeşhane”** bir kılıkla Dünya milletler ailesi içinde dolaşıyoruz. **“Bizden beteri var!”** tesellisine sığınmayı hakk ediyor muyuz?

Benim geçliğimde ölkemizde iki Hukuk Fakóltesi vardı. Derken İzmir de katıldı, üç oldu. Bugün, sayısını bilmiyorum. Herhalde otuzu bulmuş veya geçmiştir. Sayıca çokluk ile avunabilir miyiz?

Başta **Muharrem Balcı** Bey'in himmetleriyle, **“Genç Hukukçular Hukuk Okumaları”** topluluğunun emeklerinin boşa çıkmamasını, **Hukuk**'un “Hakk” ile bağlantısındaki “kısa devre”nin giderilmesi amaçlarında başarılı olmalarını niyaz ediyorum.

*Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ*





# Hukuksal ve Siyasal Açıdan Meşruiyet

M. Buhari ÇETİNKAYA



## GİRİŞ

**M**eşruiyet sözcüğünün zihinlerde uyandırdığı kavramın yerli yerine oturtulması, en az meşruiyet kavramının beslendiği ve bu kavramı destekleyen evrensel hukuk kavramlarının zihinlerde netleştirilmesi kadar zordur. Öyle ki bütünüyle “hukuk” kavramına getireceğimiz tanımların, hali hazırda var olan hukuka veya olması gereken hukuka yönelik bakış açılarına göre değişim göstermesi kaçınılmazdır. Rodney Barker’ın belirttiği gibi günümüzde hemen hemen her türlü sosyal ilişkide meşruiyet kavramına atıf yapılmakta, bu durum da ister istemez meşruiyet kavramının içeriğini belirsiz hale getirmektedir.<sup>1</sup>

Meşruiyet kavramını hukuk temelinde açıklamaya çalışmak için olan/olması gereken hukuk ikilemi incelenmeli ve sorgulanmalı, ardından bütünsel bir bakış açısı ortaya konabilmelidir.

Baştan belirtmek gerekirse, meşruiyet kavramı tarih boyunca sürekli tartışıla gelmiştir. Öyle ki; aynı zaman dilimi içerisinde farklı toplumlar, birbirinden farklı meşruiyet kaynaklarını tanımışlardır. Aynı zaman dilimi içerisinde farklı devletler, birbirinden farklı meşruiyet temelleri üzerine inşa edilmişler ve buna rağmen birbirlerini tanıyarak dostane ilişkiler kurabilmişlerdir. Bugün dünya üzerinde bulunan iki yüze yakın ülkenin ve bu ülkelerin hukuk sistemlerinin birbirinden farklı meşruiyet anlayışları vardır. Sadece devletler açısından değil bölgesel ve küresel çaplı örgütler için de bu durumu gözlemek mümkündür.

Meşruiyet meselesini irdelemek, matematiksel bir problemi çözmek gibi kesin bir sonuca ulaşmak demek değildir. Bu mesele üzerinde zihin yormanın tarihi, insanoğlunun kendi özgürlüğü, demokrasisi, modernizmi üzerinde zihin yormasının tarihiyle paraleldir. Öyle ki, siyasi ve felsefi anlayışların değişmesi hukuki paradigmanın değişmesine, hukuki paradigmanın değişmesi, hukuki meşruiyet algısının başka bir kaynaktan beslenmesine yol açmıştır. Bu kaynak ise çoğu zaman iktidarı meşru kılan siyasi meşruiyetin dayanağı olmuştur.

Meşruiyet sorunsalı açısından toplumlar da kafa karışıklığı olduğu aşikârdır. Bu bakımdan farklı toplumların tecrübelerini incelemek, meşruiyet üzerine düşünmek ve bir kavram çalışması olarak meşruiyet kavramı üzerine okuma yapmak bu kafa karışıklığını büsbütün arttıracaktır. Meşruiyeti tartışmak yukarıda izah edilen sebeplerle sonuca varmayan bir tartışma gibi görünse de bu tip kavramların kafa karışıklığına ve zihin yorgunluğuna dönüşmesi faydalıdır. Zira içinde bulunulan siyasal sistemin ve hukuk sisteminin meşruiyet temeli üzerinde her daim sorgulanması ve fert fert bireylerin olmasa bile hukukçuların bu yönde bir zihin yorgunluğunu taşıyor olması; gücü elinde bulunduran erke, meşruiyetine dair sağlam, ikna edici temeller ve kaynaklara sahip olma ve dayanma zarureti yükler.

Bu çalışmamızda meşruiyet sorunsalını hukuki ve siyasi meşruiyet başlıkları altında iki kategoriye indirgemek suretiyle inceleyeceğiz. Bilhassa meşruiyetin bu iki kategori bağlamında kaynağı ve bir kuralı ya da iktidarı insanlar için “meşru” kılan sebepleri araştıracağız.

<sup>1</sup> Rodney Barker, *Political Legitimacy and the State*, Clarendon Pres, s. 20.

## 1. Meşruiyet Kavramının Etimolojisi

Meşruiyet kavramı sözlük anlamı ya da etimolojik kökeni bakımından meşru ve gayrimeşru kavramları doğrultusunda incelenebilir. Meşru kavramı sözlükte dar anlamıyla “yasal” ve dine yani (aynı kökten türediği) şeriata uygun olan anlamlarına gelir. Farklı toplumlarda ise genellikle vicdana, kamu vicdanına, dine, dinin temel kaynaklarına uygun olan, bunlar tarafından onaylanan anlamlarında kullanılmaktadır.<sup>2</sup>

Batı dillerinde meşruiyete muadil olarak kullanılan terimlerin kökeni Latince'dir. “*Legitimus*” kavramı Roma’da hukuka uygun, yasal anlamlarında kullanılmıştır. Her ne kadar geçmişten günümüze meşruiyet kavramı, hukuksal anlamıyla kullanılsa da bu kavramın siyasi çağrışımları da yok değildir. Çiçero, “*Legitium imperium*” ve “*Potestas legitima*” kavramlarını ve benzerlerini hukuka uygun ve hukuka göre oluşturulmuş güçler anlamında kullanmıştır. Geleneksel anlamda dinsel içerikli olarak kullanılan meşruiyet kavramı, modern dönemde seküler içerikli anlamları çağrıştırmaktadır.<sup>3</sup>

Bu açıdan bakıldığında içine tarih yorumu katılması zarureti doğan bir meşruiyet kavramı bulunmaktadır. Meşru sözünden türeyen kavramları tarihsel olarak taşıdıkları anlamlar açısından incelemek gerekirse, **Meşruiyet**, **Meşruluk**; meşru olma, kanuna uygun bulunma; yasalara uygunluk, egemen sistemin hukuksal yapısına, kanun ve kurallarına uygunluk, yürürlükteki yasalarla çelişmemek; haklı çıkarma veya çıkma, mazur gösterme. **Meşrulaştırma**; var olan veya önerilenin, muhatap olan insanlar için en iyi, en istenilen şey olduğunu gösterme süreci; mevcut durumun bir öneri yahut beklentinin genel kabul gören ahlaki veya toplumsal normlara uygun hale getirilmesi, meşruiyet kazandırma anlamlarında kullanılır.

## 2. Hukuksal Meşruiyet, Siyasal Meşruiyet Ayırımı

Öncelikle belirtmek gerekir ki; bu ayrım meşruiyet kavramının birbirinden farklı iki görünümünü ortaya koymamaktadır. Hatta şu şekilde söylenebilir ki; hukuksal meşruiyetin siyasal meşruiyetin bir görünümü olduğu ya da tam tersi şekilde siyasal meşruiyetin hukuksal meşruiyetin bir görünümü olduğu tartışılmakta ve dile getirilmektedir. Ne var ki siyasal meşruiyet ya da hukuksal meşruiyet dendiğinde birbirinden farklı kavramlar kastedilmektedir. Benzerlik ise bu iki kavramın içini dolduran argümanlar ile ilgilidir. Çoğu zaman bir iktidarı siyaseten meşru kılan argümanlar, hukuksal meşruiyetin argümanları olabileceği gibi aynı şekilde bir yasa maddesine meşruiyet kazandıranlar da siyasal meşruiyetin argümanları olabilir.

Tarihi süreç incelendiğinde görülecektir ki birinin, diğerinden önce vuku bulması gerekmektedir. Keza siyaseten meşruiyeti haiz olmayan bir gücün yasama faaliyetleri de gayrimeşrudur. Yahut hukuki meşruiyeti olmayan bir yasaya dayanan ya da hukukun evrensel ilkelerini hiçe sayarak oluşturulmuş bir iktidarın, siyasal meşruiyetinden de bahsedilemez.

Genç Hukukçular Hukuk Okumaları Grubu’nda bu tebliği sunarken konuya ilişkin verdiğimiz örnek; 1986 yılında Meksika’da yapılan Dünya Kupası Finalleri’nde Arjantinli Maradona’nın eliyle attığı goldü. Bu örnekte olduğu üzere çalışmamızın başında golün elle atılıp atılmadığına bakmaksızın yeniden santıra noktasından başlayacak müsabakanın hangi kurallara göre oynanacağı yani hukuksal meşruiyet meselesini inceleyeceğiz.

## HUKUKSAL MEŞRUIYET

Frankfurt Okulu düşünürlerinden Habermas, kapitalist sistemin olgusal hukuk temeline dayanmak suretiyle normatif sistem içerisinde ve normatif sistem aracılığıyla meşruiyet temellendirmesi yaptığını dile getirmektedir.<sup>4</sup> Habermas’a göre meşruiyet kavramı, olgusal

<sup>2</sup> Bkz.: *Türkçe Sözlük*, Türk Dil Kurumu.

<sup>3</sup> Ahmet Gürbüz, *Hukuk ve Meşruluk*, s. 3.

<sup>4</sup> Bkz.: Tom Bottomore, *Frankfurt Okulu*, s. 71.

açından değil gerekse açıdan incelenmelidir. Ona göre hukuk devleti vatandaşlarından, kendi gücü ve zor kullanma yetkisi sebebiyle değil vatandaşlarının kendi özgür iradeleriyle hukuk sistemini tanımalarını istemelidir.<sup>5</sup>

Habermas'ın vurgu yaptığı, olan ve olması gereken hukuk ayrımıdır. Devletin vatandaşlarının yasaya bağlılığı, bu irade doğrultusunda adaletin normatif sisteme bağlanmasıdır. Bu şekilde normatif sistem; hukuk düzeninin, adaletin tecellisi için sunduğu düzendir ve vatandaşlar tarafından tanınır.

Meşruiyet kavramı ile hukukçulardan daha çok (ellerinde bulundukları siyasal güce bir şekilde meşruiyet kazandırma zorunluluğu hissetmelerinden dolayı) siyasetçiler ilgilenmişler ise de meşruiyet kavramı, hem etimolojik hem de kavramsal temeli itibarı ile hukuksal bir terimdir. Evrensel bir meşruiyet açılımı yapabilmek için Habermas'ın değindiği olan/olması gereken hukuk ayrımı gözetilmelidir.

## 1. Olan/Olması Gereken Hukuk Ayrımı

Yalnız hukuk açısından değil her anlamda "olan" ya da "olgu" salt biçimiyle olması gerekeni anlatmaz. Yalın halleriyle olgular, birden çok olması gerekeni gösterebilirler. Bu durum olandan olması gerekene yönelik bir tümevarımın olanaksızlığını ortaya koymaktadır.<sup>6</sup> Habermas'ın deyişiyle "saf varlığın karşısına soyut bir gerek koymak" söz konusu olmaktadır. Yine Kant'ın dile getirdiği gibi "ideal düzey" yani olması gereken alanı, insanın etik yaşantısına karşılık gelir.<sup>7</sup>

Yukarıda açıklamalardan da anlaşılacağı üzere hukuk, anayasal sistemin [olanın] hukuk kurallarından daha üstte ve bilhassa ondan daha başka bir kavramı betimlemektedir. Hukuk, birincil idesi olan adaleti gerçekleştirmek doğrultusunda olanı, olması gerekene göre tanzim eder. Hukukun öngördüğü düzen, somut hayatın fiillerini nizama sokan bir düzen olmayıp ilerisi için tasavvur edilen adil

bir dünyanın düzenidir. Bu bakımdan hukuk salt olarak anayasaya, anayasaya göre çıkarılan kanunlara ve bunlarla uyum içerisindeki tüzük ve yönetmelikler gibi hukuki metinlere ve hiyerarşik sisteme indirgenemez. Hukuk somut olgulardan bağımsız lakin soyut olgular doğrultusunda somut hayata uygulanması şart olan bir kavramı, olması gerekeni dile getirmektedir.

Roscoe Pound, olması gerekenin somut uygulamada bulunan/olan kadar önemli olduğunu dile getirmiş ve hukukun "yargıçların nasıl karar verdikleriyle" değil hukukun gelişimi için "nasıl karar vermeleri gerektiğiyle" de ilgilenmesi zorunluluğunu belirtmiştir.<sup>8</sup>

Norm ögesi, yani uygulamadaki hukuk kuralları, olması gereken anlayışı doğrultusunda toplumca büyük oranda ihtiyaç duyulanlara yönelik düzenlemelerin yapılması gereğinin bir sonucudur. Bu düzenlemeleri yapacak ve yürütecek mekanizmaların amacı toplumun yüksek değerlerinin ve idelerinin gerçekleştirilmesidir. Doğal olarak söylenebilir ki yürürlükteki hukuk kuralları her zaman için toplumsal gerçekliği yansıtmaz. Bunun aksini iddia etmek ise az evvel dile getirdiğimiz gibi olandan olması gerekene yönelik bir tümevarıma ulaşmak olur ki bu da yanlış bir yöntemin izlenmesi anlamına gelir.

Bu noktada yararcılık teorisine değinmekte fayda görüyoruz. Bentham'ın, yarar ilkesinin ne olduğuna dair açıklamaları ve sosyal yarırcıların hukukun her türlü felsefi yahut mekanik işleyişinde etik ilkelere bağlanmak gerektiği yönündeki görüşlerini yabana atmaksızın yararcılık teorisini genel olarak, hukuk ile yararı aynı kabul etmek şeklinde tanımlayabiliriz.<sup>9</sup> Yukarıda belirtildiği üzere hukuk, toplumun genel kabul görmüş değer ve idelerini gerçekleştirmek yolunda olması gerekenden olana yani normatif düzene doğru ilerleyen ve soyut kabulü, somut norma dönüştüren bir mekanizma işletir. Peki, topluma faydalı olan her şey hukuk mudur? Bu soruya evet yanıtını vermek hukuk devleti ilkesinden ve idesinden yolun başında feragat etmek anlamına gele-

<sup>5</sup> Bkz.: Habermas, *Sivil İtaatsizlik*, s. 38-39.

<sup>6</sup> Bkz.: Cahit Can, *Hukuk Sosyolojisinin Gelişim Yönü*, s. 84.

<sup>7</sup> Ahmet Gürbüz, a.g.e., s. 14.

<sup>8</sup> Bkz.: Burns, Edward McNall, *Çağdaş Siyasal Düşünceler*, s. 137-138.

<sup>9</sup> Bkz.: Roscoe Pound, *Law and Morals*, s. 112; Roscoe Pound, *An Introduction to the philosophy of Law*.

cektir. Keza bir tiranın, hukuka aykırı olduğu halde keyfi uygulamalarını sırf topluma yararlı olduğu savıyla bir nevi meşruiyet temeliyle hukuk olarak kabul ettirmesi olasılıktan öte pek çok kez tecrübe edilmiş bir gerçekliktir. Böyle bir temelle elitlerin ve gücü elinde bulduran zümrelerin çıkarlarının, toplumun çıkarları gibi telakki edilmesi sonucuna ulaşmak güç olmaz.

Toplumsal yarar, her zaman hukuk anlamına gelmeyebilir. Toplumun yararına da olsa, ahde vefa gibi hukukun temel ilkelerinden vazgeçmek veya temel insan hakkı ihlallerini meşru göstermek düşünülemez. Yine de dile getirmek gerekir ki hukuk “norm”, “toplumsal olgu” ve “etik değer” öğelerini bünyesinde barındırır. Etik değere diğerlerinden daha fazla üstünlük ve öncelik verilmesi gerektiğinde kuşku yoktur.<sup>10</sup> Keza evrensel kabul görmüş ahlaki değerlere inanç ve bağlılık olmaksızın, hukukun bağlayıcılığından bahsedilemez. Bu durum da geçmişten günümüze yapılagelen ahlak ve hukuk arasındaki kesin çizgiyi silikleştiren bir gerçektir. Bu ayrıma göre ahlak iç dünyaya, hukuk ise dış dünyaya hitap eder. Böylece hukuk ve ahlak, iç ve dış dünyanın intizamını sağlar.

Fakat yukarıda açıklananlar doğrultusunda ahlak ile hukuk arasında net bir çizgi olmadığı, bu ikisinin ve özellikle ahlakın diğerinin alanına taalluk ettiği kuşkusuzdur.

## 2. Hukuksal Pozitivizm

Hukuksal Pozitivizm<sup>11</sup>, hukukun meşruiyet temeline dair çeşitli tezler sunan hukuk felsefesi akımlarından biridir. Öyle ki, Pozitivizm, hukukun aynı zamanda meşruiyetin temeli ve kaynağı olması özelliğine sahip olabilmesi için hangi koşulların bulunması gerektiği yönünde meşruiyeti, neredeyse hukuk olarak ele almış bir felsefi akımdır.

Pozitivizm, tarihsel süreç içerisinde doğal hukukçu anlayışa karşı gelişmiş bir hukuki akımdır. Doğal olarak adil olduğu kabul edilen ya da ilahi kaynağından ötürü adaleti sorgulamayan değişmez hukuk ile yürürlükte bulu-

nan pozitif hukuk arasında sürekli bir ikilem bulunmaktadır. Bu ikilem, XIX. Yüzyıl başlarında pozitif hukukun kodifiye edilmeye başlanmasıyla bir nebze aşılmışsa da doğal hukuk ve pozitif hukuk anlayışları arasındaki görüş farklılığı, her türlü hukuki meselenin tartışılmasında kendisini göstermektedir. Doğal Hukukçu görüş ile Pozitivist görüş temelde meşruiyetin kaynağı meselesinde birbirinden neredeyse tamamıyla ayrılmaktadır. Hatta şu şekilde söylenebilir ki “Doğal Hukukçu Görüş” ile “Pozitivist Görüş”ün en temel ayırım noktası; hukukun meşruiyeti meselesine getirdikleri açılımlardır.

Doğal Hukukçu görüş hukukun, nesnenin doğasını açıklayan ilkeler sisteminin felsefi olarak ortaya çıkarılmasından oluştuğunu, değişmez nitelikli moral ilkeleri araştıran ve deklare eden bir yapı biçiminde görülebileceğini dile getirmektedir.<sup>12</sup> Doğal Hukukçu görüş, hukukun norm unsurunu yadsımadan daha çok etik boyutunu incelemektedir. Doğal hukukçu görüş daha ziyade olması gereken ile ilgilenirken aşağıda da açıklanacağı gibi Pozitivizm “olan” ile ilgilidir.

Doğal Hukukçu görüş, olması gereken hukuk kavrayışına daha yatkın bir görünüm arz etmesinden dolayı tarihsel süreç içerisinde eşitlikçi ve daha insancıl düşünceleri destekler mahiyette ortaya çıkmıştır.<sup>13</sup> Doğal Hukukçu anlayış yürürlükteki hukukun yetersizliğini adalet idesi bağlamında her an dile getirecek bir söyleme yatkınken Pozitivizm, yürürlükteki hukukun içeriğini ve onu koyan yasama iradesini neredeyse kutsayan bir söyleme sahiptir.

Pozitivizm genel olarak yürürlükte bulunan emredici ve düzenleyici özelliği bulunan somut pozitif hukuk kurallarını, hukukun yegâne kaynağı ve normu olarak kabul eder. Bu sebeptir ki Pozitivizme göre, hukuksal açıdan doğruluğun, hakkaniyetin ve de meşruiyetin tek kaynağı pozitif hukuktur.

Pozitivizm, hukuku soyut ve sosyal bir gerek olarak değil somut ve ampirik bir olgu olarak ele alır. Hukuk sosyal gerek olarak

<sup>10</sup> Ahmet Gürbüz, a.g.e., s. 25.

<sup>11</sup> Tebliğde kısaca “Pozitivizm” olarak anılacaktır.

<sup>12</sup> Ahmet Gürbüz, a.g.e., s. 23.

<sup>13</sup> Karl Popper, *Açık Toplum ve Düşmanları*, (Çev.: Mete Tunçay), C. 1, s. 80.

soyut halde var olan bir kavram değil yasa koyucunun iradesine göre belirlendiği bir kural-düzenidir. Bu haliyle Pozitivizm, hukukun kaynağı olarak yasa koyucuyu, daha doğru bir ifade ile güç sahibini görür. Hukuk yasa koyucu tarafından “konur”. Yani güç sahibinin koyduğu kurallar yoksa hukuk da yoktur. Hukuku var eden, yasa koyucunun yasama iradesidir. Bu sebeple hukuk, ancak ve ancak yasa koyucu tarafından konulmuş normlardan ibaret sayıldığından az evvel yukarıda da izah ettiğimiz hukukun bünyesinde barındırdığı “toplumsal olgu” ve “etik değerden” bağımsızdır. Haliyle hukuk sadece “normdan” oluşur. Tarihsel bir olgu olarak pozitivizm tahmin edilebileceği üzere tutucu, statükocu ve bas-kıcı bir hal almıştır.<sup>14</sup>

Giriş kısmında belirttiğimiz üzere çoğu zaman hukuksal meşruiyet, siyasal meşruiyetin bir görünümü şeklinde veyahut tam tersi şekilde ortaya çıkabilmektedir. Pozitivist anlayışın meşruiyet sorunsalına bakışı; siyasal meşruiyeti dışarıda bırakan, siyasal meşruiyetten tamamıyla bağımsız bir bakıştır. Pozitivist anlayış, gücün ne şekilde ele alındığı, iktidarın ne şekilde neşet ettiği ve yasa koyucu erkin hangi yollarla oluştuğuyla ilgilenmez, yasa koymaya muktedir gücü en somut gerçeklik olarak ele alıp yasama faaliyetinde ekonomik, toplumsal, bireysel ve sınıfsal olguları gözetip gözetmediğiyle ilgilenmez. Güç sahibinin kendi biyolojik yapısının, ekonomik koşullarının etkisinde kalması ya da yalnızca isteyince davranması gibi durumlar önemli değildir.<sup>15</sup>

Pozitif Hukuk ile tarihsel periyot içerisinde var olmuş ve bugün hali hazırda var olan pozitif normlar deyimlerdir.<sup>16</sup> Kant ise hukuku, sadece pozitif normlardan müteşekkil pozitif hukuk olarak ele almayı şartların ve ihtiyaçların değişmesi karşısında değişir nitelikte bulunan pozitif hukukun yanında, ahlaka dayanan akli buyruklar olması sebebiyle değişmez nitelikli doğal hukukun da bulunduğunu belirtir.

Yukarıda kısaca özetlendiği gibi Pozitivizm’in hukukun ne olduğu yönündeki soruya vereceği cevap ve hukukun tanımlanması yolundaki tezi; hukukun bir güç tarafından “konulmuş” olması ve norm ya da normlar sistemi olarak geçerli, yürürlükte ve “etkin” olmasıdır.<sup>17</sup>

Pozitivist anlayışa göre hukuk ile ahlak arasında doğrudan bir bağlantı yoktur. Hukuk derken yasa koyucunun iradesi kastedilmektedir. Ahlak ile hukuk arasındaki bağlantı ancak adalet kavramı bünyesinde var olabilir. Dolayısıyla adaletsiz bir hukukun var olması mümkündür sonucuna ulaşmak güç değildir.

Sonuç olarak Hukuksal Pozitivizm’in hukuk incelemesi içerisinde, olması gereken hukuka yer yoktur. Pozitivistlere göre olması gereken hukuk, hukukçuların inceleme alanına dâhil değildir.<sup>18</sup>

### a) Hukuksal Pozitivizm’in Meşruiyet Anlayışı

Pozitivizm’in meşruiyet anlayışı, yasallık anlayışı ile hemen hemen örtüşen bir anlayıştır. Şöyle ki; yasa olan bir norm aynı zamanda meşrudur ve meşru olan bir norm meşruiyetini daha yüksek dereceli bir normdan aldığı için bir yasal hiyerarşiye tabidir. Aradaki farklılık, meşruiyet ile pozitif hukuk normuna yani yasaya uygun olmaktan ziyade normlar hiyerarşisinde kendisine meşruiyet kazandıran üst norma uygun olmak kastedilir. Arada çok küçük bir fark olmasına karşın aslında Pozitivizm’in meşruiyet olarak zikrettiği kavram, yasallıktan başka bir şey değildir.

Pozitivizm, pozitifleşmiş normlara sahip her toplumsal sistemin, hukuk devleti özelliğini zorunlu olarak bulundurduğunu dile getirir. Buna göre hukuki normlar meşruiyetini, normlar hiyerarşisi içerisinde kendisinden bir üst derecede bulunan normdan alırlar. Kısacası Pozitivizm için hukuksal meşruiyetin kaynağı; meşru olan bir üst derecedeki normdur. Hukuksal işlemler meşruiyetlerini

<sup>14</sup> Ahmet Gürbüz, a.g.e., s. 32.

<sup>15</sup> Vecdi Aral, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, s. 143-144.

<sup>16</sup> Bkz.: Ralp Barton Perry, *Realms of Value: A Critique of Human Civilization*, s. 237.

<sup>17</sup> Bkz.: Ralf Dreier, *Hukuk Kavramı* (Çev.: Altan Heper), 2. Kitap, s. 10; Roscoe Pound, *An Introdoction to the philosophy of Law*, s. 64.

<sup>18</sup> Bkz.: Cahit Can, a.g.e., s. 108-109.

tüzükler ve yönetmeliklerden, tüzükler ve yönetmelikler meşruiyetini kanunlardan, kanunlar ise meşruiyetini anayasadan alır. Dolayısıyla en yüksek norm olan anayasadan başlamak suretiyle aşağıya doğru bir meşruiyet temellendirmesi yapılmaktadır. Burada sorulması gereken soru “anayasaların meşruiyetinin kaynağının ne olduğu” sorusudur.

Anayasaların, normlar hiyerarşisi içerisinde kendilerinden daha yüksek derecede bir norm olmaması sebebiyle meşruiyetini nereden aldıklarına dair pozitivist felsefe içerisinde pek çok açıklama olsa da biz bu tebliğimizde başlıca Kelsen ve Schmitt’in açıklamalarına değineceğiz.

### I. Anayasaların Meşruiyetine Kelsenci Bakış Açısı

Kelsen, genel pozitivist anlayıştan farklı olarak yasa koyucu otoritenin meşruiyetinin önemine vurgu yapmaktadır. Genel pozitivist anlayışa uygun olarak; devletin her fiilinin meşru bir eylem olduğunu düşünüyor olmasına karşın Kelsen’in devlet kavrayışı, normları temel alan ve normatif sistem temelinde yürüyen bir devlet kavrayışıdır. Kelsen, otoritenin belirlediği hukuktan ziyade hukukun belirlediği otoriteye daha yatkındır. Kelsen, bir nevi güce bürünmüş normlardan bahsetmektedir. Bu normların başında temel norm ya da “grandnorm” gelmektedir.

“Grandnorm, bir yükümlülük duygusuna, toplumsal yarara karşı duyulan ve salt hukuksal normlara bağlılığı aşan bir saygıyı ifade etmektedir.”<sup>19</sup> Kelsen bireyin bütünüyle devlete ait olmadığını ancak belirli şartlar altında devlete tabi olduğunu düşünür. Fakat doğal hukuk kaynaklı bireysel özgürlükleri savunmamaktadır.<sup>20</sup>

Kelsen, pozitivist bir anlayışla hukukun olması gerekenle değil olanla ilgilenmesi gerektiğini belirtir. Kelsen için öncelikli sorun, hukukun meşruiyeti sorunudur. Hukukun geçerli ve etkin olabilmesi için öncelikle yetkili organlar tarafından konulmuş olması gerekir.

Normlar hiyerarşisini, pozitivist anlayış içine yerleştiren Kelsen’dir. Yukarıya doğru piramit şeklinde daralan bu hiyerarşi, pozitivist anlayışın hukuk devleti ölçüsüdür. Buna göre eylemsel anlamdaki hukuki işlemler, tüzükler ve yönetmeliklerden başlayarak anayasaya kadar üst norma uygunsa yani meşru ise burada bir hukuk devletinden bahsedilebilir. Peki anayasalar meşruiyetini nereden alır sorusunu tekrar soracak olursak Kelsen, bu meşruiyet meselesine iki açıdan yaklaşmaktadır.

Anayasa koyucu otorite barışçıl bir niteliğe sahipse anayasa, meşruiyetini ahde vefa [Pacta Sund Servanda] ilkesinden alır. İçi doğal hukukun ilkeleri, ahlak ve toplumsal gerçeklikle doldurulabilecek bu ilke, anayasaya meşruiyet kazandıran “grandnorm”dur. Grandnorm, pozitif bir norm olmamakla yani hukuk olmamakla birlikte Kelsen için “Hukuk Ötesi”dir.<sup>21</sup> Anayasa koyucu otoritenin barışçıl olmaması yani baskıcı ve zorba olması durumunda Kelsen, otoritenin meşruiyetinden bahsedilemeyeceğini dile getirir.<sup>22</sup> Buna karşın anayasaya meşruiyetini kazandıran; yukarıda ifade ettiğimiz hukuksal normlara salt bağlılığı aşan saygı boyutuyla yine grandnormdur. Fakat bu halde ortada otoriter bir grandnorm vardır ve Kelsen için bu tür bir grandnorm hiç de tercih edilir nitelikte şayanı arzu değildir. Kelsen’in grandnorma ilişkin bu açıklamalarından grandnormun, ilk yasa koyucu iktidarın ya da kurucu gücün iradesi olduğu yolunda bir yorum da yapılabilir.

### II. Anayasaların Meşruiyetine Schmittyen Bakış Açısı

Alman Filozof Karl Schmitt’e göre devlet iki farklı ruha sahiptir. Bunlardan ilki “politik olan” kavramı çerçevesinde şekillenen “Somut Düzen”dir. Diğeri ise devletin “Hukuk Düzeni”dir.<sup>23</sup> Schmitt, pozitivist anlayıştan farklı olarak hukuk düzenini değil somut düzeni ele almakta ve siyasal meşruiyet temelinde politik düzeni incelemektedir. Ona göre

<sup>19</sup> Ahmet Gürbüz, a.g.e., s. 42.

<sup>20</sup> Bünyamin Bezci, “Modern Türkiye’de Meşruiyetin Politik İçeriği: Schmittyen Bir Değerlendirme”, *FİNANS, Politik ve Ekonomik Yorumlar*, Cilt 44, Sayı 508, s. 7.

<sup>21</sup> Bkz.: Niyazi Öktem, *Hukuk Felsefesi ve Anayasa Yargısı*, b.y. Anayasa Yargısı II, s. 269.

<sup>22</sup> Bkz.: Hans Kelsen, “Society and Nature”, *A Sociological Inquires*, ed. Dr. Karl Mannheim, Kegan Paul, Trench, Trubner & Sons Ltd. s. 266.

<sup>23</sup> Bünyamin Bezci, a.g.e., s. 5.

devletin politik ruhu olan somut düzen devletin tabiatıdır. Siyasi meşruiyetten bahsetmesi sebebiyle de meşruiyetin yegâne temelini yasallık gören normatif pozitivist anlayıştan ayrılmaktadır.

Schmittyen bakış açısı, modern devletin resmini çizmek bağlamında oldukça önemlidir. Keza ilahi yahut doğal özelliği nedeniyle adil sayılan hukuk ile uygulamadaki hukuk arasındaki düalizm, hukukun yazılı hukuka indirgenmesi yani kodifiye edilmesiyle aşılmıştır. Alman Hukuku 19. yüzyıl başında bu sorunu aşan hukuk sistemlerinin başındadır. Schmitt, pozitif hukuk karşısında meşruiyet sorununu kanunilik çerçevesinde ele almaktadır. Bununla beraber kanunilik bağlamındaki bir meşruiyet dayanağını yeterli bulmamaktadır.

Schmitt'e göre devlet, hukukun uygulayıcısı olmakla hukukun yaratıcısı olmak arasında her ikisi de olan bir kurumdur.<sup>24</sup> Yürürlükte bulunan pozitif herhangi bir kanuna dayanan devlet, kendi kendisini temellendirmekten uzaktır.

Schmitt'in normativizm eleştirisi, doğrudan doğruya Kelsen'in bakış açısına yöneliktir. Kelsen gibi devletin temelini hukuksal pozitivizmi yerleştirmemektedir. Schmitt, Kelsen'den farklı olarak politik olanı yani somut düzeni, devletin doğasından saydığı için hukuku sadece kanunilik olarak ele almamaktadır. Kelsen için en başta meşruiyeti sorgulanamaz olan grandnorm varken Schmitt için başlangıçta fetih vardır.

Schmitt, karşı koyduğu normativizmi, önde gelen isimlerinden olduğu kararcılık bağlamında aşmaya çalışmıştır. Pozitivist hukukun yalnızca olağanüstü hale özgü bir kavramı olan karar, onun için hukuk düzenini yaratan politik bir kavramdır. Schmitt, Kelsen'den farklı olarak egemeni de sorgulamaktadır. Ona göre "egemen, olağanüstü hale karar verendir."

Schmitt'in kararcılığı [desizyonizm] hukuksal anlamdaki bir belirsizlikten ve somut bir anarşi halinden egemen karara ulaşmaktır. Görüldüğü üzere Schmitt, hukukun başlangı-

cında kararı görmekte ve egemenin iradesini merkeze almaktadır. Bu sebeple devleti sadece normatif düzenden ibaret olarak görmeyip somut düzeni yani politik olanı, hukuki meşruiyetten önce sorgulamaktadır. Bir yandan da kararcılık, pozitivistin cevap bulamadığı bir bakıma hukukun tükendiği noktada, hukukun tükenmediğini göstermektedir.

Somut bir düzen ve biçim olan devletin ötesinde politik olan somut düzenin varoluşsallığı, en yüksek norm olan anayasaların da meşruiyetinin dayanağıdır. Her anayasa, bir politik varoluşun iradesini yansıtır.

Görüldüğü üzere Schmitt, "Hukuk Devleti" ilkesinin içini pozitivist muhteva ile dolduran Modern Devletin meşruiyet temellendirmesini, Kelsen'den daha ayrıntılı resmetmiştir. Schmitt'in kararcılığı, anarşiyi her zaman saf dışı bırakacak bir karar ve karar organı arayışı içerisindedir. Kararcı anlayışın, "egemeni" yücelten ve hukukun sahibi gören bir paradigma geliştirdiği söylenebilir.

Anayasayı Schmitt için meşru kılan, onun bir politik karar olmasıdır. Anayasalar hukuki olarak korunmayan ama politik olarak savunulan normlardır. Bu şekildeki "karar" yasal saldırılara karşı anayasaya bağlılık kazandırır.<sup>25</sup>

Politik olan somut düzen, varoluşsal olduğu için önceliğe sahiptir. Var olan politik birliğin önemi, normların doğruluğu ya da etkinliği ile ilgili değildir. Politik birlik, zaten var olduğu için önemlidir, bir değer sahibidir.<sup>26</sup> Dolayısıyla her politik karar, varoluşsal bağlamında temellendirilmekte ve bu karar normatif bir başlangıç olmaktadır.

Schmitt'in yukarıda özetlenen görüşleri bağlamında sorulacak olursa; normatif olana karşı politik olan somut düzenin öncelenmesi, anayasal düzenin devrimle yok edilmesine yol açmaz mı? Keza Schmitt anayasal düzenin, bir somut düzen olmasından bahisle somut düzeni sağlayanlar tarafından, politik olarak korunmasından bahsederken diğer

<sup>24</sup> Henrique Ricardo Otten, *Der Sinn Der Einheit im Recht*, Akademie Verlag, Ber, s. 37.

<sup>25</sup> Bünyamin Bezci, a.g.e., s. 8.

<sup>26</sup> Kraus, Hans-Christof, *Verfassunglehre und Verfassungsgeschichte*, Duncker und Humblod Verlag, s. 642.

yandan her politik kararın yeni bir normatif başlangıç olduğunu dile getirmektedir.

Schmitt, böyle bir açmazda asıl olanın; politik birliğin devamı olduğunu dile getirmektedir. Ona göre birlik ve düzeni sağlayan kurallar değil somut politik varoluş olarak devlettir.<sup>27</sup> Bu nedenle önemli olan somut düzenin korunmasıdır.

Schmitt, somut düzen kavramı ile toplum ve normatif sistem arasında bir bütünlük bir alaka kurmak istemektedir. Somut düzen kavrayışı ile toplumun yaşam tarzının ve gereksinimlerinin, hukuk anlayışına sirayet etmesini arzulamaktadır. Bu haliyle somut düzeni yaratan ancak ve ancak toplumun kendisidir.

Yukarıda belirtildiği üzere somut düzenin ne kadar korunabildiği somut düzeni sağlayanların politik performansını gösterir. Hukukun tanıdığı bireysel haklar ve özgürlükler somut düzenin varlığı halinde tam anlamıyla kullanılabilir. Bu sebeple devlet hukukun hizmetkârı değildir. Çünkü hukuk kendiliğinden gerçekleşmez. Devlet, diğer güç odaklarından daha güçlü olduğu için değil daha yüce olduğundan muktedirdir.<sup>28</sup>

### 3. Sosyolojik Hukuk Akımı

Pozitivizm'in meşruiyet için belirlediği pozitif kaynaklar, en üst norm olan anayasanın meşruiyeti sorgulandığında tıkanmaktadır. Kelsen, Schmitt gibi politik bir açılım getirmese de anayasaların meşruiyetine dair söyledikleri, toplumsal gerçeklerden soyutlanamaz türdendir. Schmitt ise anayasaların meşruiyeti konusunu, politik bir mesele olarak görmekte ve toplumsal düzeni ve gerçekleri önemseyen bir meşruiyet temeline işaret etmektedir.

Pozitivizm, her ne kadar pozitif hukuk metinlerinden başka bir gerçekliği göz önünde bulundurmasa da hukuk gibi tamamıyla toplumu ilgilendiren bir kavramın, toplumsal realitelerden bağımsız düşünülmesi olanaksızdır.

Hukukun, muhtevasında normu, etik değeri ve sosyal olguyu barındırdığını belirtmiştik. Tıpkı pozitivist görüşün, etik değer ve sosyal olguyu değerlendirme dışı bırakarak hukuku normatif olarak ele alması gibi; yine etiği göz önünde bulundurmaksızın sadece toplumsal gerçeklerin göz önünde bulundurulması suretiyle bir "hukuk" kavramsallaştırılması yapılması mümkün müdür? Daha açık bir ifadeyle soracak olursak; "Toplumsal bir gerçekliğin, yalnız bu özelliği dolayısıyla hukuk tarafından tanınması ve hukuk sistemine dâhil edilmesi, bu tür bir hukuki faaliyete meşruiyet kazandırır mı?"

Hukuk anlamında toplumdan bahsederken hemen beraberinde düşünülmesi gereken kavram bireydir. Hukuk olarak sadece toplumsal gerçekliğin esas alındığı bir hukuk düzeninde bireyin, topluma bağımlı olmaktan, toplumsal her gerçekliği onaylamaktan ve toplumun genel kabul görmüş uygulamalarını benimsemekten başka bir seçeneği yoktur. Oysa hukukun idesi adalettir. Adaletin, toplumsal gerçekliğe de uygulanması gerekmektedir. Hukuk, toplumsal gerçekliği yansıtmak gibi bir misyona sahipse de diğer yandan adaletin, toplumsal gerçekliğe uygulanmasına da çalışmak mecburiyetindedir. Bu anlamda toplum, birey, adalet gibi kavramlar iç içe düşünülmelidir.<sup>29</sup>

Toplumsal gerçeklik, hukuku belirlemede önemli bir etkidir. Buna rağmen toplumsal gerçeklerin belirlenmesinde hukuksal kavramların etkisi de yadsınamaz. Hele bu kavramların toplumun idealine yerleşmesi durumunda toplumsal gerçekliğin, hukuksal kavramlar ve değerler doğrultusunda değişen bir yola ve sürece girdiği söylenebilir.

Sosyolojik Hukuk Görüşü, yukarıda belirtilenler doğrultusunda özellikle hukukun temellendirilmesi açısından toplumsal gerçekliğe vurgu yapmaktadır. Norm, etik değer ve sosyal olgu olarak belirttiğimiz hukukun temel öğelerinden sosyal olguyu ön plana çıkarmaktadır. Diğer iki öğenin dışarıda bırakılıp bırakılmadığına dair sosyolojik görüş içerisinde farklı düşünceler mevcuttur.

Sosyolojik görüşün meşruiyet temellendirmesi, toplumsallık temelinde ele alınmak-

<sup>27</sup> Gary L Ulmen, *Politische Mehrwert*, s. 324.

<sup>28</sup> Henrique Ricardo Otten, a.g.e., s. 34.

<sup>29</sup> Ahmet Gürbüz, a.g.e., s. 53.



tadır. Duguit önceleri, hukukun toplumsal gerçekliğin bir yansıması olduğunu düşünmüştür. Belirttiğimiz öğeleri göz önünde bulundurarak bir başka şekilde söyleyecek olursak; hukukun kaynağının sosyal olgu olduğunu dile getirmekteydi. Yaşamının son dönemlerinde hukuka, sosyal olgu dışında tinsel bir öğe katma zorunluluğu duymuş ve “hukukun, toplumsal çevrede geçerli olan adalet duygusu doğrultusunda belirlendiğini” belirtmiştir.<sup>30</sup> Duguit, hukukun kaynağı olarak toplumsallığa her zamanki gibi vurgu yaparken sonlara doğru “adalet duygusu” diyerek ona etik bir boyut da getirmiştir.

Burada özellikle Amerikalı düşünür Roscoe Pound’un yukarıda belirttiğimiz görüşlerine tekrar vurgu yapmak gerekirse; Pound, hukukun sosyal olgu öğesini, yalnızca olandan ibaret görmemektedir. Toplumsal gerçekliğe “olan” [olgu] olarak yaklaşmaktan ziyade sosyal olgu boyutunda olan ile olması gereken arasında olabildiğince bir uyumun yaratılması gerektiğinden bahseder.<sup>31</sup> Yine hatırlatmak gerekirse Pound, hukuk biliminin yargıların “nasıl karar verdiği” ile olduğu kadar “nasıl karar vermeleri gerektiğiyle” de ilgilenesi gerektiğini söylemektedir.

Pound’un olması gereken hukuk bağlamındaki söylemleri, doğal hukukçu görüşün meşruiyete dair söylemleri ile örtüşmektedir. Öyle ki doğal hukukçu görüş; hukukun meşruiyetinin evrensel hukuki kavramlarla uyumlu olması gerektiği yönündeki görüşe eğilimlidir. Gerek Duguit gerek Pound, adalet ve olması gereken hukuk söylemlerini dillendirerek hukukun etik bir boyutu olduğunu kabul etmektedir.

Yukarıdaki açıklamalarımız, Duguit ve Pound’un söylemlerinden de anlaşılacağı üzere yasa yapım süreci ve faaliyeti, toplumdan bağımsız düşünülemez. Fakat sosyolojik görüşten pek çok düşünürün de dile getirdiği gibi hukuku belirleyen, salt toplumsallık değildir. Hukuk ve toplum sürekli bir şekilde birlikte bir devinim içerisinde.<sup>32</sup>

<sup>30</sup> Bkz.: Cahit Can, a.g.e., s. 155-159.

<sup>31</sup> Adnan Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, Gözden Geçirilmiş, Değiştirilmiş ve Genişletilmiş 5. baskı, s. 229-230.

<sup>32</sup> Ömer Yörükoğlu, *Yirminci Yüzyılın İlk Yarısında Amerika Birleşik Devletlerinde Hakim Olan Hukuk Teorisi*, s. 44-45, 48, 77; Adnan Güriz, a.g.e., s. 226-227.

#### 4. Hukuksal Meşruiyetin Kaynağı Olarak “Evrensel Hukuki Kavramlar ve Değerler”

Yukarıda, hukukun üç temel öğesi olan norm, sosyal olgu ve etik değer öğelerinin hukukun olmazsa olmaz öğeleri olduğunu belirttik. Norm öğesinin, hukuksal meşruiyete tek başına kaynaklık etmesi meselesini Pozitivist görüş ve bu görüşün önde gelen düşünürlerinin tezleri bağlamında inceledik. Bununla beraber bir diğer temel öğe olan sosyal olgu öğesinin yine hukuksal meşruiyete kaynaklık etmesi meselesini, toplumsallık ve toplumsal gerçeklik temelinde Sosyolojik görüşün tezleri ve bu görüşe sahip düşünürlerin açılımları doğrultusunda ele aldık.

Hukukun etik değer öğesi, hukuksal meşruiyete dayanak teşkil etmesi açısından diğer iki öğeden farklı görünüm arz etmektedir. Öncelikle etik değerler, diğer iki temel öğeye nazaran çok daha evrenseldir ya da evrenselleştirilebilir. Diğer taraftan etik değerler, çok daha bağlayıcıdır. Hukukun bağlayıcılığı açısından ne sosyal olgu öğesi ne de norm öğesi etik değerler kadar etkin değildir. Normun başlı başına bağlayıcı olduğunu söylemek bizi kural devleti ya da polis devletine götürür. Hakeza sosyal olgunun tek başına bağlayıcı olduğunu dile getirmek bireyi saf dışı bırakan bir bakış açısidir ki birey, topluma bağımlı olmak durumunda kalır. Etik değerler ise içsel bir isteği dile getirir. Buyurucu bir biçimde gerçekleşmeyi beklerler. Bu buyruk, inanılan bir ahlak yargısı ise olabildiğince ona uygun davranılması gerektiği yönünde bağlayıcılık gücüne sahiptir.<sup>33</sup>

Kant’a göre bir eylem, evrensel bir kural oluşturabilecek nitelikteyse ahlaki anlamda iyidir. Ya da tam tersini söyleyecek olursak bir eylem, evrensel bir kural oluşturabilecek nitelikte değilse ahlaki anlamda iyi değildir. Kant’ın vurgusu; bir açıdan etiğin evrensel olduğu yönündedir. Dolayısıyla etik değerler, diğer iki öğeden farklı olarak evrensel olduğunu söyleyebiliriz. Keza norm öğesi hukuk düzenlerine göre farklılık gösterebiliyorken, yine her toplumun sosyal gerçeklikleri, birbiri-

<sup>33</sup> Ahmet Gürbüz, a.g.e., s. 72.

ne bazen taban tabana zıtken, bir değer ve bir ide olarak adalet kavramı evrenseldir.

Kant, hukukun yalnızca bir ülke sınırları dâhilinde ve bir ülkenin vatandaşları arasında uygulanmaması gerektiğini söylemektedir. Kant'a göre devletler arasında gerçek manasıyla bir hukukun var olabilmesi için bütün devletlerin dayandığı ve kendilerini bağlı hissettiği bir meşruiyet ölçüsünün bulunması gerekmektedir.<sup>34</sup> Kelsen'e göre hukuk nosyonu, devlet nosyonundan daha temellidir. Yasal bir düzen olmaksızın hukukun olmayacağını kabul etsek bile yasal düzenden illa ki devletin algılanmaması gerekir. Pek ala bu düzen başka bir şekli ile karşımıza çıkabileceği gibi bu düzenin ulusal üstü alanda tesis edilmesi de olanaklıdır.<sup>35</sup>

### **a) Evrensel Hukuksal Değerlerin Göreceliliği Noktasında; Değerler ve Değer Yargıları**

Meselenin tartışılması gereken bir diğer noktası; evrenselliğinde kuşku bulunmayan bu değerlerin içeriğinin öznel yorumlara açık olduğudur. Öyle ki adalet, demokrasi, hukuk devleti, özgürlük eşitlik, insan hakları gibi evrensel hukuki değer ve idelerin, kişilere ve politik görüşlere göre birbirinden farklı değerlendirilmesi olasıdır. Evrensel etik değerler aslında insanın, insan olarak var olmasının ve insan olarak gelişiminin davranış kurallarını belirler. Söz gelimi insan öldürmenin ahlaki olmadığına dair farklı dinlerde, farklı politik görüşlerde, farklı hukuk sistemlerinde birbirinden farklı hükümler bulunsada evrensel olan öldürmenin "iyi olmadığı"dır. Zaten insanlar, herkesçe benimsenen ortak bir değere dayanmıyorlarsa insan için insan anlaşılabilir demektir.<sup>36</sup>

Değerlerin rölativitesinin yani göreceli olduğunun tartışılması noktasında "değer" ile "değerlendirme" kavramının birbirinden ayrıl-

ması gerekmektedir. Zamana göre değişen değerlendirmelerin üzerinde, değişmez nitelikli değerler bulunmaktadır. Her bireyin, bir değere yönelik yargısının olması kaçınılmazdır. Sözelimi İslam'ın insan hakları kavramını değerlendirmekteki yargısı, Batı'nın insan haklarını değerlendirmekteki yargısından farklıdır. Bu yargılar, değerleri farklılaştıran yargılar değil değerlendirmeleri görece kılan değer yargılarıdır. Değişen ve başkalaşan objektif ve evrensel olan değer değil öznel olan değerlendirmelerdir. Bu değişimler, değerlerin değil değerlendirmelerin niteliğinden ileri gelmektedir.<sup>37</sup> Değerlendirmeler, sübjektif zaman ve şartlara göre sürekli bir değişim içinde olsalar da değerler her daim değişmez niteliktedir. Örnek verecek olursak yeşil renkli bir otomobil pek çok kişi tarafından beğenilebileceği gibi yine pek çoklarının da zevkine hitap etmeyebilir. Bu durum yeşil renge karşı olan değer yargılarının bir sonucudur. Oysa bir değer olarak yeşil renk evrenseldir. Yani hiç kimse, otomobilin yeşil renkte olmadığını öne sürmez. Zira değer sabittir.

Değer kavramının, etik bir anlamı olduğu açıktır. Yine etik ile hukuk arasında ayrılmaz bir ilişki olduğunu ve özellikle etiğin, hukukun alanına taalluk ettiğini vurgulamıştık. İşte bu sebeple değer kavramının hukuksal bir boyutu da bulunmaktadır.

### **b) Adalet İdesi**

Açıklananlar doğrultusunda verilebilecek en güzel örnek adalettir. Adalet, bakıldığında içi boş bir kavramı deyimler gibi görünür. Hiçbir zaman için adalet kavramının, yeniden tanımlanmasına ihtiyaç duyulmamıştır. Keza genellenebilecek bir tanımı yoktur ve bilinen erdemlerin en eskisidir. Deneysel olarak ne olduğunun saptanmasına da asla olanak yoktur. Adalet kavramının niteliğindeki bu özellikler, adaletin üstün, aşkın, tinsel ve hatta metafizik bir değer olduğunu gözler önüne serer.

Adalet kavramı temelini daha üstün bir değerden almamaktadır. Fakat diğer hukuksal değerlerin kaynağını adalet idesinden aldığı

<sup>34</sup> Ernst Hirsch, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, s. 202.

<sup>35</sup> George Whitecross Paton, *A Text-Book of Jurisprudence*, s. 139.

<sup>36</sup> Albert Camus, *Başkaldıran İnsan*, (Çev.: Tahsin Yücel), 3. baskı, s. 23.

<sup>37</sup> Vecdi Aral, *İnsan ve Mutlu Yaşam (Yaşamın Anlamı)*, Birinci Kitap, s. 95.

pek ala söylenebilir. Adaletin kavramlar eliyle bir yazılı formüle dökülmesi olanaksızsa da hukuk eliyle adaletin sağlanması için evrensel hukuki değerlerin formüle edilmesi gerekmektedir.<sup>38</sup> Dolayısıyla hukuk, kendisini kaçınılmaz bir şekilde etik değerleri idealize etmek yolunda seferber etmelidir.

### c) Adalet İdesi'nin İçeriğini Belirleyen ve Hukuksal Meşruiyetin Dayanağı Olan Değerler

Evrensel hukuki değerler, adalet kavramının içeriğini dair ipuçları verir. Soyut ve tanımlanamaz olan adalet kavramı, evrensel hukuki değerler eliyle somutlaşır. Tarihsel süreç içerisinde insanlığın yüksek değerleri, pozitif hukuk metinlerine dökülerek temel haklar biçimini almıştır. Pozitif hukukun deyimlediği kodifiye edilmiş bu haklar, doğal hukuk anlayışının yani olması gereken hukuka yönelik çözümlerinin bir sonucudur.

#### I. İnsan Hakları

İnsanlar doğuştan, insan olarak var olmalarından dolayı belli haklara sahiptirler. Bu haklar insanın kendisine mündemiç, hiçbir güç ve kurumun dokunamayacağı haklardır. Pozitivist görüşün deyiminin aksine haklar, yazılı hukuk metinleri ve hukuk sistemleri tarafından devlet eliyle "bahşedilen" haklar değil insanın, insan olmasından dolayı sahip olduğu haklar olması sebebiyle hukuk sistemleri tarafından "tanınan" haklardır. İnsanlar bu hakları diğer insanlar ve güçlere karşı evrensel olarak ileri sürebilir.

İnsan hakları, insan doğasının değil insanın ahlaksal doğasının bir sonucudur. İnsan hakları, yaşam için değil insan onuruna yakışır bir yaşam için elzem ve dokunulmazdır. İnsan haklarına yönelik kayıtlamalar, çoğu zaman insanın yaşamı için gerekli olan ihtiyaçların karşılanmasını engellemezler ama onurlu bir yaşam için gereken ihtiyaçların karşılanmasını engellerler.<sup>39</sup>

Değerlendirme ögesinden sıyrılmış olarak salt değer halindeki insan hakları kavramı üzerinde olduğu gibi; insan haklarının dokunulmaz kıldığı ve gözetildiği değerler üzerinde de evrensel bir kabul vardır. Bir değer olarak insan haklarına ve insan haklarının bu evrensel kabul görmüş değerlerine saygı duymayan bir hukuk sisteminin ve bu hukuk sisteminin eylemlerinin adil olduğundan bahsetmek güçtür. Bu durumun ise hukuk sisteminin meşruiyeti açısından soru işareti yaratması kaçınılmazdır.

Hukuk sisteminin kendisinin bizzat insan haklarına saygılı olması ve vatandaşlarının haklarını tanımış olması, sistemin adil bir şekilde işlemesi için yeterli değildir. İnsan sahip olduğu hakları sadece devlete karşı ileri sürme yetkisine sahip değildir. Kişi bu hakları diğer bireylere karşı da ileri sürebilir. Bu açıdan devletin, politik güç olarak bireyleri birbirinden koruma görevi bulunmaktadır. Bu güç ise çoğu zaman devletin, bireyler üzerinde bir baskı gücüne dönüşmesi sonucunu doğurabilme özelliğine sahiptir. Weber'in deyimiyle meşruiyet, gücü yetkiye dönüştürür. Devletin güç sahibi olmaktan çıkıp yetki sahibi olmasının birincil koşulu olarak bir diğer hukuksal kavram ve değer olan hukuk devleti ilkesi karşımıza çıkmaktadır.

#### II. Hukuk Devleti

Hukuk devleti ilkesi çoğu zaman, devletin yetkiyi kullanırken yasalara bağlı kalması şeklinde tanımlanabilirse de hukuk devleti olmanın koşulu yalnız ve yalnız pozitif hukukun içinde kalması ya da bir pozitifleşmiş hukuka sahip olması demek değildir. Bir değer olarak hukuk devletinin değersel içeriği temel haklar ve özgürlüklerdir. Temel hak ve özgürlüklerin düşünsel ve eylemsel olarak hayatıyet kazanabildiği bir toplumsal yapı, meşruiyetin dayanağıdır.<sup>40</sup> Hukuk Devleti, en yüksek derecede bir meşruiyet isteğini içermek zorundadır. Vatandaşlarından, hukuk düzenini ceza korkusuyla değil özgür iradeleriyle tanımalarını istemelidir.<sup>41</sup> Bir değer olarak hukuk devletinin, insan hakları kadar evrensel kabul gör-

<sup>38</sup> Ahmet Gürbüz, a.g.e., s. 97.

<sup>39</sup> Jack Donnelly, *Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları* (Çev.: Mustafa Erdoğan-Levent Korkut), s. 27; Ahmet Gürbüz, a.g.e., s. 108.

<sup>40</sup> Hayrettin Ökçesiz, *Hukuk Devleti Olgusu*, b.y. HFSA, 3. Kitap, s. 145-146.

<sup>41</sup> Ahmet Gürbüz, a.g.e., s. 111.

düğünü söyleyemeyiz. Buna karşın bir değer olarak hukuk devleti, evrenselleşmeye doğru giden bir çaba görünümü arz etmektedir.

Evrensel hukuksal kavramlar ve değerlerin, hukukun başlıca idesi olan adaletin içeriğini dolduran değerler olduğunu belirtmiştik. Bir sonucun adil olduğuna dair bireyleri içsel anlamda tatmin eden cevapların başlıcası, herhalde “neden ben ya da biz değil?” sorusuna verecekleri cevap olsa gerek. Çoğunlukla siyasi bir meşruiyet temeli içerse de yönetimler, bu soruya tatminkâr bir cevap vermeyi, meşru bir temele oturmakla özdeş görmüşlerdir. Başta da belirttiğimiz gibi çoğu zaman siyasi meşruiyet, hukuki meşruiyetin bir görünümü şeklinde ortaya çıkabilir. Böyle olması da çok doğaldır. Çünkü bir hukuksal değer olarak insan haklarını ve hukuk devletini işletecek olan somut düzenin koruyucusu siyasi iktidardır. Günümüz dünyasında neredeyse bütün yönetimlerin meşruiyetinin bir ölçütü olarak “demokrasi” benimsenmektedir.<sup>42</sup>

### III. Demokrasi

Demokrasi kavramıyla kastettiğimiz, sadece yöneticilerin demokratik usullerle belirlenmesi değildir. Demokrasiyle kastettiğimiz aslında demokrasi kültürünün varlığı ve bu kültüre saygı duyulup duyulmadığıdır. Yöneticilerin demokratik usullerle belirlenmediği örneğin monarşi ülkelerinde hukukun ya da siyasi iktidarın meşru olmadığını söylemek zordur. Fakat demokrasi ülkesi olmasa da yöneticilerin, baskıcı bir tutum içinde bulunması, demokrasi kültürüne aykırı olduğu için iktidarın meşruiyetini sakatlar. Suudi Arabistan gibi bir mutlak monarşi ülkesinde sözelimi askerlerin, dileklerini dayatmak için savaş uçaklarını başkent semalarında alçaktan uçurması durumunda bu yöntem, demokratik olmadığı için eleştirilecektir. Yoksa siyasal sistemin demokrasi rejimi olması başlı başına bir meşruiyet gerekçesi değildir. Diğer bir deyişle demokrasi dışında bir siyasal rejimin pek ala meşruiyetinden bahsedilebilir.

Yukarıda belirttiğimiz gibi demokrasinin somut bir sistem olarak görülmesinden ziyade ahlaki bir değer olarak benimsenmesi hukuk yapım aşamasında da kendisini göstere-

cektir. Demokrasi kültürünün yerleştiği bir hukuk sisteminde yasa yapım sürecine katılım daha çoğulcudur. Toplumda farklı sınıflara mensup kişiler yasa yapım sürecinde aktiftir. Bu da bir etik değer olarak belirttiğimiz demokrasinin içeriğini dolduran çoğulculuk, katılım, temsil gibi kavramların ne ölçüde işlevsel olduğuyula doğru orantılıdır. Bir etik değer olarak demokrasi, hukuksal meşruiyetin temel kaynaklarından biridir.

“Demokrasi kültürü” olarak ifade ettiğimiz kavramın işlerlik kazanabilmesi, siyasal güç olan devlet karşısında bireyin ve toplumun irade, eylem ve inanç özgürlüğüne sahip bulunması ile mümkündür. Böylece hukuksal meşruiyetin dayanaklarından birisi olan özgürlük kavramı ve değeri karşımıza çıkar.

### IV. Özgürlük

Özgürlüğün, yukarıda belirttiğimiz irade, eylem ve inanç özgürlükleri boyutlarının tamamının bir arada ele alınması gerekmektedir. Bir hukuk sisteminin meşruiyetine dair en önemli ipucunu verecek olan; bireyin ve toplumun irade, eylem ve inanç özgürlüğünü muhafaza etmesi ve kullanması için gerekli şartların sağlanmış olup olmadığıdır. Hukuka düşen başlıca ödev, bu şartların sağlanmasıdır.<sup>43</sup> Bu belirttiklerimiz doğrultusunda Spinoza, her insanın ortadan kaldırılamaz bir hakla kendi fikirlerinin efendisi olduğunu, yıkım getirici sonuçlar doğurmadıkça siyasi gücün buyrukları doğrultusunda konuşmaya zorlanamayacağını, iktidarın gerçek ödevinin özgürlük ortamını sağlamak olduğunu belirtmektedir.<sup>44</sup>

Siyasal Meşruiyetin kaynaklarından biri olması anlamında özgürlük kavramı ve değeri, her bir birey için sahip oldukları dış özellikler göz önünde bulundurulmaksızın geçerlidir. Hukuk her bir bireyi, kendi başlarına birer amaç olarak benimsemek durumundadır.

Hukukun çözüme kavuşturmak zorunda olduğu bir başka sorun da özgür irade, eylem ve inanç sahibi bireylerin birbirine baskı oluş-

<sup>42</sup> Bkz.: *International Encyclopedia*, s. 245.

<sup>43</sup> Ahmet Gürbüz, a.g.e., s. 114.

<sup>44</sup> Frederick Copleston, *Felsefe Tarihi*, Cilt 4: *Çağdaş Felsefe*, Bölüm b, Kita Ussalcıları (Çev.: Aziz Yardımlı), s. 149; Ahmet Gürbüz, a.g.e., s. 115.

turmasının önüne geçmektir. Hukuk bunu, her bir bireyin kendi özgürlüğünü, diğerlerinin özgürlüğü ile uyumlu bir şekilde kullanabileceği halde tanzim ederek yapacaktır.<sup>45</sup>

Özgürlükten bahsederken başlıca ele aldığımız kavram birey olsa da bireyin, toplumsal bir varlık olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Çoğu zaman hukuk, bireylerin eylemlerine yönelik sınırlamalar getiren kuralları barındırması itibarıyla özgürlük kavramının özüne ters bir görünüm arz etse dahi bireyin, toplumsal bir varlık olması göz önünde bulundurulduğunda aslında özgürlük kavramı ile bağıntılı olduğu görülecektir. Özgürlük kavramı ve değeri, eşitlik ve güvenlik kavramları ile birlikte düşünülmelidir.

Evrensel hukuki kavramların ve değerlerin, hukuksal meşruiyetin kaynağı olması ve adalet idesinin içini doldurması açısından özgürlük kavramının bir başka değeri vardır. Özellikle irade ve inanç özgürlükleri bu kavramların ve etik değerlerin yerli yerine oturtulması açısından hayati öneme sahiptir. Neyin adil olup olmadığı ancak özgür bir ortamda tartışılabilir.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi; hukukun, bireye özgür bir alan tanıması için bireyleri tek tek birer amaç olarak ele alması gerekmektedir. Bir anlamda hukuk karşısında her bir bireyin eşit kabul edilmesi elzemdir. Keza özgürlük anlamında bireylere birbirinden farklı standartlarda özgürlük tanınması, eşitliği zedeleyecek ve bu bireylerin birbirine yönelik baskı oluşturmasını sonuçlandıracak ve nihayetinde özgürlük ortamı kaybolacaktır. Tüm bunlar bir değer olarak eşitlik kavramının ele alınması ve hukuksal meşruiyetin kaynaklarından biri olarak eşitlik değerine önem atfedilmesini gerektirecektir.

#### v. Eşitlik

Eşitliği, en klasik anlamda Bentham'ın "her bir bireyin tek bir değeri olduğu ve hiçbir kimsenin birden fazla değeri olmadığı" yönündeki açıklamalarıyla tanımlayabiliriz. Kişi doğuştan, tüm insanlar gibi insan doğasına sahip olmasından ötürü herkesle eşit konumdadır. Diğer

insanlarla eşit doğaya sahip bulunduğu için diğer insanlar kadar saygı görme ve yeteneklerini kullanabilmesi için eşit şartlara sahip olma hakkını haizdir. Kişi devlete ve diğer insanlara karşı eşit olduğunu ileri sürmek için insan olmaktan başka bir gerekçe göstermek zorunda değildir. İnsan olmak dışındaki örneğin milli, etnik, sınıfsal kimlikler bu kimliğin önüne geçemez ve bu eşitliği bozucu özelliğe sahip değildir.<sup>46</sup>

Kişinin doğuştan sahip olduğu hakları kullanabilmesi, diğer insanlar gibi eşit bir şekilde sahip olduğu doğasının ihtiyaçlarını giderebilmesi ve yeteneklerinin ürünlerini ve kazanımlarını elde edebilmesi için diğer insanlarla eşit olması kadar eşit fırsatlara da sahip olması gerekmektedir. Hukuk düzeninin, bireyler arasındaki bu fırsat eşitliğini göz önünde bulundurması, onun meşruiyetine dair önemli bir emare oluşturur. Öyle ki toplum içerisinde bir sınıf veya grubun ya da belli özellikleri ve nitelikleri haiz olanların diğerlerinin aleyhine güçlenmesini sağlayacak mekanizmalara göz yuman bir hukuk sisteminin ya da siyasal düzenin meşruiyetinden bahsetmek olanaksızdır. Bu anlamda eşitlikle beraber fırsat eşitliğini ya da bir evrensel hukuki değer olarak toplumsal adaleti, hukuksal meşruiyetin bir dayanağı olarak görmek mümkündür.

#### 5. Sonuç

Hukukun, olanı olması gerekene göre belirlemesi gerekmektedir. Hukuk her ne kadar geneli itibarıyla olması gerekenle ilgili bir kavram da olsa toplumsal düzeni sağlamakta norm ögesi, olmazsa olmaz özelliğe sahiptir. Norm ögesinin düzene soktuğu toplumsal yaşamın daha ideal bir düzeye ulaşması, hukuki metinler belirlenirken sosyal gerçekliklerden soyutlanmaması suretiyle mümkündür. Son tahlilde sosyal gerçekliklerin, salt sosyal

<sup>45</sup> Roscoe Pound, *Laws and Morals*, New York, 1969, s. 97.

<sup>46</sup> Örnek olarak; YÖK'ün meslek lisesi mezunlarına uygulanan katsayı eşitsizliğini kaldırmasına yönelik kararını eşitsizlik olarak yorumlayan İstanbul Barosu Başkanı Muammer Aydın, katsayı eşitsizliğinin eşitlik olduğunu dile getirmek için "eşitlik eşitler arasındadır" ifadesini kullanmıştır. Eşitliği eşitler arasında gören anlayışa sahip bir gücün siyasal meşruiyetinden ve böyle bir hukuk sisteminin hukuksal meşruiyetinden bahsedilmesi olanaksızdır.

olgu düzeyinde adil olduğunu söylemek doğru değildir.

Hukukun temel öğeleri olan norm, sosyal olgu ve etik değer öğeleri birbirinden bağımsız düşünülemez kavramlardır. Hukuksal meşruiyetin sorgulanması aşamasında bu öğelerden sadece biri bağlamında yapılacak meşruiyet temellendirmesi, eksik ve sakat bir temellendirme değildir. Normların belirlenmesi ve sosyal olguların değerlendirilmesi noktasında hukukun bir diğer öğesi olan etik değer, sahip olduğu evrensellik özelliği nedeniyle elimizdeki en temel malzemedir.

Hukukun, ahlaktan bağımsız olduğunu dile getirmemiz güçtür. Öyle ki hukuku, toplum için bağlayıcı kılan çoğu zaman ahlaki öğelerdir. Söz gelimi kimsenin bulunmadığı bir yolda kırmızı ışıkta durmayan bir sürücü, söze konu şartlar altında ahlakın, kırmızı ışıkta durulması gerektiği yönünde bir buyruğu olmaması sebebiyle bu davranışını gerçekleştirilmektedir. Kırmızı ışıkta durulması gerektiği yönündeki salt bir norm, bağlayıcılığını sadece bir kural olmasından almamaktadır. Ahlak, aynı yoldan yayalarında yararlanma hakkı olduğunu dolayısıyla yayalara da geçiş hakkı tanınması gerektiğini buyurur. Bu sebeple yayaların ve araçların ortak kullanımını düzenleyen ışıklandırma sistemi, bu ahlaki bağlayıcılığın dolayısıyla hukukun bağlayıcıdır. Kısaca, hukukun içsel olarak bağlayıcı addedilmesi, hukukun etik boyutunun varlığının kabul edilmesiyse mümkündür.

Etik değer boyutu yadsınan bir hukukun ya da ahlaki insanın sadece içsel yaşamına hapseden bir hukuk sisteminin meşruiyetinden bahsetmek olanaksızdır. Etik değerlerin gözetilmesinin hukukun meşruiyeti için olmazsa olmaz kabul edilmesi durumunda dahi somut düzen, toplumun içsel olarak hukuku benimsemiş olmasıyla sağlanamayabilir. Somut düzeni koruyacak ve meşru hukuk düzeninin belirlediği yollarla yönetme iktidarını elde edecek siyasi otoritenin bulunması, hukukun meşruiyet kaynaklarından beslenmeye devam eder bir şekilde faal kalması için gereklidir. Zira meşru otorite, kendisine meşruiyet kazandıran öğelerden biri olan hukuk düzenini değiştirme iktidarına da sahiptir.

Yukarıda belirtilen durum, ifade ettiğimiz gibi; hukuksal meşruiyet ile siyasal meşruiyet

tin bazen bir diğerinin görünümü şeklinde ortaya çıkmasını, bir birinin içine geçmiş olmasını ve çoğu zaman da birinin diğerinden önce gerçekleşmiş olmasını sonuçlar.

Bu yüzden hukuksal meşruiyeti düşünmek, siyasal meşruiyeti düşünmekten bağımsız değildir. Tebliğimizin bundan sonraki kısmında, meşruiyet sorunsalının bir diğer görünümü olan siyasal meşruiyet meselesini inceleyeceğiz.

## SIYASAL MEŞRUIYET

Tebliğimizin en başında verdiğimiz örneği tekrarlayacak olursak; bundan önceki kısımda Maradona'nın golü elle atıp atmadığıyla ilginlemezsiniz yeniden başlayacak maçın, hangi kurullarla oynanması gerektiği üzerinde yani hukuksal meşruiyet üzerinde durmuştuk. Bu kısımda ise önce siyasal meşruiyetin ne şekilde sağlandığı ve meşru bir gücün ne özelliklere sahip olması gerektiğini elverişli kavramları belirterek tartışacağız ve yine örneğimiz doğrultusunda; golün elle atılmasının maçın kalan kısmının meşruiyetini ortadan kaldırıp kaldırmadığını inceleyeceğiz. Yani hukuk sistemini yaratan siyasi düzenin meşru olup olmadığını, meşru ise; meşruiyetinin ölçüsünün neler olduğunu, meşru değil ise; meşruiyetini sonradan kazanıp kazanamayacağını ya da hukuk düzeninin, meşruiyetini kazanabilmesi için neler yapılması gerektiği üzerinde duracağız.

Siyaseti, bir toplumda meşru otoriteye dayanmak suretiyle yapılan varlık ve değer dağıtım faaliyeti olarak tanımlayabiliriz.<sup>47</sup> Böyle bir tanımlama doğrultusunda tanım içerisindeki en belirleyici öğenin; meşruiyet olduğunu belirtmemiz gerekir. Yukarıda belirttiğimiz üzere siyasal meşruiyeti tartışmak, elverişli kavramlar eliyle mümkündür.

Bugün siyasal otorite ve meşruiyet üzerine kullandığımız kavramları ve bu alanda üretilen düşünceleri Max Weber'e borçluyuz.<sup>48</sup> Weber'in siyasal meşruiyet meselesinin tartışılması için kullandığı kavramları ve yaşanan dönüşümleri gösteren ideal tiplerini kullanarak tebliğimizin bu kısmında siyasal meşruiyet meselesini irdedeleyeceğiz.

<sup>47</sup> Bkz.: Cemil Oktay, *Siyaset Bilimi İncelemeleri*, s. 6.

<sup>48</sup> M. Hilmi Özev, *Meşruiyet Kavramının Dönüşümü*.

Geleneksel usullerin belirleyici rol oynadığı çağlarda meşruiyetin dayanağı, toplumun dışında ve toplumun üstünde öğeler, bir nevi kutsal ve tartışılmaz kaynaklardı. Geleneksel dönemdeki bu meşruiyet anlayışının çözüleceğine dair ilk belirtileri, Descartes'in şüpheciliğe dayanan düşünce sistematüğinde görmek mümkündür. Buna karşın geleneksel meşruiyet anlayışının çözülmeye başlaması Machiavelli'ye dayanmaktadır.

Yukarıda, hukuksal meşruiyet başlığı altında açıkladığımız ve özellikle Alman Filozof Karl Schmitt'in tezleri doğrultusunda dile getirdiğimiz sosyal düzenin, bir başka deyişle siyasi birliğin oluşumunun temeline Machiavelli, soylular-halk çatışmasını koymuştur. Bu bakış açısı, geleneksel olarak tanrıdan yönetme iktidarını alan kralların elde tuttuğu siyasi birliğin oluşumuna, bir nevi halkı da dâhil etmek anlamına gelmektedir. Buna karşın Machiavelli, meşruiyetin kaynağına ilişkin her hangi bir şey söylememektedir.

Meşruiyet anlayışının, kutsaldan dünyevi alana inmesinin başlangıç noktası Bossuet ve Bodin'dir. Bossuet, egemenliğin yanılmaz, vazgeçilmez, devredilmez ve bölünmez bir bütün olduğunu ve mutlak bir güç olarak benimsenmesi gerektiğini dile getirmektedir.<sup>49</sup> Jean Bodin de egemenliği benzer bir şekilde nitelendirmektedir. Yeni tip meşruiyetin filizlenmesine, Bossuet ve Bodin'in bölünmez egemenlik kavramından beslenen bir süreklilik anlayışı sebep olmuştur. Machiavelli'in meşruiyet kavramını zikretmemesine karşın Bodin, yeni tip meşruiyet anlayışının temelini atmıştır. Bodin'in aksine Machiavelli'de siyasi birliğin bir meşruiyet kaynağı yoktur. Tarihsel süreç içerisinde meşruiyet anlayışının, sosyal sözleşmeye doğru kaydığı görülür. Öyle ki başlarda Suarez, dine dayalı bir sosyal sözleşmeden bahsederken sonradan Hobbes, seküler bir sosyal sözleşmeyi temellendirmiştir.<sup>50</sup> Zamanla ve modernite süreciyle birlikte kutsalın tahtına devlet oturmuştur. Yurtta sulhu sağlayan cihanda savaşı devlet...<sup>51</sup>

## 1. Weber'in Kavramsallaştırması

Siyasal meşruiyetin, hukuksal meşruiyetten daha fazla inanç meselesi olduğunu dile getirebiliriz. Bu inanç, iktidarın ve yöneticilerin meşru olduğuna dair bir inançtır. Bu anlamdaki bir siyasi meşruiyeti "Siyasi sistemin kurum ve yöntemlerinin en uygun kurum ve yöntemler olduğu yolundaki inanç ve güven"<sup>52</sup> olarak tanımlayabiliriz. Tanımımızda belirtilen inanç ve güven, siyasi gücün ve yöneticilerin meşruiyetlerini belli bazı meşruiyet dayanaklarından almaları halinde oluşabilmektedir. Bu inanç ve güvenin ne şekilde oluştuğuyula ilgili Weber'in kavramsallaştırması yeteli değilse bile meselenin tartışılmasına yarar nitelikte olduğundan önemlidir.

Weber, sırasıyla üç tip meşruiyet modelinden bahsetmektedir. Bunlar Geleneksel, Hukuki-Rasyonel [Yasal-Ussal] ve Karizmatik Meşruiyet tipleridir.

Şunu hemen belirtelim ki geleneksel meşruiyet anlayışından bugünkü modern devletin rasyonel meşruiyetine doğru yaşanan dönüşüm, aslında modernite sürecinin ta kendisidir. Bugün için sorun meşruiyet sorunu olmaktan çıkıp bir bakıma meşrulaştırma, meşruiyet kazanma ya da meşruiyet devşirme sorunu halini almıştır.

### a) Geleneksel Meşruiyet Modeli

Geleneksel usullerin hâkim olduğu geleneksel dönemde iktidar, günlük hayatın alışılmış ve basit ihtiyaçlarının giderilmesine yöneliktir.<sup>53</sup> Siyasi iktidar gelenekseldir. Siyasi iktidarı meşru addetmek geleneksel inançlara dayanır. Geleneklerden dolayı siyasi iktidarın gücüne boyun eğilir. Siyasi iktidarın kurallarına uyma, dinsel ve kutsallık içerir. Sadece siyasi iktidarın kurduğu düzene riayet edenler için değil yöneticiler de ellerindeki iktidarı bu şekilde görür. Kuralların dayanağının kutsal olduğuna dair toplumda ve yöneticilerde ortak bir anlayış birliği vardır ve geleneksel

<sup>49</sup> Niyazi Öktem, *Egemenlik, Hukuk Devleti ve Meşruiyet*.

<sup>50</sup> M. Hilmi Özev, a.g.m.

<sup>51</sup> Cemal Bali Akal, *İktidarın Üç Yüzü*, s. 18.

<sup>52</sup> Bkz.: Cemil Oktay, s. 53.

<sup>53</sup> Max Weber, *Sosyoloji Yazıları*, (Çev.: Taha Parla), s. 325.

iktidara siyasi meşruiyetini kazandıran bu anlayış birliğidir.<sup>54</sup>

Weber'in geleneksel meşruiyet modelinin eleştirildiği noktalardan birisi budur. Weber, meşruiyetin kaynağı olarak yönetenler ve yönetilenler arasındaki yönetme hakkının kutsal tarafından siyasi otoriteye verilmiş olduğu yönündeki kabulü ve anlayış birliğini görür. Bir yandan da geleneksel dönemin, yönetilenler ve yönetenlerinde meşruiyetin kaynağının kutsal olduğu düşüncesi vardır. Yani Weber, meşruiyetin kaynağının kutsal olduğunu her iki tarafın da düşünüyorsa; meşruiyetin kaynağı olarak görmektedir.

Geleneksel meşruiyet anlayışında siyasi sistem, fonksiyonel olmak yerine kişisel ilişkiler çerçevesinde hüküm veren efendinin kısıtlanmamış keyfilliğini ve lütuflarını beraberinde getirir. Bu anlamda, gelenekçi otorite irrasyoneldir.<sup>55</sup>

Coğrafi keşifler, ulaşım imkânlarının artması, iletişimin kolaylaşması gibi bir dizi neden, geleneksel toplumun tarihsel süreç içerisinde sanayi toplumuna evrilmesine ve demokratize olmasına neden olmuştur. Örneğin; Osmanlı'da Tanzimat'la birlikte hukuk laikleştirilmiş ve Osmanlı vatandaşlığının hukuka yerleştirilmesiyle birlikte geleneksel tebaa anlayışı çözülmeye başlamıştır.

### ***b) Hukuki-Rasyonel [Yasal-Ussal] Meşruiyet Modeli***

Geleneksel meşruiyet anlayışına dayalı toplumda iktidar, günlük yaşantının olağan ve basit ihtiyaçlarını karşılamaya yöneliktir ve usuller gelenekselidir. Yine geleneksel toplumda, geleneği sürdürme isteği hakimdir. Dolayısıyla geleneksel toplumun meşruiyet anlayışı da buna dayalı olarak geleneksel olanın yönetmeye, muktedir olmaya devam etmesi doğrultusundadır. Bir nevi geleneği sürdürme güdüsü hâkimdir. Geleneksel dönemin çözülmeye başlamasıyla modernite sürecine girilmiş ve geleneksel meşruiyet anlayışı, yerini yavaş yavaş hukuki-rasyonel meşruiyet anlayışına bırakmıştır. Weber'e göre 19. yüz-

yıl'ın bunalımı; geleneksel meşruiyet anlayışından hukuki rasyonel meşruiyet anlayışına doğru dönüşümün getirdiği bunalımdır.

Yukarıda belirtilenlerin aksine hukuki-rasyonel meşruiyet anlayışına dayalı toplumda geleneği sürdürme değil değişim ihtiyacı hâkimdir. Artık günlük yaşantı geleneksel toplumda olduğu gibi olağan ve basit değil değişken ve karmaşıktır. Dolayısıyla içinde bulunulan şartları tatmin edecek pragmatik çözümlerin, her an değişebilecek nitelikte bulunması gereklidir. Toplumsal ve toplumlar arası ilişkiler ve dünyevi sorunlar arttığı için bu sorunları çözeceğine inanılan dünyevi ilkeler, toplumsal itaati belirleyen olgulardır. Bu ilkelerin korunması, sürdürülmesi ve yüceltilmesi değil istenilen sonuca ulaşmakta fayda sağlaması önemlidir. Bu özelliklerini yitirdikleri anda değişirler, dönüştürülürler ya da kaldırılırlar. Kısacası meşruiyetlerini kaybederler.

Meşruiyetin kaynağı, kutsal olmaktan çıkıp dünyevi olan olmuştur. Kuralları koyanlar, kavramların içeriğini belirleyenler, kurumları ihdas edenler, kişisel olmaktan çıkıp biçimsel hal almıştır.<sup>56</sup> Hukuki-rasyonel meşruiyet anlayışına dayalı toplumda itaat, kişilere değil kurumlardır. Yönetilenler de adeta biçimsel bir hal almıştır. Yönetilenler; memur, esnaf, öğrenci, yükümlü olarak tanımlanır. Bireylerden ziyade roller ilişki halindedir. Bu durum rasyonelizasyonun kaynağıdır. Hesabı iyi yapan üstün tutulduğundan uzmanlaşma gelişmiş, bürokrasi ortaya çıkmıştır.<sup>57</sup>

Hukuki-rasyonel meşruiyet anlayışından bahsederken bürokrasi mevhumuna ayrı bir parantez açmakta fayda görüyoruz. Modern toplumda bürokrasinin ortaya çıkışı, işçilerin ürettiklerine yabancılaşması ve ürettiklerinin sahibi olmamasına benzer şekilde yönetenlerin de yönetim aygıtlarına yabancı olması ve yönetim araçlarının sahibi olmaması sonucu ortaya çıkmıştır.<sup>58</sup> Bu durum büyük oranda bürokrasi kavramının ortaya çıkışının sebebi olsa da bürokrasinin sonuçlarından sadece biridir.

<sup>54</sup> M. Hilmi Özev, a.g.m.

<sup>55</sup> Max Weber, a.g.e., s. 375-377.

<sup>56</sup> Max Weber, a.g.e., s. 379.

<sup>57</sup> M. Hilmi Özev, a.g.m.

<sup>58</sup> M. Hilmi Özev, a.g.m.



Bürokrasi sistemi içerisinde yöneten olmak, geleneksel dönemin yöneteni olmaktan çok farklıdır. İlk olarak yönetenler, yasada belirtilen görevleri yapmakla görevli memur kişilerdir. Yönetenlerin görevleri yasayla belirlendiği gibi yetkileri de yasaca kısıtlandırılmıştır. Bir üst düzeydeki yöneticiye bağlılık, geleneksel dönemin kulluk sisteminden çıkıp ast-üst ilişkisi haline almıştır. Bu ilişki de hiyerarşik olarak yasalar eliyle belirlenir.<sup>59</sup> Bürokrasi, hukuki-rasyonel meşruiyet anlayışına dayalı toplumun en temel mekanizması durumundadır.<sup>60</sup>

### c) Karizmatik Meşruiyet Modeli

Karizma sözcüğü, Türkçeye “etkileyicilik” ve yine karizmatik sözcüğü de “etkileyici” anlamında dâhil olmuştur.<sup>61</sup> Sosyolojik anlamda dünyevi bir içerikle kullanılabilecek de “karizma”, kuşku ile karşılanan bir kavramdır. Siyaset literatüründe; eşine az rastlanan, alışılmamış, kural dışı, sıra dışı olmak gibi özellikleri vurgulayan karizmatik kavramı özellikle bu özelliklere sahip bulunmayı değil yönetilenler ve hayranlık duyanlar tarafından bu şekilde algılanmayı deyimler. İnsanlar karizmatik lidere gelenekler ya da yasalar nedeniyle değil inandıkları için itaat ederler.<sup>62</sup> Çoğu zaman karizmatik lider, itaat edenlerin zannettikleri özelliklere sahip kişi değildir. İçinde bulunulan şartlar ve fırsatlar, karizmatik lideri bahsedilen konuma getirmiştir. İşte bu tip meşruiyet modelinde meşruiyetin kaynağı karizmatik lidere yöneltilen hisler ve inançtır. Karizmatik lider ve toplum arasında çok güçlü bir bağ vardır.

Karizmatik meşruiyete dayalı bir siyasal düzende hukuk ve yönetim mekanizması yoktur. Varsa bile iptidai düzeydedir. Keza kanun, neredeyse karizmatik liderin söyledikleri ve ilkeleridir. Geleneksel meşruiyet anlayışına dayalı toplumda olduğu gibi kulluk, hukuki-rasyonel meşruiyet anlayışına dayalı toplumda olduğu gibi memuriyet sistemi yoktur. Karizmatik liderin yandaşları vardır. Karizmatik meşruiyet tipine özgü bir toplumdan; geleneksel meşruiyet ve hukuki rasyonel meşrui-

yet anlayışlarına özgü toplumlardan bahsettiğimiz gibi bahsedemeyiz. Çünkü bu tip meşruiyet anlayışına dayalı bir düzen, toplumsal kriz ve darboğaz anlarında ortaya çıkar. Bir toplumsal devrim ya da toplumsal bir huzursuzluk vardır. Önceki meşruiyet anlayışının temellerinin sarsıldığı, yeni bir arayış içinde bulunduğu dönemde geçerlidir. Yeni bir meşruiyet anlayışının edinilememesi ve karizmatik lider döneminin uzaması sorun yaratır.<sup>63</sup>

Karizmatik meşruiyet anlayışına dayalı düzen genellikle fazla uzun süreli olmaz. Yukarıda belirtildiği gibi; bir geçiş döneminin meşruiyet anlayışıdır. Siyasal çalkantının dinmesinden sonra başkaca bir meşruiyet anlayışının, karizmatik meşruiyet anlayışının yerine ikame olması gerekmektedir. Örneğin ülkemiz açısından Mustafa Kemal, karizmatik ve ülkeyi savaştan çıkaran bir lider olarak toplumun büyük bir kesimince benimsenmişse de yaşamının son dönemleri ve ölümünden sonra, karizmatik meşruiyet anlayışının, hukuki rasyonel meşruiyet anlayışına evrilmesi sonucu CHP iktidarına yönelik tepkiler artmış ve bu sosyolojik süreç sonunda çok partili hayata geçilerek Demokrat Parti iktidar olmuştur. Halk, meşruiyet anlayışındaki bu dönüşüm sonucunda ülkeyi savaştan çıkaran Milli Mücadele kadrosundan İnönü gibi bir karizmatik lidere ve onun kadrosuna karşılık, CHP iktidarının “Hasolar Memolar” diye tanımladığı DP kadrosunu iktidara getirmiştir.

Karizmatik meşruiyete dayalı tek parti dönemi, Türkiye’de en fazla yirmi üç sene hüküm sürebilmiştir. Sonrasında, halkın yeni gelişen meşruiyet anlayışına direnemeyerek iktidarı yeni meşruiyet anlayışının belirlediği yöneticilere devretmek zorunda kalmıştır. Hâlbuki halk, geleneksel meşruiyet anlayışına dayalı sultanın yönetim hakkına altı yüz yıl süresince itiraz etmemiştir. Zira sultana karşı olan itiraz, yönetme becerisine sahip olmadığı yönündedir ama yönetme hakkı olduğuna yönelik bir tartışma değildir. Öyle ki zorla tahttan indirilen, zindana kapatılan ve sarayda öldürülen sultanlar olduysa da iktidar, haneedan soyundan başka bir sultana verilmiştir. Bu durum, karizmatik meşruiyet modelinin, diğer meşruiyet modelleri gibi sürekli olmadığını göstermektedir.

<sup>59</sup> Max Weber, a.g.e., s. 290.

<sup>60</sup> M. Hilmi Özev, a.g.m.

<sup>61</sup> Bkz.: *Sözük*, TDK.

<sup>62</sup> Max Weber, a.g.e., s. 135.

<sup>63</sup> Bkz.: Cemil Oktay, s. 48-54.

Yukarıda sırasıyla saydığımız, geleneksel, hukuki-rasyonel ve karizmatik meşruiyet modelleri, meşruiyet anlayışının kavramsallaştırılması açısından yeterli gibi görülsede bir yandan meşru siyasi iktidar ile zorbalık arasındaki farkı belirtmek; bir bakıma zorbalığın siyasi iktidara dönüşmesini açıklamak noktasında eksik kalacaktır. Weber'in kavramsallaştırması, gayrimeşru kavramıyla ilgilenmez gibi görünmektedir. Yine meşruiyeti kavramsallaştırırken yönetilenleri değil yönetenleri göz önünde bulunduran bir sınıflandırmaya gitmiştir. Oysaki siyasi iktidar, sosyal yaşamda sadece gücün tek bir boyutu ile görünmemektedir. Weber, meşru iktidar kavramını sosyal yaşamın içinde, gücün diğer boyutlarıyla hiçbir bağlantısı yokmuş gibi değerlendirmiştir.<sup>64</sup>

Siyasal meşruiyeti açıklarken geleneksel meşruiyet inancının, modern devletin meşruiyet inancına doğru evirildiğini ve kutsaldan dünyevi olana dönüştüğünü belirtmiştik. Siyasal meşruiyet çok iptidai bir şekilde "neden ben değil" sorusunun yanıtıdır ve yönetenlerin, yönetme hakkının olduğuna ve ellerindeki gücün meşru bir güç olduğuna inanmaktadır. Kısacası meşruiyet, bir inanç meselesidir. Bu durumda yönetenlerin, yönetilenlerde böyle bir inancı oluşturmaları muhtemeldir ve iktidar için meşruiyetten daha ziyade meşrulaştırma birincil sorun halindedir.

Meşru olmayan bir siyasi iktidarın meşruiyet kazanmasına gerçekten olanak yok mudur? Ya da örneğimiz bağlamında soracak olursak; elle atılan gol, maçın geri kalan kısmını gayrimeşru mu kılar, yoksa sadece gol hanesine yazılan artı bir skor mu gayrimeşrudur?

İktidar, bir başkasına yapmayabileceği bir şeyi "yaptırabilmeyi" ifade eder. Tırnak içerisinde kullandığımız "yaptırabilme" iktidarına devlet, meşru güç kullanma yetkisi ile birlikte sahip olduğundan sosyal hayatta görülen başkaca iktidar türlerinden ayrılır. Şiddet tekelini elinde bulunduran devlet iktidarının yalnızca güce dayandığını dile getirmek yanlış olur. Keza meşru bir güç olmadığı müddetçe güç, ancak zorbalıktan ibaret kalacaktır. İktidar,

meşru temellere dayanmak zorundadır. Yine iktidarın tekelinde bulunan güç de yaptırabilme kudretini meşruiyetinden almalıdır.

Bir siyasi düzende iktidarı ellerinde bulunduranlar, iktidara pozitif hukukun belirlediği yollarla gelmiş olabilirler. Bununla beraber iktidarı ellerinde bulunduranlar, pozitif hukukun kurallarına riayet ediyor da olabilirler. Ne var ki tüm bu durumlar yönetenleri, yönetilenlerin gözünde meşru kılmaya yeterli değildir. Tüm bunların dışında iktidarı ellerinde bulunduranlar, iktidarı mevcut yasal düzenin kurallarına uymadan zorla elde etmiş olabilirler ve mevcut siyasal düzeni zorla değiştirebilirler. Ülkemizde 1960 ve 1980 yıllarında olduğu gibi askeri darbe yoluyla iktidar elde edilmiş ve mevcut anayasal sistem değiştirilmiş olabilir. İşte tüm bunlar gibi ortaya çıkabilecek durumlar, meşruiyet temelini sorgulanmasını da beraberinde getirmektedir. Kuşkusuz mevcut anayasal düzende yapılacak değişikliklerin ya da anayasanın değiştirilmesinin, anayasal düzenin belirlediği yöntem ve usullerle yapılması bu tür bir hukuki eyleme meşruiyet kazandırabilir. Lakin bu sadece hukukilikten kaynaklanan bir meşruiyettir. Tarihi süreç içerisinde şahit olduğumuz tecrübeler, anayasal ya da hukuki devamlılığın hukuki meşruiyeti sağlama konusunda bazen yeterli ölçüt olabileceğini ama siyasal meşruiyetin sağlanmasında yeterli olmadığını göstermektedir.

Peki, siyasal meşruiyeti olmayan bir gücün kurduğu anayasal düzen, sonsuza dek gayrimeşru kalmaya devam mı edecektir? Örneğin 12 Eylül yönetiminin gayrimeşru olduğunu kabul edersek; bugün dahi yürürlükte olan 1982 Anayasası'nı, bu anayasaya uygun olarak yürütülen tüm hukuki işlemleri ve bu anayasanın belirlediği şekillerde kurulmuş bütün siyasi iktidarlara gayrimeşru mu kabul etmeliyiz. Ya da bu süreç bir noktada meşruiyetini elde eder mi?

## 2. Siyasi Kültür

Weber'i fikren takip eden Seymour Martin Lipset, siyasi sistemin meşruiyetini, "siyasi sistemin ve bu sistemin siyasi kurumlarının, içinde yaşanılan toplum için en ideal sistem ve kurumlar olduğuna dair inancı yaratma ve sürdürme kapasitesi" olarak ifa-

<sup>64</sup> J. G. Merquior, *Rousseau and Weber: Two Studies in Legitimacy*, Routledge, s. 135; M. Hilmi Özev, a.g.m.

de eder.<sup>65</sup> Basit bir şekilde bu tanımı tamamlayacak olursak toplumun, mevcut sistemin ve kurumlarının yetersiz dahi olsa kurulacak başka sistemlerden ve kurumlardan daha uyumlu olduğuna dair inanca sahip olması ve sistemin bu inancı sürdürme kapasitesine sahip olması, siyaseten mevcut sisteme ve yöneticilere meşruiyet kazandırır.

Toplumlarda yukarıda belirtilen türde bir inancı belirleyen, toplumların siyasi kişilere ve kurumlara yönelik değer yargılarını belirleyen ve toplumun siyasi tavrını belirleyen, toplumun "siyasi kültürüdür". Siyasi kültür, genel itibarıyla siyasi kurumların ve siyasi düzenin meşruiyetine katkıda bulunan önemli etkenlerden biridir. Siyasi sistem içinde var olan kurumların varlıklarını sürdürmelerini, o kurumların, içinde bulunulan toplumun siyasi kültürü ile barışık olmasına, uyum içinde bulunmasına bağlıdır.<sup>66</sup> Siyasi kültür, mevcut anayasal düzenin kurumlarının, en uygun anayasal düzen ve kurumlar olduğuna yönelik inancı, kısaca anayasal düzenin meşruiyetine dair inancı destekleyici mahiyettedir.

Yaşanılan toplumun siyasi kültürünü belirleyici etken; çoğu zaman toplumun elitlerinin siyasi kültürü olmuştur. Öyle ki anayasalar, çoğu zaman elitlerin siyasi kültürünü yansıtır nitelikte oluşturulmuştur. Bu tür anayasalar, çoğunlukla toplumun siyasi kültürüyle tezat teşkil eder. Bu tür anayasalara II. Dünya Savaşı sonrası bağımsızlıklarını kazanan ülkelerde oluşturulan anayasalar örnek olarak gösterilebilir. Dolayısıyla ortada kitlenin desteğinden yoksun bir anayasa koyucu siyasi güç ve bu kurucu gücün ortaya koyduğu kitle desteğinden yoksun bir anayasa vardır. Toplumun desteğinden yoksun bir siyasi gücün ve bu gücün oluşturduğu anayasal düzenin meşruiyetinden bahsedilmesi güçtür.

Belirttiğimiz şekilde bir anayasal düzenin ve bu anayasal düzene göre kurulmuş yöne-

timlerin meşruiyetlerini kazanabilmeleri, kitlenin desteğini sağlamış olmalarına bağlıdır. Şöyle ki; anayasal düzen, toplumun siyasi kişilere, kurumlara ve siyasi güce yönelik tavrını belirleyen siyasi kültürle uyumlu değilken ya bu uyumu sağlayacak hale gelecektir yani anayasal düzen değişecektir ya da anayasal düzen ile uyumlu olmayan siyasi kültür değişecektir.

Siyasi kültürün değişmesi çok sıklıkla karşılaşılan bir değişim olmamakla birlikte imkânsız değildir. Keza siyasi kültür durağan, sabit bir kavram değildir. Siyasi kültür, öncelikle bireylerin ve toplumun ihtiyaçlarını, değer yargılarını, inançlarını, örfünü tatmin eden siyasi yöntemlerin doğru olduğu yönündeki kabuller tarafından belirlenir. Bununla birlikte siyasi kültür, bu sayılanlara en uyumlu siyasi yöntemlerin belli bir rejim içerisinde ve belli vasıflara sahip yöneticiler tarafından yerine getirilebileceğini düşünür. Örneğin toplum; ihtiyaçlarına, inançlarına, geleneklerine ve yaşam tarzına en uygun rejimin monarşi olduğu ve en uygun yöneticilerin de belli bir hanedana ya da oligarşiye mensup kişiler olduğu yönünde siyasi kültüre sahip olabilir. Var olan gelen monarşi yönetiminin elitist bir devrimle yıkılması ve yerine demokratik bir siyasal düzenin getirilmesi durumunda, hem yeni siyasi iktidar hem de siyasi düzen toplum desteğinden yoksundur. Buna karşın yeni düzenin toplumun ihtiyaçlarına, inançlarına, geleneklerine ve yaşam tarzına eskisi kadar ya da eskisinden daha fazla uyumlu olması halinde toplumun siyasi kültürü de değişecektir.

Yukarıda belirtilen durum, yeni anayasal düzenin, fonksiyonel anlamda etkin olmasıyla doğru orantılıdır. Öyle ki başlangıçta siyasal meşruiyet temelinden yoksun olarak yürürlüğe giren yeni siyasal ve anayasal sistemin, yukarıda sayılanlar yönünden tatmin edici olduğu görülürse siyasi kültür de değişecektir.

Görüleceği üzere meşruiyet temelinden yoksun bir siyasi güce dayanan hukuk sisteminin, meşruiyetini sonradan kazanması mümkündür. Meşruiyetini asla kazanamayacak olan ise gayrimeşru yollar ile siyasi iktidarı elde eden güçlerdir. Keza meşruiyetini kazanabilme yeteneğine sahip hukuk sistemi, halkın taleplerini karşılar niteliğini elde etme imkanına sahiptir. Böylelikle sonradan meşruiyetini kazanmış, hukukun kuralına göre iktidara gel-

<sup>65</sup> Bkz.: Seymour Martin Lipset, "Political Man", *The Social Basis of Politics*, s. 77; Levent Gönenç, *Meşruiyet Kavramı ve Anayasaların Meşruiyeti Problemi*.

<sup>66</sup> Bkz.: Dennis Kavanagh, "Political Culture", *The Blackwell Encyclopedia of Political Science* içinde, Vernon Bogdanor, (der.), Blackwell, s. 447. Bkz.: Gabriel A. Almond, "Civic Culture", *The Blackwell Encyclopedia of Political Science* içinde, Vernon Bogdanor, (der.), Blackwell, s. 98.

miş siyasi güçler meşru addedilir. Başlangıçta kurucu güç niteliğindeki iktidar ise meşruiyetini hukukun içerisinde devşirmedeği için gayrimeşru kalmaya devam edecektir. Bu gerçeklik de en başta belirttiğimiz şekliyle; hukuksal meşruiyet ile siyasal meşruiyetin iç içe geçmiş olması ve birinin sağlanması için diğerine ihtiyaç bulunması gerçeğini doğrulamaktadır.

### 3. Fonksiyonel Etkinlik

Yukarıda; başlangıçta siyasal meşruiyet temelinden yoksun bir siyasi düzenin ve hukuk sisteminin, sonradan nasıl meşru bir hal alabileceğinden bahsederken fonksiyonel anlamda etkin olması kavramından bahsettik. Bu kavramı biraz daha açacak olursak; bir siyasi sistem, kendisinden beklenen fonksiyonları yerine getirebiliyorsa etkindir. Bununla beraber bir siyasi sistemin fonksiyonel anlamda etkin olup olmadığını incelerken o sisteme tabi olanların tavırlarının ve sistem ile ilgili kanaatlerinin de göz önünde bulundurulması gerekir. Sadece o siyasal sisteme tabi olanların değil siyasal sistemle muhatap olan yöneticilerin de talepleri önemli rol oynar. Bir siyasi sistem, fonksiyonları itibarıyla yöneten ve yönetilenlerin siyasal kültürünü değiştirecek nitelikte taleplerini karşılamaya yeterse etkindir.<sup>67</sup>

Bu anlamda hukukçulara düşen ödev; yöneticilerin, siyasi iktidarı meşru yollarla elde edip etmediklerinin takipçisi olmak ve meşruiyeti şaibeli siyasal sistemi toplum nezdinde gayrı meşru ilan ederek, —demokrasi kültürünün gereği olarak— meşruiyeti kabullenilen bir siyasi sistem için toplumsal talepleri uyandırmak olmalıdır.

Çünkü siyasi güçlerin meşruiyetinin dönüp dolaşıp tıkanacağı nokta; hukuksal alandır. Bunun ötesinde hukukun meşruiyeti, siyasal meşruiyetten çok daha önemli bir meseledir. Çünkü 14. Louis'ye “devlet benim” dedirten; otoritenin aynı zamanda kendisini kanun olarak görmesidir. 14. Louis egemenlik gücünü tanrıdan almıştır. Dolayısıyla hiçbir dünyevi gücün onu sınırlandıramayacağını düşünmektedir. Siyasal olarak meşru olduğuna göre kendisinin koyduğu kurallar da hukuksal anlamda meşrudur inancına sahiptir.

<sup>67</sup> Levent Gönenç, a.g.m.

Geçmiş çağların bu uygulamalarından bugüne gelinmiştir. Bugün için hukuk ve siyasi iktidar arasında, birinin diğerinden öncelenmesi gibi bir gereksinim varsa hukukun öncelenmesi gerektiği fikri yerleşmiştir. Yani bugün için 14. Louis devlet değildir. Sultandan büyük Allah ve hukuk vardır.

## SONUÇ

Meşruiyet meselesine metajüridik [hukuk ötesi] bir açıdan bakılması zorunludur. Pozitivist görüşün temsilcileri Kelsen ve Schmitt her ne kadar hukuku, metajüridik tüm öğelerden temizleme gayreti içerisinde olsalar da —örneğin Kelsen meşruiyeti, grandnorm gibi bir üstün norma bağlama zorunluluğu hissetmiştir— “grandnorm”, siyasal iktidarın barışçıl bir karakteri olması ihtimalinde Pacta Sund Servanda'dır. Yani Ahde Vefa ilkesi... Bu ilke ise tamamıyla ahlaki bir tavrı özetler. Hukukun etik boyutunun yadsınamayacağı ve hukuksal meşruiyetin hiçbir ortamda etikten soyutlanmış olarak tartışılmayacağı açıktır.

Yukarıda belirttiğimiz durum, bir başka açıdan bakıldığında meşruiyetin kesinlikle normlar piramidi içerisinde aranmaması gerektiğini göstermektedir. Pozitif hukuk normlarının, hukukun bir parçası olduğu su götürmez bir gerçektir. Fakat sırf yazılı veya kabul edilmiş kurallar oldukları için pozitif hukuk normlarının “hukuk” olduğunu dile getirmek ve hemen bunun yanında hukukun üstünlüğünü talep etmek olanaksızdır. Şayet bir hukuk düzeni, engizisyon mahkemelerinde olduğu gibi işkenceyi yasal kabul etmiş ise ve bu tür bir uygulamanın hukuk sisteminin içinde var olması sebebiyle meşru olduğunu dile getiriyorsa hukuk, o sistem içinde “üstün” değil “baskındır”, “baskıcı”dır.

Hiçbir gücün ve kimsenin, hukuktan üstün olmadığını dile getirecek olursak pozitif hukukun, hukuk olduğunu söylemenin imkânsız olduğu biraz daha açık bir şekilde ortaya çıkaracaktır. Örneğin işkencenin yasal olduğu bir hukuk düzeninde halk, bu uygulamaya bir müddet boyun eğecek ve fakat bu uygulamayı er ya da geç sonlandıracaktır. Bu durumda halk, hukuktan üstün gelecektir. Böyle bir hukuk kavramsallaştırması ise mümkün değildir. Yani halk da bireyler ve yöneticiler gibi

hukuktan üstün olma özelliğine sahip değildir. Eğer halk, hukuk zannedilen bir olguya üstün gelip onu kendine uygun şekilde biçimlendiriyorsa demek ki hukuk normdan öte bir kavramdır. Halk, verdiğimiz örnekte olduğu gibi; olanı, olması gerekene doğru değiştirmişse bu durumda olana değil olması gerekene hukuk olarak yaklaşmamız daha doğru olacaktır. Hukuk olan değil olması gerekendir.

Şu unutulmamalıdır ki; daha önce belirttiğimiz şekliyle hukuk, üç temel öğeden oluşmaktadır. Bunlar norm, sosyal olgu ve etik değerdir. Hukukun meşruiyet vasfını kazanabilmesi için etik değere diğerlerinden daha fazla öncelik verilmesi gerekmektedir. Keza yine yukarıda ifade ettiğimiz gibi hukukun bağlayıcılığı, onun müeyyidelenme unsurundan ileri gelmemelidir. Hukuk devleti, en yüksek derecede meşruiyet istemini bünyesinde barındırmalıdır. Bu da hukukun, etik boyutuna norm boyutundan daha fazla değer verilmesi suretiyle olur. Yine hukukun bağlayıcılığının temelinde, büyük oranda ahlaksal buyruklar vardır.

Pozitivistler, hukukun norm boyutunu ve normatif sistemi neredeyse kutsamaktadırlar. Yine aynı şekilde sosyolojik görüş de hukukun sosyal olgu ögesini kutsar bir eğilim içerisindedir. Tüm bunların dışında, doğal hukukçu görüş ise olması gereken, etik gibi soyut kavramları çok fazla öne çıkarması sebebiyle bazen gerçeklerden uzaklaşıp neredeyse ütopyik bir hukuk kavramsallaştırması yoluna girmektedir.

Bizim bu tebliğ ile amacımız; ne pozitivistler gibi hukuku sadece normatif düzenden ibaret görerek onu meşrulaştırmaya çabalamak ne sosyolojik görüş gibi sosyal gerçeklerin ve toplumsal taleplerin kayıtsız şartsız meşru olduğunu kabul edip bu yönde ve tamamıyla dünyevi bir meşruiyet temellendirmesi yapmak ne de doğal hukukçu görüş gibi hukuk ile ahlakı neredeyse özdeş kabul etmektir.

Bu tebliğimizde, etik değer ögesinin diğer öğelerden öncelenmesi gerektiğini söylememiz onu asla kutsamak anlamına gelmemelidir. Keza hukuksal meşruiyet sorununun cevabı sadece hukukun etik değer boyutunun içine gizlenmiş değildir. Yine etik değer ögesi de kesin çizgilerle diğer iki öge olan norm ve sosyal olgudan ayrılmış değildir. Hukuk düzeninin sağlanması ancak normatif sistem ve

normlar eliyle mümkündür. Yöneticilerin, yürürlükteki normları hiçe sayar şekilde keyfi uygulamalarda bulunmaları halinde meşruiyetleri sorgulanır. Norm, böyle bir örnekte meşruiyetin dayanağı görünümündedir. Yine meşruiyet kavramının ve meşruiyeti önemli bir mesele olarak gören bir anlayışın toplum psikolojisine yerleşmesi gerekmektedir. İçinde bulunulan siyasal düzende, yöneticilerinin ve hukuk sistemlerinin meşruiyetini her daim sorgulayan bir toplumun ve toplumsal gerçekliğin var olması, toplumu "olması gereken" daha adil bir ideale doğru götürür. Bu durumda siyasal iktidar, toplumdaki meşruiyet istemine cevap vermek mecburiyetindedir ve böylelikle sosyal olgu ögesi karşımıza meşruiyetin bir dayanağı olarak çıkmaktadır.

Montesquieu'nun söylemiyle dile getirecek olursak; insanlar hayvanlardan farklı olarak sadece fizik yasaları ile bağlı değildirler. İnsanlar düşünen ve üreten varlıklar olarak başkaca yasalar ile de bağlıdırlar. Bugün için insanın akli, felsefi, iradi doğası sadece belli zümrelere mensup olanların doğası olmaktan çıkıp artık tüm insanlığın doğası halini almıştır.

Kelsen'in belirlediği normlar piramidini düzenleyecek olan devlettir. Ama hukuk, devlet göz önünde bulundurularak üretilmez. Keza devletin bir doğası yoktur ve devlet, özne değil nesnedir. Devlet acı çekmez. Devletin normlar piramidine uygun davranması, onu belki bir yere kadar hukuk devleti statüsüne sokar ama insanın doğasına aykırı bir normatif sistemin meşruiyeti her zaman sorgulanacaktır. Bu durumda meşruiyet, bir üst derecedeki normda değil tüm bu normatif sistemin üzerindeki temel normda aranacaktır. Bu da meşruiyeti normatif sistemden bağımsız düşünmek ama devletten, siyasi düzenden ya da iktidardan bağımsız düşünmemek anlamına gelecektir.

Meşruiyeti devletten, siyasi düzenden ya da iktidardan bağımsız düşünmemek, meşruiyeti siyasal açıdan da sorgulamak anlamına gelecektir. Egemenlik müessesesi bir şekilde, bir siyasi düzen içerisinde, birileri tarafından kullanılacaktır. Siyasi düzen içerisinde diğerlerini saf dışı bırakma imkânına sahip her güç, egemen olma ihtimaline sahiptir. Modernite sürecinin bizi getirdiği nokta; diğer güçleri etkisiz hale getirip siyasi düzeni sağlayan en güçlünün egemenlik hakkına sahip olduğudur.

Bu durum modernitenin bir önerisi değil bir tespittir. Gerçekten bakıldığında modern devlette egemen olan; diğerlerine baskın gelen ve en güçlü olandır. Schmitt'in ifadesiyle olağanüstü hale karar verendir.

Modernitenin yukarıdaki yanılığı, insanlığa 20. yüzyılın acılarını yaşatmıştır. İdeale ve gelecek öngörüsüne sahip hukukçuların, siyasi meşruiyeti güç ile adlandırması olanaksızdır. Egemenlik, meşru olan gücün hakkıdır. Çünkü güç, egemeni meşru kılmaz. Meşruiyet, gücü egemen kılar. Bu sebeple modernite sürecinin tespitlerini öneri olarak değerlendirip güçlüye meşruiyet vasfı kazandırma arayışları belki fuhherleri, duçeleri, milli şefleri tatmin edebilir, fakat hukukunu arayan toplumları tatmin edemez. Adaletli bir toplum ideali, bugünün devletini tespit ederek gerçekleştirilemez.

Olması gereken hukukun, olmazsa olmaz evrensel değerleri vardır. Bu değerler, geneli itibarıyla gelecek öngörüsüne ışık tutan insanlığın elindeki meşaleler gibi olsalar da köklerini geçmişte bulurlar. Alman ekolünün dediği gibi; egemenliği, devletin bizatihi doğal bir hakkı kabul etmenin, devletin nasıl oluştuğuyula ilgilenmeksizin devleti somut bir özne olarak görmek ve devlet kavramıyla birlikte devlete egemenliği ilahi bir kaynağın mı yoksa toplumun sosyal bir sözleşme ile mi devrettiğini araştırmamanın sonucu, 20. yüzyılın ikinci çeyreğinin Alman devletidir.

Pozitivist yaklaşımın aksine devlet, hâkimiyetin kaynağını bizzat kendisi olarak görmemelidir. Dünya üzerinde egemen olan, muteber olan nesne devlettir. Fakat bu fiili bir durumdur. Hukuki olan egemenlikten bahsettiğimiz anda ise devreye hukukun egemenliği girecektir. Benzer bir şekilde ifade edecek olursak hukukun üstünlüğü... Devletin hukuktan üstün olduğunu dile getirmek, egemeni hukuk kabul etmek ya da 14. Louis gibi "devlet benim" demek ile mümkündür. Bugün devletin, egemenlik olarak ifade edebileceğimiz yasama, yürütme ve yargı güçlerini elinde bulundurması onu asla hukuktan üstün bir noktaya getirmez. Devletin yasama egemenliğine sahip bulunması neticesinde yasama faaliyetlerini hukuk olarak nitelendirmek; tabiri yerindeyse egemenin "devlet benim" sözünü kulağı diğer taraftan göstererek söylemesi demektir.

Son iki yüzyıldır revaçta olan düşünce; egemenliğin devlete sosyal bir sözleşme ile devredildiğidir. Öncesinde Hıristiyan Avrupa'da egemenliğin, krallara (papa aracılığıyla) tanrı tarafından tanındığı fikri hâkimdi. İslam dünyasında ise egemenliğin kaynağıyla ilgili ciddi tartışmalar, batı dünyasında kralın egemenliğinin tartışılmaya başladığı ana denk düşer.<sup>68</sup> Bu da hemen hemen 19. yüzyılın ikinci yarısıdır. Arap dünyasında devlet geleneğinin ve teşkilatlanmış güçlü bir devlet yapısının var olmaması, İslamiyet'ten sonra kırılmış ve İslamiyet'in yayılması için güçlü bir devlet yapısına ihtiyaç duyulmuştur. İslam anlayışında da özetle egemenliğin kaynağının ilahi olduğuna dair eğilim hâkimdir. Kuran'da geçen "Hüküm Allah'ındır" ifadesindeki "hüküm" lafzının tam manasıyla siyaset literatüründeki egemenlik kavramına denk düşmediği söylene de İslami doktrinde meşruiyetin kaynağı vahyi gönderen Allah'tır.

Siyasi egemenliğin meşruiyetinin ister geleneksel olarak ilahi olduğuna dair görüşü benimseyelim ister dünyevi bir kaynak olarak sosyal sözleşme olduğunu söyleyelim, egemenlik gücünün bir kaynaktan beslendiğini kabul etmek elzemdir. Devlet, egemenlik gücünü tanrıyla ya da toplumla yaptığı sözleşmeye uygun olarak kullanmak zorundadır. Devleti bağlayan bu sözleşme, bizim hukuk olarak ifade ettiğimiz kavramdır. Bu sözleşmenin yüksek maddeleri de evrensel değerlerdir. Bu değerler, insanoğlunun fiziki doğasının yanında sahip bulunduğu düşünsel doğasını da onuruna yakışır bir şekilde yaşayabilmesi için var olan değerlerdir. Ya insanı yaratan ve onun doğasını belirleyen yaratıcıya ait egemenliği kullanan devlet ya da insanın kendi doğasını daha iyi şartlar altında yaşayabilmesi için tek tek onlara ait egemenliği onlardan devralan devlet, kendisini meşru kılan sözleşmeye ve meşruiyetin siyasi kaynağına riayet ettiği müddetçe meşru bir güç olarak hukuku olması gerekenden olana indirgeyebilir. Yoksa meşru olmayan bir egemen güç olarak devlete sahip olduğu egemenliği veren ondan bu gücü geri alır ve meşru olan güce verir. Özetle olandan alır ve olması gerekene verir.

<sup>68</sup> Bkz.: Mustafa Şentop, *Siyasi Hakimiyetin Kaynağı Meselesi ve Osmanlı Telakkisi*.

## Kaynakça

- Adnan Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, Gözden Geçirilmiş, Değiştirilmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara 1996.
- Ahmet Gürbüz, *Hukuk ve Meşruluk*, Beta Basım Yayın, 2. Baskı, 2004.
- Albert Camus, *Başkaldıran İnsan* (Çev. Tahsin Yücel), 3. Baskı, Ankara 1990.
- Bünyamin Bezci, *Modern Türkiye'de Meşruiyetin Politik İçeriği: Schmittyen Bir Değerlendirme*, Finans, Politik ve Ekonomik Yorumlar, Cilt 44, Sayı 508, 2007.
- Cahit Can, *Hukuk Sosyolojisinin Gelişim Yönü*, Ankara, 1996.
- Cemal Bali Akal, *İktidarın Üç Yüzü*, Dost Yayınları, İstanbul 2003.
- Cemil Oktay, *Siyaset Bilimi İncelemeleri*, Alfa, İstanbul 2003.
- Dennis Kavanagh, "Political Culture", *The Blackwell Encyclopedia of Political Science* içinde, Vernon Bogdanor, (der.), Blackwell, Londra, 1991.
- Edward McNall Burns, *Çağdaş Siyasal Düşünceler* (Çev. A. Şenel), Birey ve Toplum Yayınları, İstanbul, 1984.
- Ernst Hirsch, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, Ankara 1949.
- Frederick Copleston, *Felsefe Tarihi*, Cilt 4: Çağdaş Felsefe, Bölüm b, Kıta Ussalcıları (Çev. Aziz Yardımlı), İstanbul 1991.
- Gabriel A. Almond, "Civic Culture", *The Blackwell Encyclopedia of Political Science* içinde, Vernon Bogdanor, (der.), Blackwell, Londra, 1991.
- Gary L. Ulmen, *Politische Mehrwert*, VCH Verlag, Weinheim 1991.
- George Whitecross Paton, *A Text-Book of Jurisprudence*, The Clarendon Press, Oxford 1946.
- Hans Kelsen, *Society and Nature, A Sociological Inquires*, (ed.) Dr. Karl Mannheim, Kegan Paul, Trench, Trubner & Sons Ltd., Londra 1949.
- Hans-Christof Kraus, *Verfassungslehre und Verfassungsgeschichte*, Duncker und Humblod Verlag, Berlin 2000.
- Hayrettin Ökçesiz, *Hukuk Devleti Olgusu*, b.y. HFSA, 3. Kitap, İstanbul 1996.
- Henrique Ricardo Otten, *Der Sinn Der Einheit im Recht*, Akademie Verlag, Berlin.
- International Encyclopedia*.
- J. G. Merquior, *Rousseau and Weber: Two Studies in Legitimacy*, Routledge, Londra 1980.
- Jack Donnelly, *Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları* (Çev. Mustafa Erdoğan-Levent Korkut), Ankara 1995.
- Jürgen Habermas, *Sivil İtaatsizlik* (Çev. Hayrettin Ökçesiz), İstanbul 1995.
- Karl Popper, *Açık Toplum ve Düşmanları*, (Çev. Mete Tunçay), C. 1, Ankara 1989.
- Levent Gönenç, *Meşruiyet Kavramı ve Anayasaların Meşruiyeti Problemi*, Ankara Üni. Huk. Fak. Dergisi Cilt: 50 S: 1, Ankara 2001.
- M. Hilmi Özev, *Meşruiyet Kavramının Dönüşümü*, Bilim Sanat Vakfı Bülten 57. Sayı, İstanbul 2005.
- Max Weber, *Sosyoloji Yazıları* (Çev. Taha Parla), İletişim Yayınları, İstanbul 2003.
- Mustafa Şentop, "Siyasi Hâkimiyetin Kaynağı Meselesi ve Osmanlı Telakkisi, E- Akademi Hukuk", *Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi*, Temmuz 2004 Sayısı.
- Niyazi Öktem, "Egemenlik, Hukuk Devleti ve Meşruiyet", *Polis* dergisi, 39. Sayı.
- Niyazi Öktem, *Hukuk Felsefesi ve Anayasa Yargısı*, b.y. Anayasa Yargısı II, Ankara 1991.
- Ömer Yörükoğlu, *Yirminci Yüzyılın İlk Yarısında Amerika Birleşik Devletlerinde Hâkim Olan Hukuk Teorisi*, İstanbul 1982.
- Ralf Dreier, *Hukuk Kavramı* (Çev. Altan Heper), 2. Kitap, İstanbul 1995.
- Ralp Barton Perry, *Realms of Value: A Critique of Human Civilization*, Harvard University Pres, Cambridge 1954.
- Rodney Barker, *Political Legitimacy and the State*, Clarendon Press, Oxford, 1990.
- Roscoe Pound, *An Introduction to the Philosophy of Law*, Oxford University Pres, Cambridge 1954.
- Roscoe Pound, *Law and Morals*, New York 1969.
- Seymour Martin Lipset, *Political Man*, The Social Basis of Politics, Doubleday, New York.
- Tom Bottomore, *Frankfurt Okulu* (Çev.: Ahmet Çiğdem), İstanbul 1989.
- Vecdi Aral, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, İstanbul 1983.
- Vecdi Aral, *İnsan ve Mutlu Yaşam (Yaşamın Anlamı)*, Birinci Kitap, İstanbul 1992.





# Thomas More'un Yaşamı ve Utopia Üzerine

Mehmet Akif YILDIRIM



## YAŞAMI

Thomas More'un yaşamı ile ilgili bilgileri More'un büyük kızı Margaret, damadı Poper ve Desiderius Erasmus adında yakın dostu arasındaki yazışmalardan, ayrıca Thomas More'un ölümünden yaklaşık 29 yıl sonra dünyaya gelen Shakespeare'nin<sup>1</sup> eserlerinden elde ediyoruz.

Thomas More 7 Şubat 1478'de Londra'da doğmuştur. O dönemler İngiltere'de çocukların eğitimlerini görmek amacıyla başka bir ailenin yanına verilip orda yaşamaları yaygın bir gelenektir. More'da eğitimini tamamlamak amacıyla 1490'da Kardinal Morton'un evine yerleştirilmiştir. İki yıl Oxford'da eğitim gördükten sonra yargıç olan babasının isteği üzerine hukuk fakültesine girdi. Londra Barosu'na girdiğinde 23 yaşındaydı. Bundan iki yıl sonra parlamentoya girdi. İlerleyen yıllarda başına çok büyük sıkıntılar açacak ve en sonunda da hayatına mal olacak olan "inandığı düşüncelerin ardından eğilip bükülmeden dimdik yürümesinin" ilk örneğini, onun bu parlamento deneyiminde görüyoruz.

Parlamento üyelerine her istediğini yaptıran Kral VII. Henry, kızını evlendirmek bahanesiyle parlamentodan haksız bir vergi koarmaya kalkıp da üyeler de buna katlanır gibi olunca Thomas More buna şiddetle karşı çıkar ve kralın bu isteğini engeller. Bunun üzerine Kral, More'un babasını para cezası ile cezalandırır. İki yıl boyunca More sıkıntılı bir dönem yaşar ve sürekli seyahat etmek zorunda kalır. 1509'da VII. Henry ölüp tahta VIII. Henry geçince Londra'ya geri dönen More yargıçlığa atanır.

Thomas More tahta geçen, daha demokratik tutumlarıyla, açık fikirli olmasıyla bilinen ve bilim adamlarına değer veren VIII. Henry'nin özel danışmanı olur. More bu görevi istemesine rağmen kralın ısrarları sonucu kabul etmek zorunda kalır. Damadına yazdığı bir mektubunda bu açıkça anlaşılmaktadır. "Kralın bana gösterdiği sevgiyle gururlanmamam gerek, oğlum, Poper. Fransa ile İngiltere arasındaki savaşa değinerek, kellem sayesinde Fransa'da bir kaleyi ele geçireceğini bilse kellem uçağından hiç kuşkun olmasın."<sup>2</sup>

1521'de "Sir" unvanını aldıktan iki yıl sonra, kendi istencine karşın Parlamento Başkanlığına seçilir.<sup>3</sup>

Thomas More çok hızlı bir şekilde bürokratik mekanizmanın en üst seviyelerine tırmanma fırsatı yakalar. 1529 yılında İngiltere'de başbakanlık kurumuna eşdeğer olan "Lord High Chancellor"luğaa atanır.<sup>4</sup>

Thomas More'u devlet yapısındaki tüm bu başarılı yaşantısına rağmen ölüme götüren olay ise şöyle gelişmiştir. VII. Henry'nin büyük oğlu Arthur, çocuk denilecek yaşta İspanyol prensesi Arragonlu Catherine ile nikâhlandırılır fakat bir yıl içinde ölür. VIII. Henry ismiyle tahta geçen kardeşi siyasal nedenlerden ötürü ağabeyinin dul eşiyle evlenir. Ancak günün birinde Kral Anne Boleyn'e tutulur. Yengesiyle evlenmesinin dinsel yasalara aykırı düştüğü bahanesiyle boşanarak Boleyn ile evlenmeyi aklına koyar. Bilindiği gibi Katoliklerin boşanmaları, ancak Papa'nın nikâhı bozmasıyla gerçekleşebilirdi. Ancak Papa bu yetkisini kullanmaya yanaşmaz. Kral ise bu işlemin

<sup>1</sup> Mine Urgan, *Thomas More'un Yaşamı ve Utopia'nın İncelemesi*, s. 15.

<sup>2</sup> A.g.e., s. 27.

<sup>3</sup> M. Ali Ağaoğulları-Levent Köker, *Tanrı Devletinden Kral Devlete*, s. 217.

<sup>4</sup> A.g.e., s. 218.

dinsel yasalara uygun olduğu konusunda bilimsel otoritelerden bir fetva sağlamaya çalışır. Ayrıca çıkaracağı bir yasa ile kendisini İngiltere kilisesinin başı ilan etmek ister. İşte tam da bu sırada Thomas More Kralın bu son isteğine sert bir şekilde tepki vererek rahat-sızlığını bahane eder ve görevinden çekilir.<sup>5</sup>

Thomas More hapse atılır ve Kralın çıkaracağı yasaya boyun eğmemesi durumunda ölümle cezalandırılacağı bildirilir. Ancak More ailesinin ve tüm yakın arkadaşlarının çabalarına rağmen bu ısrarlı tutumundan vazgeçmez. More'un burada direndiği nokta aslında Kralın tüm Hıristiyan kilisesinin başı olmak istemesi noktasındaydı. O Hıristiyan dünyasını bir bütün olarak görüyordu ve kralın tek başına çıkaracağı bu yasanın diğer ülkeleri bağlamayacağını savunuyordu.<sup>6</sup>

Thomas More 6 Temmuz 1535 yılında başı vurularak öldürüldü.

Thomas More ister mensubu olduğu Katolik dinin gereklerine uyduğu için, ister Hıristiyan dünyanın birliği uğruna öldürülmüş olsun yeni yeni filizlenmeye başlayan Rönesans'ın ve Hümanist düşüncecinin erken savunucuları arasında yer almıştır. Doğruluğuna inandığı düşünceleri uğruna hayatını feda etmekten çekinmeyerek bir Sokrates örneği sergilemiştir. Ayrıca mülkiyet konusunda ileri sürdüğü düşünceler onu, XIX. yüzyıl düşünce dünyasında boy gösterecek sosyalizmin öncüsü yapacak durumdadır.

Thomas More, Rönesans'ın, hümanist ruhlu bir fikir ve devlet adamıydı. Ancak onun karşı çıktığı İngiltere'nin Roma'dan ayrılması fikri, oluşumunu sadece biraz ertelemiş, siyasal açıdan kendisini dayatmış bir gerçektir. O dini anlamda reform hareketlerinin çok kısa bir evrede başlayacağını, İngiltere'nin dini anlamda Roma'dan ayrılacağını istemeden ve belki düşünmeden, Papalık kurumunun Avrupa'yı siyasal anlamda bir arada ve güçlü tuttuğu inancını taşıyor ve savunuyordu.

*Utopia* kelime anlamı itibarıyla hiçbir yer anlamına gelmektedir. More'un kafasında kurduğu kusursuz devlet ve toplum modelinin olduğu yeri ifade ediyordu.

<sup>5</sup> Mine Urgan, a.g.e., s. 28.

<sup>6</sup> A.g.e., s. 33.

Thomas More Latince yazdığı başyapıtı *Utopia*'nın ilkin ikinci bölümünü, 1516'da da birinci bölümünü yazarak iki yılda tamamladı.<sup>7</sup> Önce ikinci sonra birinci bölümü yazmasının nedeni, önce yaşadığı dönemin toplumunda var olan aksaklıkları, düzensizlikleri göstererek, var olandan yola çıkarak ideal olanı kurgulamaktır. Aslında onun ideal devlet ve toplum fikrinin sınırlarını yaşadığı toplum oluşturmaktadır.

Dolayısıyla yapıtı dönemin adaletsizliklerine, haksızlıklarına, baskılarına ya da başka bir deyişle kurulu düzene düşünsel düzeyde bir başkaldırışı içerir. Ancak ütopyacı eleştirici düzeyde kalmakla yetinmez, varolan toplumsal gerçeğe kökten karşıt olan bir toplum modelini düşler dünyasında kurar. Böylece gerçekten hareket eden ütopyacı, ütopyası ile gerçek dışılığa ulaşır. Aslında bu gerçek dışılık, ütopyacının en iyi, en mutlu saydığı düzenin düşünce dünyasında kurulması ve insanlığa bir umut ya da en azından bir dilek olarak sunulmasıdır.<sup>8</sup>

*Utopia*, yani hiçbir yerde olmayan bu ülke, yine de bir yerde vardır. Onu yapmak için yolculuk yapmak yeterlidir. Fakat More'un *Utopia*'sında deniz aşırı olarak gösterilen bu yolculuk, gerçekte var olan kurumların, kurulu düzenin dışına yapılacak (düşünsel) bir yolculuktur. Bu bakımdan *Utopia*, bir siyasal ve toplumsal değişim çağrısıdır.<sup>9</sup>

## UTOPIA 1. BÖLÜM

Thomas More'un siyaset felsefesi alanına ilişkin eseri *Utopia*'nın ilk bölümü Peter Giles, Raphael Hythloday adlı bir gezgin bilge ve kendisi arasında cereyan eden diyaloglar şeklinde geçmektedir. Burada Thomas More, kendi düşüncelerini Raphael adlı şahsa mal etmektedir. Kendi fikirlerini ve düşüncelerini aslında farazi bir kişilik olan yani gerçekte olmayan Raphael adlı şahsın ağzından aktarmaktadır. More, Raphael'i tanıtırken eserinde şöyle bir tasvir kullanmaktadır. "*Güneşten yanmış teni, uzun sakalı, üstünden düşecek*

<sup>7</sup> A.g.e., s. 39.

<sup>8</sup> M. Ali Ağaoğulları-Levent Köker, a.g.e., s. 212.

<sup>9</sup> A.g.e., s. 247.

*gibi duran yeleş, hali tavrıyla bu yabancı bir gemi kaptanına benziyordu.*"<sup>10</sup> Raphael gençliğinde tüm malvarlığını kardeşlerine devretmiş ve dünyayı gezme fırsatı elde etmiş bir gezgindir. Thomas More, Raphael ile diyalogunda onun dünyayı gezip dolaşırken gördüğü ülkelerin, toplulukların kültürel ve folklorik değerlerinden ziyade, yönetim sistemlerini, ülkelerin idare şekillerini ele almaktadır.

"Artık yeniliğini yitiren o devleri, ejderhaları sormuyorduk ona. Çünkü Skyllas'lar, Ceunos'lar, sürüyle insan yiyen Lastrigon'lar, daha bilmem hangi canavarlar her yerde bulunabilir. Kolay kolay bulunmayan şey, doğrulukla, akıllıca düzenlenmiş bir toplumdur."<sup>11</sup>

*Utopia*'nın birinci bölümünde, yukarıda da değindiğimiz gibi, dönemin Avrupa topluluklarının içinde bulunduğu kötü idare şekillerinin, yöneticilerin zihinlerindeki idare olgusunun, yükselme ve kişisel hırsların, dürtülerin tatmini ile yer değiştirdiği gerçeği üzerinde durur.

Ayrıca, toplumun sosyal açıdan içinde bulunduğu açmazlar için önerilen çözüm önerilerinin ve uygulamaların sorunu çözmeyip, bizatihi toplumsal anlamda kötülüğü ve yasalara aykırı tutumları tetiklediği hususları üzerinde de durmuştur. Kısacası yaşadığı dönemin ve coğrafyanın fotoğrafını çekip, olguların nedenleri ve sonuçlarını tahlil eder.

Diyalog ilk önce Peter'in Raphael'e bütün bu görgüsü ve bilgece tutumları dolayısıyla neden bir kralın yanında hizmet etmediği, halka ve insanlara daha yararlı olmadığı sorusuyla başlar.

## Kral ve Yöneticiler

Raphael ise, kralın yanında çalışmanın yani bakanlık veya benzeri görevlerde bulunmanın aslında uşaklıkla aynı şey olduğu cevabını verir. Bunun iki nedeni vardır. Krallardan kaynaklanan nedeni; onların yalnızca savaşı düşünmeleri ve yeni yerler fethetmeleridir. Barış kelimesi onlara çok yabancısıdır. Ayrıca aldıkları yerleri daha iyi yönetmek ve insanların mutlu yaşamalarını sağlamak gibi bir kaygıları da

yoktur. Oysa Raphael, sadece bu alanla uğraşmak istediğini, savaştan ise hiç anlamadığı ve dolayısıyla kralın yanında çalışmanın kendisi açısından olanaksız olduğunu söyler.

"İş yeni ülkeler kazanmaya geldi mi, bütün yollar iyidir onlar için. Din, iman, akıl dinlemezler, ne günaha girmekten çekinirler ne de kan dökmekten. Buna karşılık kazandıkları memleketlerin halklarını iyi yönetmekle pek uğraşmazlar."<sup>12</sup>

Mevcut yönetim anlayışının bozulmasının ikinci nedeni ise kralın yanında bulunan danışma kurullarından kaynaklanmaktadır. Bu kurullarda görev yapanların aklında sadece yükselme tutkusu, para kazanma kaygısı ve kendini beğenmişlik duygusu hâkimdir. Onlar kralın gözüne girmek için yeni bir söylem geliştirme ihtiyacı duyarlar. Ancak bu konuda yaptıkları tek şey ise komşu ülkelerde söylenen, yapılan şeyleri krala aktarmaktan başka bir şey değildir. Bu durumda diğer kurul üyeleri ise onun sadece tercüme ettiği bu fikirleri çürütmek adına daha önceki uygulamalara, geleneğe bağnazca bir bağlılık gösterir ve savunurlar. Ve bu durum kısır bir döngü içinde devam eder.

"Onlara bakacak olursanız atalarından daha akıllı bir adam çıktı mı insanlık batır."<sup>13</sup>

Bu şekilde cereyan eden karşılıklı diyaloglar, yasa konusunda uzman olan ve tanınmış olan laik, aydın bir kişiyle, toplumda uygulanan yasalar ve bunların sosyal yansımaları, sonuçları üzerinde devam eden bir tartışmayla sürer.

## Yoksulluk ve Hırsızlık

*Utopia*'da ismi verilmeyip, yasacı diye bahsedilen kişi özellikle hırsızlara karşı uygulanan idam cezasını övmektedir. Raphael ise burada tam aksini savunmakta hukuktaki temel bir ilke olan suç ve ceza arasındaki orantıya değinmeden önce, suç işlemenin, hırsızlık yapmanın toplumsal sebepleri üzerinde durmaktadır. İnsanlara daha mutlu ve güvenli bir yaşam sağlamadıktan sonra, onlar çalışabilecekleri, üretebilecekleri iş olanakları

<sup>10</sup> Thomas More, *Utopia*, s. 88.

<sup>11</sup> A.g.e., s. 89.

<sup>12</sup> A.g.e., s. 91.

<sup>13</sup> A.g.e., s. 91.

sunulmadığı müddetçe insanları hırsızlıktan dolayı cezalandırmanın çok büyük bir haksızlık oluşturacağını savunur. İnsanların açlıktan ölmeleri için yöneticiler tarafından tedbirler alınmadıktan sonra açlık dürtüsüyle hırsızlık yapan insanları idam ile cezalandırmak, toplumda hırsızlık suçu için asla caydırıcı bir ceza olmayacak tam aksine daha da çoğalmasına neden olacaktır.

“Öldürmek hırsızlığı cezalandırmak için çok ağır, hırsızlığı önlemek için ise çok hafif bir cezadır.”<sup>14</sup>

Raphael, İngiltere’deki yoksulluğun temel sebebi olarak iki neden göstermektedir. Bunlardan birincisi kral ve yurt uğruna savaşlarda sakatlanan, artık eski mesleklerini yapamayan ve yeni bir meslek edinme imkânları da olmayan kişilerin oluşturduğu kesimin hırsızlık yaparak açlıkla baş etmekten başka çıkar yolları yoktur. Ancak savaş olmasa bile toplumda başkalarının alın teriyle, topraklarında karın tokluğuna çalışan kesimin sırtından geçinen aristokrat sınıf yoksulluğun temel sebebidir. Ayrıca bu kesim zevkleri için para harcamaktan geri durmamaktadırlar ve yoksulluğa düşeceklerini bilseler bile bu tavırlarından vazgeçmemektedirler. Nitekim bu özellikler sayesinde onlar da yoksullar ordusuna katılırlar günün birinde.

Yasacının, bu yoksul sınıfın savaşlarda orduda kullanılmak için bulunmaz bir nimet olduğunu ve hatta sırf savaşlarda daha büyük ordu olsun diye bu tip insanların çoğalmasına göz yumulması gerektiği şeklindeki savunmasına, Raphael şu karşılığı vererek bu görüşü şiddetle ret eder.

“Gerçekten de hırsızlar hiç kötü asker olmuyorlar. Üstelik askerler de hırsızlıktan hiç de çekinmezler. Her iki meslek arasında çok benzerlikler vardır. Ne yazık ki bu toplum yarasası yalnız İngiltere’yi değil, bütün ulusları kemirmektedir.”<sup>15</sup>

## Soylular ve Hayvancılık

Raphael’e göre diğer bir sosyo-ekonomik sorun ise, İngiltere’de halkların yoksullaşma-

sına, toplumda gelir dağılımında adaletsizliğe ve bunun doğal sonucu olarak yasalara itaatsizliğe zorlananların sayısının artmasına neden olan artan koyun sürüleridir. Özellikle o dönemde bu hayvanların yün ticaretini yapmak oldukça kazançlıydı ve soylular ve burjuvaların yanında rahipler bile bu işle iştigal etmekteydiler. Tarım arazilerini otlaklar haline getirip daha fazla sürü beslemek için, geçimlerini topraktan sağlayan köylü ve çiftçi sınıfını topraklarından çıkararak göçe zorluyorlardı. Yapacak hiçbir işleri olmayan toplumun bu kesimi ellerinde kalan son değerli şeyleri de satıp tükettikten sonra açlıkla baş edebilmek için hırsızlığa, yasa kurallarına itaatsizliğe zorlanıyorlardı. Bu insanlar çalışmaya can attıkları halde çalışacak hiçbir iş bulamazlar. Raphael’e göre, tüm bu şartlar altında bu insanları sırf karınlarını doyurmak için hırsızlık yaptılar diye ölümlerle cezalandırmak büyük bir haksızlık olacaktır.

“... Soylular, zenginler hatta pek sayın rahipler bile toprak için birbirlerine giriyorlar. Bu zavallılara iratları, türlü kazançları, toprak gelirleri yetmiyor; işsiz, güçsüz oturup keyif çatmak, devlete bir yarar getirmeden halkın sırtından geçinmek gözlerini doyurmuyor adamların. Geniş tarım topraklarını boşaltıp otlak yapıyorlar. Evleri yıkıp kiliseye bırakıyorlar, yalnız onu da ağır olarak kullanıyorlar. En çok oturlan en çok işlenen yerleri çöle çeviriyorlar.”<sup>16</sup>

Ülkede, eğer salgın bir hastalık baş gösterir ve sürüleri yok ederse artık yün ticareti ile uğraşanlar bu işi bırakmak zorunda kalırlar. Ve bir süre sonra bu işle uğraşan az sayıda kimse kalmıştır. İşte bu kimseler bir müddet sonra tekrar artan yün ticareti işini kendi tekellerinde tutarlar ve bu alanda oldukça haksız kazançlar elde ederler ki bu durum da halkın yoksullaşmasının diğer bir nedenini oluşturur.

“Ulusça duyulan darlık herkesi masraflarını kısmaya ve hizmetçisine yol vermeye zorluyor. Kapı dışarı edilenler nereye gidiyorlar? Dilenmeye ya da çalabilirlerse çalmaya.”<sup>17</sup>

<sup>14</sup> A.g.e., s. 92.

<sup>15</sup> A.g.e., s. 93.

<sup>16</sup> A.g.e., s. 95.

<sup>17</sup> A.g.e., s. 96.

## Yoksulluk, Hukuk Sistemi ve Cezalar

Raphael toplumda baş gösteren birçok sorunun ve artan hırsızlık olaylarının temelinde yukarıda aktardığımız şekilde sosyo-ekonomik etkenlerin olduğunu, gelirden adalet sağlanmadığı müddetçe ne bu sorunların çözüleceğini, ne de uygulanan idam cezalarının hırsızlık suçunda caydırıcı bir ceza olacağını yasa adamına anlattıktan sonra; yürürlükte olan yasaların da aslında bu sosyal bunalımın artmasına yardımcı olduğunu belirterek başta kanunlar olmak üzere yapılması gerekeni aktarır.

Bir hukukçu olan More, yakından tanıdığı hukuk sisteminin yanlış işlediği ve yasaların toplumsal adalete değil, küçük bir azınlığın çıkarına hizmet ettiği görüşündedir. Ona göre, toplumdaki kötülükler yasalarla, özellikle katı ceza yasalarıyla ortadan kaldırılamaz. Önemli olan kötülüklerin doğmasına yol açan sosyoekonomik sorunlara bir çözüm getirmektir.<sup>18</sup>

"Adanızı bu toplum vebalarından, bu suç ve yoksulluk tohumlarından kurtarın. Öyle yasalar çıkarın ki köyleri, çiftlikleri yıkan beyler ya hepsini yeniden yapmak, ya da toprağı yeniden çiftlik kuracak insanlara bırakmak zorunda kalsınlar. Zenginlerin cimri bencilliğini frenleyin. Sömürme, tekel kurma hakkını ellerinden alın. Tarımı büyük ölçüde geliştirin. Yün işlikleri ve daha başka üretim kolları yaratın... Bütün bu anlattığım dertlere çare bulmazsanız, adaletinizle övünmeyin: İnsafsızca, budalaca yalan söylemiş olursunuz."<sup>19</sup>

Raphael bu noktadan sonra hırsızlık suçuna verilen ölüm cezasının hem suçta ve cezada orantı ilkesi uyarınca, hem de dini emirler ve yasaklar uyarınca haksız olduğu tezini delillendirerek haklılığını sağlamaya çalışır.

"Tanrı bize yalnız başkasını değil kendimizi öldürmeyi bile yasak etmiş. Oysa biz yasaların gölgesine sığınarak birbirimizi boğazlıyoruz. Bu korkunç adalet anlayışı yargıçları ve cellâtları Tanrı buyruğunun üstüne çıkarabile-

cek, onlara yasanın öldür dediğini öldürme hakkını verecek."<sup>20</sup>

Çalmak ve öldürmek fiillerinin her ikisi de yasalara aykırı olduğu, bu fiillerin yoğunluğu ve toplumda uyandırdığı kötülük hissi farklı olduğu ve aralarında verilecek ceza açısından bir fark olması gerektiği halde aynı cezanın verilmesini haksız bulur Raphael. Soruna cezanın soruşturulması ve gerçek suçluların bulunup cezalandırılması açısından da yaklaşır. Çünkü hırsızlık yapmak isteyen kimse her iki fiile de aynı cezanın verildiğinden soyduğu kişiyi delilleri ortadan kaldırmak, kendisini ihbar etmesini önlemek için aynı zamanda öldürebilecektir. Bu durumda işlediği suçun ortaya çıkarılması daha da güçleşecektir.

"Hırsız daracağıyla korkutarak katil yapmış olduk."<sup>21</sup>

Raphael, suç ve ceza arasındaki orantı konusunu bu şekilde belirttikten sonra en iyi cezalandırma yolunun hangisi olduğu hususunu da açıklar. İran'a bağlı bir ulus olan Polylerit'lerde görmüş olduğu ceza adaleti sistemini çok beğenir ve uzun uzun açıklar.

## Kralın Görevi

*Utopia*'nın ilerleyen bölümlerinde yöneticilerin, yönetim olgusuna dair taşıdıkları duyguların ve düşüncelerin eksikliğinden ve yanlışlığından bahsederek onları kıyasıya eleştirir. Politika ahlakının o güne kadar bilinen ancak hep kraldan yana tek taraflı bir tavır takınan ilkelerini ele alarak çürütmeye çalışır. Kralın ve yöneticilerin en kutsal görevi halkının, yoksulluktan kurtularak refah içinde huzurlu ve güvenli yaşam olanakları sunmak olduğunu belirtir. Kral halkının yararı için başa gelmiştir. Dolayısıyla görevde bulunduğu esnada kendi yararına hiçbir faaliyet icra etmemelidir. Kral toplumun zenginliği ve güvenliği için görev yapmaktadır, kendi zenginliği için değil.

"Yurttaşların kin bağladığı, hor gördüğü bir kral; halkı ezerek, soyarak, dilenci durumuna düşürerek tahtında tutunabilecekse, bıraksın

<sup>18</sup> M. Ali Ağaoğulları-Levent Köker, a.g.e., s. 228.

<sup>19</sup> Thomas More, *Utopia*, a.g.e., s. 96.

<sup>20</sup> A.g.e., s. 97.

<sup>21</sup> A.g.e., s. 97.

gitsin krallığı, insin gitsin tahtından. Bu yollarla belki kral adını elinde tutar; ama ne yiğitliği kalır, ne büyüklüğü. Kral yüceliği dilencilerin değil, zengin ve mutlu insanların başında kalmakla kazanılır.”<sup>22</sup>

Sonraki bölümlerde sistem ve yönetim mekanizmalarının eleştirisinden asla çekinmemek gerektiği, doğruların her zaman yüksek sesle dile getirilmesi gerektiği şeklinde önermeler ile diyaloglar sürer.

## Mülkiyet

Birinci bölümün sonuna doğru Raphael, mülkiyet konusundaki görüşlerini açıklayarak, ikinci bölüme yani ideal bir toplum düzeninin olduğu Utopya adası üzerine konuşmaya geçerler. Mülkiyetin kişisel bir hak olduğu bir toplumda, sosyal düzenin ve adaletin asla gerçekleştirilemeyeceğini belirtir Raphael. Bu düşüncelerine Platon’un mülkiyet konusundaki görüşlerini dayanak yapmaya çalışır. Mülkiyet eğer ferdileştirilirse, sadece mutlu bir azınlık malın mülkün çok büyük bir kısmını elinde bulunduracak ve halkın geri kalan büyük çoğunluğu ise açlık ve yoksulluk içinde kıvranaacaktır. Mülkiyet konusunda bir toplumsal eşitlik sağlanamaz ise her türlü yolla sağlanan malvarlığı sonuçta haklı görülecektir ki bu durum toplumda eninde sonunda bir eşitsizlik yaratacaktır.

“Mülk sahipliğini ortadan kaldırmak memleketin zenginliğini eşitçe, doğrulukla dağıtabilmenin ve insanlığı mutluluğa kavuşturabilmenin biricik yoludur. Mülkiyet hakkı toplumsal yapının temeli oldukça, en kalabalık ve en işe yarar sınıf yoksulluk, açlık, umutsuzluk içinde yaşayacaktır.”<sup>23</sup>

Toplumsal yapıda rol alan gurupların mülkiyet hakkı bakımından eşitliğini savunan böyle bir yapının Utopia adasında yer aldığını savunur Raphael. Kendisinin orada beş yıl kadar yaşadığını ve oradaki güzellikleri haber vermek için geldiğini de ekler ve ikinci kısma geçilerek Utopia adası üzerine söyleşi devam eder.

## UTOPIA II. BÖLÜM

*Utopia*’nın ikinci bölümü, Utopia adasının tasviri ile başlamaktadır. Coğrafi konumu, ulaşım yolları ve bu adanın geçmişi, Utopia adını alışı anlatılmaktadır. “*Eskiden buraya Abraxa denilirmiş. Ama Kral Utopus orayı fethedince Utopia olmuş. Bu akıllı kral ele geçirdiği ülkenin kaba ve vahşi halkını uslu, uygar, kibar insanlar haline getirdi.*”<sup>24</sup>

*Utopia*’nın 54 büyük ve güzel şehri vardır. Bütün şehirlerin mimari planları aynıdır. Her şehirde konuşulan dil aynıdır. Aynı töreler, aynı kültürel kurumlar ve aynı yasalar uygulanmaktadır. Şehirlerarası 24 mildir ve bir günde birinden diğerine gidilebilmektedir. Hiçbir şehir yasa ile kendisine belirlenen coğrafi sınırları genişletme ihtiyacı hissetmez.

*Utopia*’da halkın başlıca uğraş alanı tarımdır. Burada halkın zorunlu olarak tarım faaliyetlerine katılması gereken dönemler vardır. Belli dönemler ile katılma mecburiyeti olan bu faaliyetlerde her aile kendisinden sonra oraya gelen aileye yapılacak işleri öğrettiğinden, bu işler fazla emek ve vakit kaybı olmaksızın, en üst seviyede verim elde edilerek yapılmaktadır.

“Her bir şehirde tarlaların ortasında her türlü tarım aracı ile donatılmış çiftlik evleri vardır. Bu evlerde her mevsimde, şehrin nöbet sırasıyla yolladığı işçi orduları oturur. Her çiftçi birliğinde kadın ve erkek en az 40 kişi ve iki köle vardır. Her 30 çiftçi ya da aile birliği bir *philarch*’ın yönetimi altındadır. Her yıl, her birlikten 20 çiftçi şehre döner. Bunlar iki yıllık tarım nöbetini bitirmiş olanlardır.”<sup>25</sup>

Utopia adasındaki şehirler her bakımdan (mimari dahil) birbirlerine benzedikleri için Raphael sadece başkent olan Amaurote şehrinin oldukça detaylı bir tasvirini yaparak, bu adadaki yönetim şeklini, şemasını ve idari işlerin nasıl görüldüğü üzerinde durur.

Bu adada her otuz aile kendilerinden sorumlu olan ve adına *philarch* denilen bir yönetici seçerler. On tane *philarch*, 300 aile ile birlikte *tranibore* [baş *philarch*] denilen bir yöneticinin sorumluluğu altındadırlar. Devletin

<sup>22</sup> A.g.e., s. 106.

<sup>23</sup> A.g.e., s. 109.

<sup>24</sup> A.g.e., s. 114.

<sup>25</sup> A.g.e., s. 114.

genel başkanı ise 200 adet philarch tarafından halkın gösterdiği dört aday arasından seçilir. Bütün bu yönetim şemasında yer alan görevliler ve seçilmişler birer yıllığına görev yaparlar.

"Tranibore'ler her üç günde bir başkan ile bir araya gelerek memleket işlerini görüşürler. Kamuyu ilgilendiren işler kurultayda üç gün tartışıldıktan sonra karara bağlanır. Kurultay ve büyük halk toplantıları dışında bir araya gelmek ölümle cezalandırılan bir suçtur. Bu da başkan ile traniborelerin kolayca bir araya gelip halkı zorbaca yasalarla ezmeye ve rejimi değiştirmeye kalkışmalarını önlemek için olsa gerektir."<sup>26</sup>

Ayrıca kurultayın bu toplantılarında görülen hususlar hemen o gün karara bağlanmamaktadır. Üzerinde daha sağlıklı düşünüp, daha faydalı sonuçlara ulaşılabilmesi için belli bir süre sonra müzakere edilip karara bağlanmaktadır.

Utopia adasında yaşayan herkesin mutlaka uğraşacağı bir işi vardır. Ancak bazı tarım kollarında bütün halkın çalışması belli dönemlerde zorunludur. Zorunlu olarak öğrenmeleri gereken bir zanaattır bu. Ancak bunun dışında kendi isteklerine bağlı olarak tarımın herhangi bir farklı kolunda da faaliyet gösterebilirler veya başka meslekler de edinebilir, bu alanda uğraşabilirler. Örneğin; duvarcılık, testicilik, dokumacılık, demircilik vs.

Burada Platon'un devletinde olduğu gibi bireyin meslekler arasında geçişi sınırlaması yoktur. Bir başka meslek kolunda çalışma gayret ve yeteneği olan bir kimseye bu konuda gereken kolaylık gösterilir. Hatta ikinci bir mesleği öğrenmesine yardımcı da olunur. Utopia'lılar sürekli çalışmazlar. Günün belirli saatlerinde çalışarak bedenlerini ve ruhlarını dinlendirmek için çeşitli oyunlar, müzikal faaliyetler ve diğer kültürel ve folklorik alanlarla da ilgilenirler. Bireyler sadece üretim ilişkilerinde yer alan bir mekanizma görevini görmemekte, bilimsel ve kültürel faaliyetlerde de bulunarak zihinsel anlamda kendisini geliştiren, kültür ve bilim havzasına katkıda bulunan birer özne konumundadırlar.

"Utopia'da toplum kurumlarının amacı her şeyden önce, halkın ve bireylerin ihtiyaçlarını

gidermek, sonra herkese bedeninin köleliğinden kurtulmak, düşüncesini özgürce işletmek, kafa yetilerini bilim ve sanatlarla geliştirmek için mümkün olduğunca çok vakit bırakmaktır. Utopia'lılar için gerçek mutluluk işte bu düşünce gelişmesinin ta kendisidir."<sup>27</sup>

More'un en çok üzerinde durduğu ve en küçük ayrıntıyı gözden kaçırmadığı bölüm Utopia'nın sosyoekonomik yapısını betimlediği bölümdür. Bunun nedeni, More'un toplumun mutluluğunun siyasal yapı değil, fakat sosyoekonomik yapı tarafından belirlendiği inancında oluşudur.<sup>28</sup>

## Aile ve Nüfus Hareketleri

Raphael, konuşmasının ilerleyen bölümlerinde Utopia şehrinin sosyal yapısı, aile kurumu ve bu şehirde yaşayan insanların yaşayışları, birbiri ile olan ilişkileri konusunda detaylı bilgiler vermektedir. Ancak burada Platon'un devletinden farklı olarak aile kurumuna oldukça önem vermektedir ve aileyi toplumun temeli olarak kabul etmektedir. Aileyi en yaşlı üye yönetmektedir. Utopia şehirlerinin nüfusunun sürekli belirli bir oranda sabit kalması için nüfus planlaması önem arz etmektedir. Nüfus eğer gereğinden fazla artarsa komşu şehirlere göç edilerek orada yeni yerleşim merkezleri oluşturulmaktadır. Ancak şehrin nüfusu gereken sayının altına düşerse o zaman da diğer şehirlere nüfus transferi yapılmaktadır. Eğer bu olasılık diğer Utopia şehirlerindeki nüfus hareketleriyle sağlanamıyorsa, bu durumda Utopia devletinde yer almayan yabancı şehirlere nüfus değişimi sağlanmaktadır.

## Beslenme, Barınma ve Çalışma Şartları

Sonraki yüzyıllarda ortaya çıkacak sosyalizm fikir akımının burada erken dönemde ortaya çıktığını görüyoruz. Utopia şehirlerindeki özellikle beslenme, barınma ve çalışma şartlarına baktığımızda, şehrin sosyal hayatının tamamen sosyalist ideolojinin argümanları

<sup>26</sup> A.g.e., s. 117.

<sup>27</sup> A.g.e., s. 121.

<sup>28</sup> M. Ali Ağaoğulları-Levent Köker, a.g.e., s. 236.

ile donatıldığını görüyoruz. Ancak buradaki sosyalist düşünce sınıfsız bir toplum modeli tasarlamaktan öte, sadece kendi dönemindeki toplumsal sorunlara çözüm bulmak amacıyla, uygulamalara, kurumsal yapılara bir tepki olarak doğmuştur.

“Her mahallenin ortasında, içinde her çeşit eşya bulunan bir pazaryeri vardır. Bütün ailenin ürettiği mallar, bu pazaryerine getirilip, orada belli evlerde, ambarlarda ve depolarda biriktirilir. Her ailenin büyüğü, ya da evin başı, para ödmeden, karşılık olarak başka bir mal, rehin olarak bir eşya, ya da bir senet vermeden, kendisine ve birlikte oturanlara gereken malları bu pazaryerinden alıp götürür.”<sup>29</sup>

Bu şehirlerde hastalar için ayrıca rahat edip dinlenecekleri, tedavi olabilecekleri hastaneler de inşa edilmiştir. Toplumda çok aşagılık olarak görülen kötü işler hep köleler tarafından yapılmaktadır.

### Seyahat Özgürlü(ğü)ksüzlüğü

Utopia'nın bir şehirden bir başka şehrine seyahat etmek isteyen bir yurttaş, oturduğu bölgenin idari sorumlusu olan başkandan [tranibore] bir tür izin belgesi almak zorundadır. Gittiği yerde insanlar kendisini en iyi şekilde ağırlayacağı için yanına gereksiz eşyalar almaktan kaçınır. Eğer yurttaş kendi şehrinin idari sınırları içinde gezecek ise sadece kendi aile büyüğünün iznini alması yeterlidir.

### Şehirlerarası Yardımlaşma

Utopia şehirlerinin her birinden gelen üç elçi her yıl toplanarak şehirlerin ekonomik durumlarını, üretilen mahsullerin verimini müzakere ederler. Eğer bir şehirde üretilen herhangi bir mahsul, o şehrin ihtiyacına cevap veremeyecek düzeyde eksik ise, Utopia şehirleri her bir yurttaşın refahta eşitliği esasına dayalı olarak kurulduklarından, diğer şehirlerden oraya hiçbir ekonomik amaç ve çıkar güdülmeksizin gereken yiyecek vb. yardımlar yapılır.

### Para ve Değerli Madenler

Utopia'da yaşayan yurttaşların ekonomik değerlere, altına, gümüşe, paraya bakış açıları, yaklaşımları diğer ülkelerin insanlarından oldukça farklı bir boyuttadır. Bu değerli madenlere yükledikleri anlam farklı olunca gündelik hayatta ve toplumsal ilişkilerde kullanım biçimleri de alışılmışın dışında oldukça farklılık arz etmektedir. Mesela yurttaşlar arasındaki ticari ilişkilerde, alışverişlerde hiç para kullanılmaz. Parayı özellikle başka ülkelerle yaptıkları savaş durumları gibi, felaket zamanlarında kendi amaçlarını kolaylaştırmak için sadece bir nesne, bir araç olarak görürler. Öncelikle paralı asker tutmak için veya savaş halinde oldukları ülkenin ordularını satın almak, onların kendi toplumlarına ihanetlerini sağlamak için kullandıkları bir metadır para.

“Para olağan ama olmayabilecek belalı durumlar için saklanır. Altın ve gümüş bu memlekette, tabiatın onlara verdiği değeri taşır sadece. Bu iki maden demirden çok daha aşagı görülmekle beraber, insan için su ve ateş kadar yararlı sayılır. Az bulunmalarından ötürü değerli sayılmaları insanoğlunun çılgınlığına verilmeli.”<sup>30</sup>

Utopia'lılar altın ve gümüşü sığınaklarda saklamazlar. Değerli sanat eserlerini de ondan yapmazlar. Çünkü bu şekilde değer verdikleri madenleri savaş zamanlarında kullanma ihtiyacı duydukları zaman onları yitirmekten acı duyacaklardır. Öyle ki, bu madenleri en sıradan, gündelik işlerinde kullanırlar. Hatta bu madenlere verdikleri değeri ifade etmesi açısından, kölelerin zincirlerini ve çok kötü suçları işlemiş mahkûmların nişanlarını bu madenlerden yaparlar.

“Mahkûmların parmaklarında ve kulaklarında altın halkalar, boyunlarında altın gerdanlık, başlarında altın çember vardır. Kısacası, altını ve gümüşü kepaze etmek için ellerinden geleni esirgemezler. Başka yerlerde, insanın elinden altını almak ciğerini sökmek kadar acı bir şeydir. Utopia'daysa altınlarını yitirmek kimsenin umurunda değildir.”<sup>31</sup>

<sup>29</sup> A.g.e., s. 122.

<sup>30</sup> A.g.e., s. 126.

<sup>31</sup> A.g.e., s. 126.



## Herkesten yeteneğine, herkese gereksinimine göre

Utopia'da ekonomi ve ticari ilişkiler bağlamında ele alınması gereken diğer bir konu mülkiyet hususudur. XIX. yüzyıldaki sosyalist düşünürlere kaynaklık edecek şekilde Utopia adasında kimsenin özel mülkü yoktur, mülkiyette ortaklık ilkesi geçerlidir. Hatta bu özel mülk edinme duygusunu tamamen yok edebilmek amacıyla aileler her on yılda bir oturdukları evi değiştirmek zorunda kalmaktadırlar.

Mülkiyetin ortak olması ile birlikte lüks mallara olan tutku da kendiliğinden ortadan kalkar ve tutumluluk halkın başat niteliklerinden biri durumuna gelir. Aynı zamanda yaratılan zenginliklerin, toplumsal çalışmaların ürünlerinin gereksinime göre dağıtıldığı bir düzen oluşur. Bu bakımdan Utopia'da komünizmin son kertesi, yani "herkesten yeteneğine, herkese gereksinimine göre" ilkesi gerçekleşmiş görünmektedir.<sup>32</sup>

Raphael Utopia'daki dinsel inanç ve uygulamaları ise şu şekilde özetlemektedir. Buradaki din algısı, ortaçağda hâkim olan dini düşünceye eleştiri mahiyetini taşımaktadır. İnsanların hem bu dünyada hem de ölümden sonra mutlu olması zevkleri kendine yasaklamak ve var olan bütün acılara katlanmaktan geçeceği görüşünü yanlış bulur. İnsan başkasına zararı dokunmadıkça, bütün dertlerden ve sıkıntılardan kaçarak zevkleri, mutlulukları tadararak yaşantısını sürdürmelidir. Bu sonuca aklımızı kullanarak ulaşabiliriz. Aklımızı kendimize rehber edindiğimizde, yaratılışımıza uygun yaşayabiliriz ki Tanrının istediği yaşam biçimi de budur zaten.

"Yaratılışın ittiği yana giden insan, sevgilerinde ve nefretlerinde aklın sesini duyan insandır. Akılsa önce varlığı ve sağlığı borçlu olduğumuz yüce Tanrı'yı sevmeye yöneltir bizi. Sonrada gamsız, kasvetsiz yaşamasını öğretir ve kardeşlerimiz olan başka insanlarla sevincimizi paylaşma isteğini verir bize."<sup>33</sup>

## Dinsel Hoşgörü

Utopia'nın Raphael'in gelişine kadar Hıristiyanlığı tanımadığını da belirtir. Burada More, Kutsal Kitap ile aydınlanmamış bir toplumun yalnız aklını kullanarak neler gerçekleştirebileceğini göstermekle, çağının Hıristiyan topluluklarına dinsel inancın yanı sıra akıldan yararlanılarak çok daha önemli şeyler başarabileceklerini, insanca bir yaşam düzeyini kurabileceklerini anlatmak istemiştir. More *Utopia*'sında birçok dinin bulunmasına karşın hiçbir çatışmanın olmamasını dinsel hoşgörüye bağlar.<sup>34</sup> Utopia adasında insanların inandıkları birçok din olmasına rağmen, tek Tanrı inancı hâkimdir.

## Kölelik

Utopia adasında kölelik, gerek ceza ve adalet sistemi açısından bir cezalandırma aracı olarak, gerekse toplumsal işbölümünde bazı işlerin görülmesi bakımından yararlı görülmekte, varlığını korumakta ve devam ettirmektedir. Utopia'da dışardan getirilen insanlar arasında ancak elinde silah olanlar, silah ile birlikte yakalananlar köle yapılmaktadırlar. Kölelerin çocukları veya başka memleketlerde köle olanlar Utopia adasında özgürlüklerine kavuşurlar. Yani köleliği nesilden nesile devam eden bir kurum olmaktan çıkartılmaktadırlar. Ancak bir cezalandırma sistemi uygulanmaktadır. Utopia adasında çok ağır suç işleyenler veya başka ülkelerde suç işleyip de ölüme mahkûm edilenler, Utopia adasında kölelik ile cezalandırılırlar.

"Toplumda hasta vatandaşlara büyük ilgi gösterilmekte, hastalıklarının seyri ve tedavi süreciyle yakından ilgilenilmektedir. Hastalığı çok ağır ve çaresiz olan, hastaya sürekli acı ve sıkıntı veren bazı hastalıklara yakalanan insanları, rahipler ve yöneticiler yaşamlarına son ve vermeleri konusunda ikna etmeye çalışırlar. Hasta hayatına ya kendi eliyle ya da başkasının yardımıyla son vermektedir."<sup>35</sup>

<sup>32</sup> M. Ali Ağaoğulları-Levent Köker, a.g.e., s. 239.

<sup>33</sup> Thomas More, *Utopia*, s. 130.

<sup>34</sup> M. Ali Ağaoğulları-Levent Köker, a.g.e., s. 243.

<sup>35</sup> Thomas More, a.g.e., s. 136.

## Medeni İlişkiler

Utopia adasında medeni hukuk alanındaki ilişkiler, yasalar ve uluslararası ilişkiler de oldukça ayrıntılı düzenlenmiştir. Kadınlar on sekiz, erkekler ise yirmi iki yaşından önce evlendirilememektedirler ve evlilik ancak ölümle son bulmaktadır. Ancak bazı durumlarda boşanmaya izin verilmektedir. Eşlerden biri, diğerini aldatırsa veya oldukça huysuzsa boşanmalarına karar verilebilir. Eğer eşler birbirleriyle geçinmiyorlarsa her iki tarafın da rızaları alınarak boşanmalarına karar verilebilir. Ancak tüm bu durumlarda yöneticiler kurulunun izninin alınması gerekmektedir. Bu boşanma izinleri kolay kolay verilmemektedir. Evliliğin mümkün olduğunca uzun süre devam etmesi amaçlanmaktadır. Evliliğin gerektirdiği kurallara uygun davranmayanlar kölelik, aynı suçun tekrar işlenmesi durumunda ise ölüm gibi ağır cezalar ile cezalandırılmaktadırlar.

## Yasalar

Utopia adasında, diğer ülkelerde olduğu gibi sayısız hukuk kitaplarının yazılmasını sağlayacak ve oldukça karmaşık hukuksal yorumlara yol açacak kadar çok sayıda yasa bulunmaktadır. Var olan az sayıdaki yasalar ise vatandaşların anlaması bakımından oldukça sade yazılmışlardır ve herkes oraya bakınca hak ve yükümlülüklerini anlayabilmektedir. Bu yüzden Utopia adasında dava vekillerine, avukatlara ve noterlere pek fazla iş düşmemektedir.

“Bir insanın, ya okuyamayacağı kadar çok, ya da anlayamayacağı kadar şaşırtıcı ve karanlık yasalarla bağlanmasını, hak ve adalete aykırı bulur Utopia’lılar.”<sup>36</sup>

Ağır suçlar genel olarak kölelik ile cezalandırılmaktadır. Ancak işlediği suçtan büyük pişmanlık gösterip, suç işlemenin üzüntüsünü duyup, cezasını da çekenler ya halkın ya da devlet başkanının isteğiyle affedilirler veya kölelik cezaları hafifletilir. Ceza sistemi bakımından dikkat çeken bir başka husus ise suç işlemeyi tasarlayanlar da suçu işlemiş gibi cezalandırılmaktadırlar.

## Savaş

Utopia’lıların savaş olgusuna yaklaşımı şu şekilde özetlenebilir. Utopia’lılar, diğer uluslar gibi savaştan pek bir haz duymazlar ve mümkün olduğunca savaştan uzak durmaya çalışırlar. Savaşı hayvanca davranışlar olarak tanımlamalarına karşılık her gün savaş talimleri yaparlar ve hatta bu eğitimlere bazen kadınlar da katılırlar. Ancak bu eğitimleri, kendi yurtlarını düşman istilasından korumak, dostları böyle bir tehlike ile karşılaşınca onlara yardım etmek veya zorba güçlerin boyunduruğu altında ezilen köle toplumları özgürlüklerine kavuşturmak için yaparlar.

“Kanlı bir zaferin sonuçları Utopia’lıları üzer, hatta utandırır; çünkü parlak kazançları insan kanı pahasına elde etmeyi büyük çılgınlık sayarlar.”<sup>37</sup>

Utopia’lılar sadece haklı sebeplerin olması durumunda savaşa girmekten çekinmezler. Ancak savaşı kazanmak bakımından izledikleri yöntem alışıl gelmiş savaş tekniklerinden biraz farklılık göstermektedir ve hatta diğer uluslar tarafından aşağılık ve korkakça bir davranış olarak nitelendirilmektedir. Savaş başlar başlamaz düşman ülkelerin caddelerinde, meydanlarında ülkelerinin krallarını, savaştan onun gibi sorumlu olan yardımcılarını öldürenlere veya diri olarak getirenlere çeşitli hediyeler, ödüller vaat eden bildiriler asılır ve bu bildirilere öldürülecek olanların isim listeleri yazılır. Ayrıca bu şahıslar eğer kendilerinden teslim olurlar ise hem cezadan kurtulacaklardır hem de ödüllendirileceklerdir. Bu şekilde düşman topluluklar arasına birbirlerine olan güveni sarsacak, kuşkular içinde yaşamalarını sağlayacak korku tohumları ekilmektedir. Bu durumda Utopia’lılara hedeflerine ulaşmak için zaten önem vermedikleri parayı cömertçe harcamaktan kaçınmazlar ve düşman askerlerini satın almak için vaatlerde bulunurlar.

Savaş konusunda Utopia’lıların dikkat çeken bir diğer özelliği ise, kendi yurttaşlarını mümkün olduğunca savaştan uzak tutmaları ve bunun yerine komşu ülkelerden, savaştan toplumlardan para ile bir ordu kurdurmalarıdır. Özellikle savaştan bir toplum olan

<sup>36</sup> Thomas More, *Utopia*, a.g.e., s. 140.

<sup>37</sup> A.g.e., s. 143.

Zapotele'lerden (kolay satılan anlamındadır)<sup>38</sup> ordu kurmakta ve savaşa onları göndermektedirler. Bu topluluğun bireylerinin para ile yapmayacağı şey yoktur. Hatta bir tarafın saflarında savaşırken kendilerine daha fazla para teklif eden karşı tarafa geçmeleri onlar için oldukça olağandır. Ancak Utopia'lıların bu savaşçı topluma yaklaşımları, onlar hakkında taşıdıkları düşünce ve kanaatler, yukarıda savaş konusundaki düşüncelerini aktardığımızda belirttiğimiz, kan dökülmesinden yana olmayan, barışı destekleyen iyi niyet duygularından hiçbir iz taşımamaktadır. Savaş konusunda, taşıdıkları duygular, hedefledikleri amaçlar ile bu amaçlara ulaşmada kullanılan yöntem arasında izahı güç bir paradoks söz konusudur.

"Bu ulus Utopia'lılar için bütün dünya ile savaşır. Çünkü hiçbir yerde Utopia'lılar kadar para veren olmaz. İyi insanları iyi işlerde kullanan Utopia'lılar, bu aşağılık kişileri kötü işlere koşup harcarlar. Zapotele'lere ihtiyacı olunca, onları parlak umutlar vererek en belalı işlere sürerler; çoğu ölür gider ve hiçbir zaman ödülleri almaya gelmezler. Bir dahaki sefere tehlikeye atılmayı göze alınları diye, sağ kalanlara verdikleri sözü tutarlar. Utopia'lılar bu kiralık askerlerin ölmesinden hiç kaygılanmazlar. Çünkü dünyayı bu lanetli, bu haydut soyundan, kurtaracakları gün, bütün insanlığa hayırlı bir iş görmüş olacaklarına inanırlar."<sup>39</sup>

## Kaynakça

- M. Ali Ağaoğulları-Levent Köker, *Tanrı Devletinden Kral Devlete*, İmge Kitabevi, İstanbul, 1991.
- Mine Urgan, *Thomas More'un Yaşamı ve Utopia'nın İncelemesi*, Türkiye İş Bankası Kültür Yay., İstanbul 1999.
- Thomas More, *Utopia*, Türkiye İş Bankası Kültür Yay., İstanbul 1999.

<sup>38</sup> A.g.e., s. 144.

<sup>39</sup> A.g.e., s. 145.





# Adil Yargılanma Hakkı

Kaya KARTAL



## GİRİŞ

**K**lasik olarak anlatıldığı üzere devlet denilen siyasi örgüt, halktan aldığı güç ile hukuk kuralları koyarak hukuk düzenine aykırı davranışları cezalandırmak, böylece toplumsal düzeni sağlamakla görevlidir. Bu gücü zamanla kötüye kullanan devlet, halkı ezmeye başlamış ve devlet yetkisini elinde bulunduranlar tarafından devlet gücü sınırsız olarak, acımasızca ve kötüye kullanılmıştır. Bunun sonucu olarak insan haklarını önceleyen çeşitli yasalar çıkarılmış, böylece halk, devletten ve devlet gücünü hukuka aykırı olarak kullanan kişilerden özellikle kamusal gücü elinde bulunduran memurlardan korunmaya çalışılmıştır.

Adil Yargılanma Hakkı, bu gereksinimden doğan ve Hukuk Devleti olma yolunda en önemli ilkedir diyebiliriz. Zira ancak adil bir yargılanmanın sonucudur ki hukuk tecelli edebilir. Eğer ortada adil olmayan bir yargılama varsa artık sonuca bakmanın bir anlamı kalmamaktadır. Adil Yargılanma Hakkı anlaşılacağı üzere kararların hukuka uygunluğunun değil, karar sürecinin hukuka uygunluğunun güvencesidir.

Bu güvenceyi sağlamak üzere iç hukukta ve uluslararası hukukta bir dizi düzenlemeler yapılmış, yüksek mahkeme ve Ulusalüstü mahkeme kararlarıyla da ihlallerden yola çıkarak bu konuda ciddi ve uygulanabilir bir içtihatlar hazinesi meydana getirilmiştir.

Bu çalışmamızda Anayasa ve AİHS temel alınarak ve CMK'dan yararlanılarak Adil Yargılanma Hakkı incelenmiş olup, AİHM kararları yanında, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay kararlarıyla da işin pratik yönüne değinilmiştir.

Adil Yargılanma Hakkının uygulayıcısı aslında devlet olmakla beraber bunun kontrolü-

nü sağlayacak kişi hâkimdir. Ancak pratikte Adil Yargılanmaya ilişkin iddiaların en öndeki temsilcisi her yerde olduğu gibi Türkiye'de de avukatlar olmaktadır. Bu durum aslında avukatların temenni olarak değil hakiki manada bağımsız olmalarından ve hukuk mantığıyla olaylara bakma yeteneğini daha çabuk kazanabilmelerinden olsa gerektir.

Bu hakkın tesis edilmişindeki amaç ihkak-ı hak yani insanların kendi haklarını kendilerinin elde etmelerinin önüne geçmek, sanık haklarının korunması, ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukukunun siyasi ve sosyal muhalifleri ortadan kaldırmak için gücü elinde tutanlarca bir araç olarak kullanılmasını engellemektir denilebilir.<sup>1</sup>

## I. BÖLÜM

### KAVRAMSAL ÇERÇEVE

#### 1. Hak Kavramı

Hak kavramı, bireye çıkarlarını karşılamak amacıyla hukuk düzeninin tanıdığı irade gücü ya da hukuksal güç olarak tanımlanabileceği gibi<sup>2</sup> hukuken korunan ve sahibine bu korumadan yararlanma yetkisi tanınan menfaat olarak da tanımlanmıştır.<sup>3</sup> Yani hukuk bir düzeni anlatırken, hak bu düzenin sağladığı yetkileri, koruduğu menfaati anlatır.<sup>4</sup> Aynı şekilde hukuk sözü, topluluk hayatında uyulması

<sup>1</sup> Fethiye Çetin (av.), [http://www.radikal.com.tr/ek\\_sayfa.php?ek=r2&ek\\_tarihi=01/01/2006](http://www.radikal.com.tr/ek_sayfa.php?ek=r2&ek_tarihi=01/01/2006)

<sup>2</sup> İsmet Sungurbey, *Hak Nedir?*, (der.) Hayrettin Ökçesiz, *Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri*, s. 152.

<sup>3</sup> Kemal Oğuzman, *Medeni Hukuk Dersleri*, 7. baskı, s. 78.

<sup>4</sup> A. Şeref Gözübüyük, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, 6. baskı, s. 136.

zorunlu olan kuralları ifade ederken; hak de-yimi bu kurallardan kişiler lehine doğan yetkiyi belirtmeye yarar.<sup>5</sup>

Hukuksal ilişkinin temelini teşkil eden hak kavramının niteliği hususu esasında hukukçular arasında tartışma mevzuu olup, bu konuda çeşitli teoriler ortaya atılmıştır. Bunlardan irade kuramına göre hak,

“hukuk düzeni tarafından bir kişi lehine bahşedilen irade kudreti veya hâkimiyetidir.”

*Menfaat* kuramına göre ise,

“hukuk düzenince korunan menfaattir.”

Bunların sentezini yapan karma teoriye göre ise,

“insana sahibi bulunduğu menfaati korumak üzere tanınmış olan irade kudretidir.”<sup>6</sup>

Hukuku da hak gibi “*korunan menfaatler sistemi*” diye genel tanımdan yola çıkarak kavramsallaştırmamız halinde Aliya İzzet-begoviç’in iddiası gündeme gelir ki, bu iddia hak tanımı açısından da geçerlidir. Aliya’ya göre salt din menfaati, salt materyalizm ise hakkı anlayamayacağı ve anlamadığı için bunlar hukuk için gayri müsaittir. Sırf menfaat üzerine hiçbir hukuk kurulamayacağı gibi kamu yararı üzerine de kurulamaz. Eğer insan şahsiyet değil de tıpkı sosyalizmin iddiasındaki gibi sadece bir toplum üyesi ise herhangi bir mutlak, tabii hakkı da bulunamaz. Sadece devletin ona bahşettiği haklara sahip olabilir. Zira haklar ancak doğuştansa, Allah tarafından veya inanmayanlar açısından bile tabiat vb. tarafından verilmişse vazgeçilmez olur ki bu durumda insanın bu haklarla beraber doğduğu kabul edilecektir.<sup>7</sup> Marksist görüş huku-ku, “*hâkim sınıfın kanuna dönüştürülmüş iradesi*” olarak ele alırken hakkı da doğal olarak bu iradenin ürünü görmektedir. Ancak Aliya burada çok ilginç bir tanımlama ile hakkı; “*her zaman, güçsüz olanın güçlüye karşı direniş tarzı*” olarak ele alıp buna hiçbir istisna tanımamaktadır.<sup>8</sup> Yani ona göre; en aşırı Marksist devlet şeklinde bile hukukun bağım-

sızlığını yok etmek mümkün değildir. Materyalist her iktidar hukuku siyaset seviyesine, mahkemeyi de sekreterlik seviyesine indirmeye çalışsa da bunu tamamen başarmalarına anılan nedenlerle imkân yoktur. Gerçekten de söz konusu iktidarlar her şeye rağmen mahkemelerden kaçınmış, gerektiğinde polis ve idari ajanlar yoluyla yani hukuk dışı vasıtalarla doğrudan tatbikata başvurmuşlardır.<sup>9</sup> Zira iktidar ve hukuk teoride bütün ahlaki unsurlardan sıyrıldıkları yerde bile tatbikatta ahlaki ve insani vasıflara bürünmek istemektedirler.

Aliya’nın bu bakışı aslında insan hakları aktivistlerinin önünü açacak nitelikte olduğu için önemlidir. Diğer haklar gibi Adil Yargılanma Hakkına da bu pencereden bakıldığında oldukça geniş bir alanda olduğumuzu görürüz. İşte o zaman insan hakları için mücadele alanı, bu haklar için yapılan direnişlerle orantılı olur. Zira bu düşünceyle hareket edildiğinde, devletlerden hak dilenen kullar olmaktan çıkılarak, kul olunanın verdiği hakları almak için mücadele eden bireyler ve topluluklar olunur. Bundan sonra bölümlerde söylenenler, bu bakışın verdiği cesaretle söylenecektir.

Hukuk kuralları düzenledikleri ilişkiler bakımından kamu hukuku ve özel hukuk şeklinde ayrıldığı gibi, haklar da özel hukuka dayanan haklar ve kamu hukukuna dayanan haklar diye iki kategoride ele alınabilir. Kamu hakları da denilebilecek olan ikinci grup kategoride yükümlü devlettir.<sup>10</sup>

Kamu haklarının bir kısmı —memurun yıllık izin hakkı gibi— özel nitelikli iken, bir kısmı genel niteliklidir. Bu ikinci kategorideki haklar temel haklar olarak adlandırılıp Anayasa’da dört bölüm altında düzenlenmişlerdir.<sup>11</sup> Adil yargılanma hakkı ise, bu bölümlerden ikincisi olan “kişinin hakları ve ödevleri” bölümünde “hak arama hürriyeti” başlığı altındaki 36. maddede zikredilmiştir. Anılan bölümde zikredilen haklar bireyi topluma, daha da önemlisi devlete karşı koruyan haklardır.

<sup>5</sup> Necip Bilge, *Hukuk Başlangıcı*, 7. baskı, s. 49-50.

<sup>6</sup> A.g.e., s. 206-207.

<sup>7</sup> Aliya İzzet Begoviç, *Doğu ve Batı Arasında İslâm*, s. 257.

<sup>8</sup> A.g.e., s. 263.

<sup>9</sup> A.g.e., s. 264.

<sup>10</sup> A. Şeref Gözübüyük, a.g.e., s. 137; Necip Bilge, a.g.e., s. 208.

<sup>11</sup> A. Şeref Gözübüyük, a.g.e., s. 139.

## 2. Adil Yargılanma Hakkı Kavramı

Adil yargılanma hakkı, Anayasa, AİHS ve BM Evrensel İnsan Hakları Bildirisi'nde güvenceye alınmış bir hak olup tanımı yapılmamıştır.

Doktrinde,

“Bir hukuk devletinde, güvenceleri sağlanmış, savunma hakkının tam olarak kullanılabilirdiği, uyuşmazlıktan önce kurulmuş mahkemeler önünde ve tabii hâkim tarafından yargılanma olarak tanımlanmıştır.”<sup>12</sup>

Anayasa'nın 36. maddesinde açıkça zikredilmiştir. Ayrıca Anayasa'nın 37, 38, 125, 138, 141 ve 142. numaralı maddeleri farklı başlıklar altında zikredilse de adil yargılanmanın güvencesi olan düzenlemeler içerirler.

AİHS'in 6. maddesinde “Adil Yargılanma Hakkı” başlığı altında bireyin yargılanmasına hâkim olan temel ilkeler vurgulanmış ve güvence altına alınmıştır. Evrensel Bildiride ise 10. maddede düzenlenmiştir.

Maddelerden anlaşılacaktır ki; adil yargılanma hakkı bireye yargılanma açısından bir dizi usuli güvenceler vermekte olup bu güvenceler devlete yargılanmanın hakkaniyete uygun ve adil yapılması sorumluluğunu yükler.<sup>13</sup>

Adil yargılanma hakkı kavramı ayrıca;

“... Uyuşmazlığın olanaklar ölçüsünde gerçekleri yansıtabilmesi için, uyuşmazlığın tarafları arasında fiili ve hukuki bir fark gözetmeksizin iddia ve savunmaların eşit ölçülerde ve karşılıklı olarak yapıldığı dürüst bir yargılama” olarak tanımlanabilir.<sup>14</sup>

Adil yargılanma kavramı açısından mesele “yargılanmanın sonucunun adilliği değil, adil bir karar verilebilmesi için gerekli olan usullerin ve koşulların yerine getirilip getirilmediği”dir. Yani varılan sonuç değil, sonuca gidilen yol problem edilmektedir.<sup>15</sup>

AİHS'nin 6. maddesinde adil yargılanma hakkının içeriği sayılabilecek birtakım unsurlar belirtilmiştir. Özellikle 6/3. maddeden anlaşılmaktadır ki, sayılan unsurlar tüketici olmayıp asgari koruma noktalarını göstermektedir [*minimum rights*]. O halde altıncı maddenin birinci fıkrası, üçüncü fıkrada belirtilmeyen birtakım korumaları daha içerecektir.<sup>16</sup> Yani tüketici bir üslup söz konusu değildir.

Kavram olarak adil yargılanma hakkı, iç hukukta daha önceleri yer almamakta idi. Ancak, Anayasanın 36. maddesinde 2001 yılında yapılan değişiklikle AİHS'nin 6. maddesindeki gibi adil yargılanma kişiler lehine temel bir hak olarak öngörülmüş, Anayasanın 38. maddesi ile de kanuna aykırı olarak elde edilen bulguların delil olarak kullanılmayacağı güvencesi getirilmiştir.

Adil yargılanma hakkına ilişkin 6/1. maddenin kapsamından; “bağımsız ve tarafsız” bir yargı yerinin, “makul süre”de yapacağı, “adil” ve “alenî” bir yargılama yanında; mahkeme içtihatları ile ortaya çıkmış ve hukuk devleti olmanın gerektireceği diğer ilkelerden olan “susma hakkı”, “mahkemeye başvuru hakkı”, “silahların eşitliği ilkesi”, “çelişmeli yargılama ilkesi”, “kararların gerekçeli olması” ve “bu kararların uygulanmasını talep hakkı” gibi ilkeler de çıkarılabilir.<sup>17</sup>

Sonuç olarak diyebiliriz ki adil yargılanma hakkı genel nitelikli kamu haklarından olup devlete karşı bir güvence sağlamaktadır.

## II. BÖLÜM

### ADİL YARGILANMA HAKKININ KAPSAMI

#### 1. Uluslararası Belgelerin Uygulanabilirliği Açısından Adil Yargılanma Hakkı

Anayasa'nın 90. maddesine eklenen 5. fıkra ile ulusal hukuk uluslararası hukuk çatışması halinde uluslararası hukuka üstünlük tanın-

<sup>12</sup> Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, 11. baskı, s. 32.

<sup>13</sup> A. Şeref Gözübüyük, a.g.e., s. 81.

<sup>14</sup> Süheyl Donay, *İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku*, s. 41.

<sup>15</sup> Sibel İnceoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, 1. baskı, s. 7.

<sup>16</sup> F. Christian Schroeder, *Dürüst Yargılama İlkesi*, s. 270.

<sup>17</sup> Billur Yatlı Soydan, *Vergi Yükümlüsünün Hakları*, s. 82.

miştir. Ancak kısmi bir üstünlük söz konusu olup tüm uluslararası antlaşmalar değil, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar için geçerli bir üstünlük söz konusu edilmiştir. Anayasa'nın 90/5 maddesine göre:

“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 07.05/.004 – 5170 S.K./7. madde) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.”

Burada zikredilen temel hak ve özgürlüklerden kasıt insan haklarına ilişkin anlaşmalar olup anayasanın ikinci kısmında (madde 12-74) yer alan bütün hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalar bu cümledendir. Bu antlaşmalardan en önemlileri AİHS ve BM kaynaklı insan hakları sözleşmeleridir.

## 2. Madde Bakımından Kapsam

### “Medeni Hak ve Yükümlülükler” ve “Suç İsnadı”

Sözleşme açısından adil yargılanma hakkı ancak medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili davalar ile caza davaları açısından geçerli olup bu anlamda idari davalar, disiplin hukuku, anayasa aykırılık iddiaları bu uygulamanın dışında tutulmuştur. Ancak Mahkeme “*otonom kavramlar doktrini*” gereği (ulusal nitelendirme ve değerlendirmelerden bağımsızlık) maddedeki medeni hak ve suç isnadı deyimlerini, maddi kriterleri (iddianın cevheri-dava konusu) esas alarak geniş şekilde yorumlamış, böylece şeklen Kamu Hukuku içerisinde yer alan ihtilafları öz itibarıyla medeni hak olarak değerlendirerek kapsam içerisine almıştır.<sup>18</sup> Bu açıdan mesela sözleşme tarafı devletin suç kabul etmediği “*disiplin kabahati*” AİHM açısından suç teşkil edip Adil Yargılanma hakkı kapsamına girecektir.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> Feyyaz Gölcüklü-A. Şeref Gözübüyük, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, s. 205-208.

<sup>19</sup> Gölcüklü, a.g.e., s. 214.

## 3. Zaman Bakımından Kapsam

### Adil Yargılanmaya İlişkin Korumanın Başlangıç Anı

Kişinin adil yargılanma hakkından yararlanabilmesi için sanık sıfatını kazanmış olması gerekmektedir. Ancak sanıklık sıfatının kazanılma anı tartışma konusudur. Bu güvenceden yararlanma, gerçeğin ortaya çıkmasını engellemez; çünkü gerçeğin ortaya çıkmasının adil bir yolla olması sakınca taşımamaktadır. Aksine bu durum hukuk devletinin gereğidir. Kişiyeye suç isnat edici eylemler şüphesiz ki onu sanık yapacaktır. Yani koruma isnatla başlamaktadır. Ancak bu suç isnat edici eylemlerin niteliği, yani ne tür eylemlerin bu potansiyeli taşıdığı tartışmalıdır.<sup>20</sup>

Kesin olan, adil yargılanma hakkına ilişkin garantilerin sadece yargılama safhasına ilişkin olmadığı, ayrıca yargılama öncesi ve sonrasını da kapsadığıdır. Yani Adil Yargılanma Hakkı, ceza davaları açısından kollukça gerçekleştirilen duruşma öncesi soruşturmaları da kapsamaktadır.<sup>21</sup> AİHM *Imbroscia v. İsviçre* davasında makul süre garantisinin bir itham olduğu anda başladığı, dolayısıyla da bir dava duruşma aşamasına getirilmeden önce, özellikle de bunlara uymaktaki ilk eksiklik nedeniyle yargılanmanın adilliğine ciddi bir ön-yargı oluşabilecekse 6. maddenin —özellikle 3. fıkrasının— şartlarının geçerli olacağını belirtmiştir.<sup>22</sup>

Doktrinde hazırlık soruşturmasında yargı organının müdahalesini gerektiren her işlemin şüpheliyi sanık statüsüne sokacağı görüşü<sup>23</sup> yanında, mahkeme içtihatlarında da sözleşmedeki anlamı esas olmak üzere, her olayın kendi özellikleri dikkate alınarak ve ulusal hukuklardan bağımsız olarak değerlendirilmesi gerektiği söylenmektedir.<sup>24</sup>

<sup>20</sup> Donay, a.g.e., s. 27.

<sup>21</sup> Nuala Mole-Catharina Harby, *Adil Yargılanma Hakkı*, s. 10.

<sup>22</sup> Imbroscia v. İsviçre, 24 Kasım 1993, 36. paragraf (Mole, a.g.e., s. 10).

<sup>23</sup> Donay, a.g.e., s. 28.

<sup>24</sup> Soydan, a.g.e., s. 103. “Deweer v. Belgium, 27.02.1987”, “Eckle v. Germany, 15.07.1982”.



“Mahkeme, isnat kavramını yetkili merciler tarafından, kişinin bir suç işlediği iddiasını içeren resmi bildirim yapılması ya da böyle bir iddianın belirtilerini gösteren ve şüphelinin durumunu maddi olarak etkileyen diğer bazı eylemlerde bulunulması şeklinde tanımlamıştır.”<sup>25</sup>

AİHS 6. madde ayrıca, bir kararın infazı gibi duruşma sonrası uygulamaları da kapsar. AİHM *Hornsby v. Yunanistan*<sup>26</sup> davasında, eğer Sözleşmeye taraf Devletin yasal sistemi nihai, bağlayıcı bir kararın taraflardan birinin aleyhine işletilmeden kalmasına müsaade ediyorsa 6. madde kapsamındaki mahkeme hakkının hayali olmaktan öteye geçemeyeceği belirtilmiştir.<sup>27</sup>

### III. BÖLÜM

## ADİL YARGILANMA HAKKININ UNSURLARI

### 1. Adil Yargılanma Hakkı ile İlgili Hükümler 1982 Anayasası

#### **Madde 36: Hak Arama Hürriyeti**

“Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davalı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz”

#### **Madde 37: Kanuni Hâkim Güvencesi**

“Hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz.

Bir kimseyi kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz.”

#### **Madde 38: Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar**

“Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.

Suç ve ceza zamanlaşımı ile ceza mahkumiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır.

Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur.

Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz.

Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.

(Ek fıkra: 03.10.2001 - 4709 S.K./15. madde) Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.

Ceza sorumluluğu şahsidir.

(Ek fıkra: 03.10.2001 - 4709 S.K./15. madde) Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz.

İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz. Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu hükme kanunla istisnalar getirilebilir.”

#### **Madde 125: Yargı Yolu**

“İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.”

#### **Madde 138: Mahkemelerin Bağımsızlığı**

“Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanı kanaatlerine göre hüküm verirler.

Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz.

Görölmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz.

Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.”

#### **Madde 141: Duruşmaların Açık ve Kararların Gerekçeli Olması**

“Mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır. Duruşmaların bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına ancak genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli olduğu hallerde karar verilebilir. (...)

<sup>25</sup> Soydan, a.g.e., s. 104.

<sup>26</sup> Hornsby v. Yunanistan, 19 Mart 1997, 40. paragraf.

<sup>27</sup> Mole, a.g.e., s. 10.

Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır.

Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir.”

#### **Madde 142: Mahkemelerin Kuruluşu**

“Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir.”

#### **Evrensel Beyanname**

**Madde 10:** “Herkesin, hak ve yükümlülükleri belirlenirken ve kendisine bir suç yüklenirken, tam bir şekilde davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından hakça ve açık olarak görülmesini istemeye hakkı vardır.”

#### **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**

##### **Madde 6:**

1. Medeni hak ve yükümlülüklerin ya da kendisine isnat edilen bir suçun belirlenmesinde, herkes, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından, makul süre içerisinde, adil yargılanma ve aleni duruşma hakkına sahiptir. Hüküm aleni olarak açıklanır (...)
2. Bir suç isnat edilen herkes, hukuka uygun olarak suçluluğu kanıtlanana dek masum sayılacaktır.
3. Bir suç isnat edilen herkes en azından aşağıdaki haklara sahiptir;
  - a. Kendisine yöneltilen suçlamanın mahiyeti ve nedeni hakkında, derhal, anlayabileceği dilde ve ayrıntılı olarak bilgilendirilmiş olmak;
  - b. Savunmasını hazırlamak için yeterli zaman ve olanaklara sahip olmak;
  - c. Bizzat ya da kendi seçtiği bir yasal yardımcı yoluyla savunmasını yapmak ya da, yasal yardım almak için yeterli ödeme gücüne sahip değil ise bu yardımın, adaletin yararının gerektirmesi halinde kendisine ücretsiz olarak sağlanması;
  - d. Aleyhine olan tanıkları sorguya çekmek ya da çektirmek ve kendi lehine olan tanıkların, aleyhine olan tanıklarla aynı koşullar çerçevesinde, hazır bulunmalarını ve sorgulanmalarını sağlamak;
  - e. Mahkemede kullanılan dili anlamıyor ya da konuşmıyor ise, bir çevirmen yardımından ücretsiz olarak yararlanmak.

## **2. Hâkimin Sorumluluğu**

Özellikle ceza davaları açısından hâkim, sanığın müdafisi tarafından “*yeterli şekilde temsilini*” sağlamakla yükümlüdür. Müdafie gerek olduğu halde müdafisi yoksa hâkim davanın görülmesini engelleyebilir.<sup>28</sup>

Hâkim aynı zamanda silahların eşitliği ilkesini de sağlamakla yükümlüdür. Şöyle ki; hâkim taraflara iddia ve savunmalarını sunma noktasında makul imkânları sağlamakla ve taraflardan birinin diğerine nazaran dezavantajlı bir durumda olmasını engellemekle yükümlüdür.<sup>29</sup> *Krcmâr ve diğerleri v. Çek Cumhuriyeti* davasında AİHM şöyle demiştir:

“Yargılamanın tarafına; mahkeme önünde kanıtlara aşinalık kazanacak, mevcudiyetlerine, içeriklerine ve hakikiliklerine ilişkin görüşünü gerektiği takdirde yazılı ve önceden bildirebilecek olanak, şekil ve zaman açısından uygun bir biçimde sağlanmalıdır.”<sup>30</sup>

Hâkim açısından diğer önemli bir sorumluluk, tutuklu bir sanığın duruşma öncesinde işkenceye veya kötü muameleye maruz kaldığının anlaşılması durumunda ne yapılacağıdır. Zira sözleşmenin 1. maddesi gereği sözleşmedeki hak ve yükümlülüklerin teminat altına alınması, devletin yetki sahasındaki herkesin görevidir. 3. madde uyarınca da etkin bir soruşturma gerekmektedir. Yani sorumluların bulunup cezalandırılabilmesi bir soruşturma olmalıdır. Aksi halde işkencenin yasaklanması uygulamada etkisiz olacaktır.<sup>31</sup> *Selmouni v. Fransa*, davasında, AİHM bir bireyin gözaltına alınırken sağlıklı olduğu ancak salıverildiğinde yaralı bulunduğu durumda, Devletin bu yaraların nasıl oluştuğuna ilişkin inandırıcı bir açıklama getirme sorumluluğu olduğunu belirtmiştir.<sup>32</sup>

Bu sayılanlar dışında hâkim ayrıca; kanıtların kabul edilebilirliği, çeviri için yeterli koşulların gerçekleştirilmesi, masumiyet karinesine uyulması noktalarında da sorumludur. Ma-

<sup>28</sup> Mole, a.g.e., s. 6-7.

<sup>29</sup> Mole, a.g.e., s. 7.

<sup>30</sup> *Krcmâr ve diğerleri v. Çek Cumhuriyeti*, 3 Mart 2000 (Mole a.g.e., s. 7).

<sup>31</sup> Mole, a.g.e., s. 8.

<sup>32</sup> *Selmouni v. Fransa*, 28 Temmuz 1999, 87. paragraf.

sumiyet karinesi açısından basın yayın organlarında aksine yayınlar yapılmasını önleyici emirler çıkarabilir.<sup>33</sup>

### 3. Adil Yargılanma Hakkının İçeriği

#### a. Bağımsız ve Tarafsız Bir Mahkemeye Başvuru Hakkı

##### 1. Mahkemeye Başvurma/Ulaşma Hakkı

Mahkemeye ulaşma hakkı 6/1. maddede açıkça ifade edilmese de mantiken ve AİHM içtihatları gereğince madde metninin bunu içerdiği söylenebilir. Her şeyden önce bir dava yoksa “hakkaniyete uygun, aleni bir yargılamadan ve gecikmeksizin kişinin dinlenmesinden söz etmek”, kısaca adil yargılanma hakkının içerdiği güvencelerden yararlanmak olanaksızdır.<sup>34</sup>

Bu durum hukuk devletinin de bir gereğidir. Zira adil yargılanmanın diğer unsurları tamam olsa da, hak ve uyumsuzluklarında mahkemeye başvurma ihtimalinin bulunmaması ilke açısından hiçbir şey ifade etmez. Bu ilke ayrıca Anayasa'nın 125. maddesinde de açıkça düzenlenmiştir. Buna göre;

“İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.”

AİHM kararlarında bu ilke,

“Sözleşme düzenlediği haklar alanında bireyi ‘gerçeksel pratik’ olarak korumayı amaçlamıştır. 6/1 maddeye göre kişisel hak, yükümlülüklerin karara bağlanmasında tarafların etkili biçimde mahkemelere ulaşma imkânından yoksun bırakılmamasını istemektedir.”

şeklinde yer bulmuştur.<sup>35</sup> Yargı organına başvuru hakkının gerekli ve etkin kullanımının engellenmesi (maddi ve hukuki anlamda) hallerinde adil yargılanma hakkının ihlal edildiği kabul edilmektedir.<sup>36</sup>

Mahkemeye ulaşma hakkı hem medeni hak ve yükümlülükler hem de suç isnatları açısından uygulanır ve herkesin medeni hak ve yükümlülükleri ve haklarındaki suç isnatları ile ilgili her türlü iddiasını mahkeme ya da yargı yeri önüne çıkarma hakkını güvence altına alır. Bu hak mahkemeye etkin bir biçimde ulaşma hakkını ifade eder.<sup>37</sup>

Mahkemeye başvurma hakkının varlığı, mağdura medeni hak ve yükümlülüğüne ilişkin bir iddiası olmadığı müddetçe, şahsi ceza davası açma hakkı vermez. Kamu davasına konu olabilecek bir suçun mağduru için de, savcıdan kamu davasının açılmasını talep etme hakkı doğurmaz.<sup>38</sup> Aynı şekilde, suçlanan kişi açısından mahkemeye başvurma hakkı o kişiye davasının mutlaka devam etmesini isteme hakkı anlamına gelmez. Suçlanan kişinin kendisine yöneltilen isnadın bir yargıç, bir mahkeme tarafından karara bağlanmasını talep etme hakkı anlamına gelir.<sup>39</sup>

Sözleşmede medeni hak ve yükümlülüklerle alakalı olarak yasal yardım almaya ilişkin bir düzenleme olmasa da bu yardımdan yoksun kalma dolayısıyla başvuru hakkının mahkemeye başvurusunu gerçekten etkiliyorsa ihlalden bahsedilebilir.<sup>40</sup>

Ancak bu hak mutlak bir hak olmayıp, devletler meşru bir amaç gütmek ve ölçülülük ilkesine uymak şartıyla sınırlandırabilirler. Ayrıca hakkın özü zedelenmemelidir.<sup>41</sup> Yoksa adil yargılanma hakkı ihlal edilmiş sayılır.

*Golder v. Birleşik Krallık* davasında bir cezaevi yetkilisine karşı şahsi iftira davası açmak isteyen bir mahkûmun avukatı ile görüşmesine izin verilmemesi, AİHM tarafından 6. maddenin ihlali olarak değerlendirilmiştir; çünkü mahkemeye erişim hakkının yalnızca bulunması yetmez, etkin olması da gerekir. AİHM başka bir kararında bir mahkûmun avukatıyla duruşma salonu dışında gizlilik içinde görüşmemesinin, etkin bir

<sup>33</sup> Mole, a.g.e., s. 8.

<sup>34</sup> Batum Yenisey-Erkut İnceoğlu, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Adil Yargılanma İlkesi Işığında Hukuk Devleti ve Yargı Reformu*, s. 22.

<sup>35</sup> Bkz.: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2004/4-40, K. 2004/113.

<sup>36</sup> Bkz.: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2004/13-664, K. 2004/719.

<sup>37</sup> *Golder v. United Kingdom*, paragraf 37-40.

<sup>38</sup> Yenisey, a.g.e., s. 22.

<sup>39</sup> Yenisey, a.g.e., s. 23.

<sup>40</sup> Reid, a.g.e., s. 159.

<sup>41</sup> *Ashingdane v. United Kingdom* (1985).

şekilde mahkemeye erişim hakkının ihlali olduğunu belirlemiştir.<sup>42</sup> Bu anlamda zanlıların cam bir hücre içerisinde tutulması, güvenlik uygulaması gereği mazur görülmüş ancak bu durumun avukatla özgürce iletişim kurma hakkını zedelememesi gerektiği ve daha önemlisi bunu kişiyi suçlu bulma yönünde bir önyargı oluşturmaması gerektiğini belirtmiştir.<sup>43</sup>

*Airey v. İrlanda* davasında<sup>44</sup> yoksul bir kadının kocasından ayrılmak amacıyla dava açması için yasal yardım sağlanması talebinin reddedilmesi üzerine AİHM; hukuki temsilcinin zorunlu olduğu ülkeler açısından veya zorunlu olmasa da usul veya davanın karmaşıklığının bu yardımı kaçınılmaz kıldığı durumlarda devletin Adil Yargılanma kapsamında avukat sağlama yükümünden bahsetmiştir.<sup>45</sup>

## 2. Yasayla Kurulmuş Bağımsız ve Tarafsız Mahkemede Yargılanma Hakkı

Yargılama yapacak mahkemenin yasayla kurulmuş olması gerekmektedir. Anayasa'nın 142. maddesi bu güvenceyi sağlamaktadır. Buna göre; Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir.

Hâkimin bağımsızlığının Batı'da ortaya çıkışı aydınlanma ile birlikte, Montesquieu'nun 1784 yılında mutlakiyetçi devletin keyfiliğine karşı geliştirdiği kuvvetler ayrılığı ilkesinin sonucudur. Bağımsızlık ve tarafsızlık şartları birbirine bağlı olup AİHM bunları birlikte değerlendirir. Bir mahkemenin bağımsızlığı noktasında AİHM bazı hususları nazarı dikkate alır. Bu hususlar;

- üyelerinin atanma biçimi,
- görev süreleri,
- dışarıdan baskılara karşı garantilerin varlığı ve

<sup>42</sup> Campbell ve Fell v. Birleşik Krallık, 28 Haziran 1984, 111-113. paragraflar (Mole, a.g.e., s. 36).

<sup>43</sup> Karen Reid, *Adil Bir Yargılanmanın Güvenceleri*, s. 34-35.

<sup>44</sup> Airey v. İrlanda, 9 Ekim 1979, 26. paragraf (Mole, a.g.e., s. 36).

<sup>45</sup> Mole, a.g.e., s. 36.

- kurumun bağımsız bir görünüme sahip olup olmadığıdır.<sup>46</sup>

Bu mahkemelerde görev yapan hâkimlerin bağımsız ve tarafsız olması gerekir. Hâkimin bağımsızlığı, yargılama yaparken her türlü tehdit, baskı, etki ve teşviğe kapalı olması; hukuka, vicdani kanaatine ve kanuna göre karar vermesidir. Anayasanın 138, 139 ve 140. maddeleri bu güvenceyi sağlamaktadır.<sup>47</sup> Bu ilkelerin ihlaline yönelik hareketler ise; TCK'nın 288. maddesinde adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs başlığıyla,

“bir olayla ilgili olarak başlatılan soruşturma veya kovuşturma kesin hükümlerle sonuçlanıncaya kadar savcı, hâkim, mahkeme, bilirkişi veya tanıkları etkilemek amacıyla alenen sözlü veya yazılı beyanda bulunan kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

şeklinde düzenlenmiştir.

AİHM mahkemenin yürütme ve taraflar karşısındaki bağımsızlığına bakmakta olup<sup>48</sup> üyelerin sabit bir süre için atanıyor olmasını bağımsızlık garantisi kabul etmektedir. Bu açıdan mahkeme kararlarının adli organlar dışındaki herhangi bir organ tarafından değiştirilememesi gerekmektedir.<sup>49</sup>

Ancak Divan-ı Harp ve diğer askeri disiplin kurumları bu bağlamda 6. maddeyi ihlâl eder nitelikte bulunmuştur.

“Yürütme, üyelerin genel anlamda görevlerini yerine getirmekte uygulanacak kuralları belirleyebilir ancak bu kurallar gerçekte davaların nasıl karara bağlanacağına ilişkin talimatlar niteliğinde olamaz.”<sup>50</sup>

Üyeleri atayanın bir bakan olması birçok sistemde bu usul mevcut olduğu için mahkeme açısından bir sorun olarak görülmemiş

<sup>46</sup> Bkz.: Ör. Campbell ve Fell v. Birleşik Krallık, 28 Haziran 1984, 78. paragraf.

<sup>47</sup> Osman Arslan, *Adil Yargılanma Hakkı*, (çevrimiçi) [http://www.yargitay.gov.tr/basin/faaliyeler/diger\\_faaliyetler/kirikkale\\_uni.htm](http://www.yargitay.gov.tr/basin/faaliyeler/diger_faaliyetler/kirikkale_uni.htm).erişim, 13.03.2006.

<sup>48</sup> Ringelsen v. Avusturya, 16 Temmuz 1971, 95. paragraf. Mole, a.g.e., s. 28.

<sup>49</sup> Bkz.: Ör. Findlay v. Birleşik Krallık, 25 Şubat 1997, 77. paragraf. Mole, a.g.e., s. 28.

<sup>50</sup> Campbell ve Fell v. Birleşik Krallık, 28 Haziran 1984, 79. paragraf. Mole, a.g.e., s. 29.

olsa da hâkimlerin yerinden edilemez oluşu genelde doğal bir beklenti sayılmıştır. Bu maddede sabit çalışma süreleri de güvence sayılmıştır.<sup>51</sup>

Bu mahkemelerde görev yapan hâkimlerin bağımsız ve tarafsız olması gerekir. Hâkimin bağımsızlığı yargılama yaparken her türlü tehdit, baskı, etki ve teşvike kapalı olması; hukuka, vicdani kanaatine ve kanuna göre karar vermesidir. Anayasanın 138, 139 ve 140. maddeleri bu güvenceyi sağlamaktadır.<sup>52</sup>

AİHM, *Kudbettin Baran v Türkiye* davasında (no. 46777/99); İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin bağımsız ve tarafsız olmaması sebebiyle madde 6/1'in ihlal edildiğine... hükmetmiş, manevi zarar için tazminat ödemesini uygun bulmuştur.

*Hıdır Kaya v. Türkiye* (no. 2624/02) davasında Mahkeme, yasadışı örgüt üyesi olduğu iddiasıyla heyet içerisinde askeri bir yargıcın bulunduğu bir mahkeme tarafından yargılanan başvurucunun adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Hâkim tarafsızlığı ise, hâkimin bütün taraflara karşı aynı mesafede durması ve devlet de dahil olmak üzere taraflardan etkilanmemesidir.<sup>53</sup> Mahkeme tarafsızlık kavramını objektif ve subjektif olmak üzere iki açıdan değerlendirmiştir. "Objektif tarafsızlık"; kurum olarak mahkemenin kişide bıraktığı izlenim iken, "*subjektif tarafsızlık*"; mahkeme üyesi yargıcın birey sıfatıyla, kişisel tarafsızlığıdır.<sup>54</sup> AİHM, açık bir şekilde hakkında tarafsızlığından korku duyulması için meşru neden bulunan tüm hâkimlerin çekilmesi gerektiğini belirtmiştir.<sup>55</sup> Aynı şekilde bir sanığın tarafsızlık meselesini gündeme getirmesi halinde, bu durumun "tamamen esastan yoksun" olmadığı takdirde mut-

laka soruşturulması gerektiğini belirtmiştir.<sup>56</sup>

*Demicoli v Malta* davasında<sup>57</sup> mahkeme; Temsilciler Meclisinin, başvuru sahibi gazetecinin ayrıcalıklarını kötüye kullanma suçunu işleyip işlemediğini belirlerken bir yargı işlemi ifa ettiğini ancak üyelerinden iki tanesinin aynı zamanda yayınlarda tekzip yoluna gitmiş olmalarından dolayı bu heyetin tarafsız olmadığına hükmetmiştir.<sup>58</sup>

Hizmetlerinin gereklerine, teşkilatın ihtiyaçlarına veya ilgililerin isteklerine göre hâkimlerin savcılık, savcıların ise hâkimlik sınıfına geçmeleri mümkündür. (HSK 36; AY, 159/6) Bu kural hâkim bağımsızlığını zedeleyecek türdendir. Ayrıca hâkimlerin HSYK onayı alınmadan adalet bakanınca bakanlık hizmetine alınabilmesi, geçici yetkiyle görevlendirilebilmesi kuralları da hâkim bağımsızlığı açısından sakıncalıdır.<sup>59</sup> HSYK ile hâkimin savcı gibi yürütmeye yani bakanlığa bağlanmış olması ve kurul üyesi hâkimlerin asıl görevlerinin de devam ediyor olması hâkimin bağımsızlığıyla bağdaşmaz. Kurulun hâkimler ve savcılar birlikte muhatap alıyor olması, kendisine ait binasının, personelinin bütçesinin bulunmaması, kararlarına karşı yargılama makamlarına başvurulamaması (HSK 12/5), hâkimlerin denetiminin kurul yerine bakanlık müfettişlerince yapılması... bağımsızlık açısından sakıncalıdır.<sup>60</sup>

Askeri alanda sıkıyönetim mahkemesi üyeleriyle üst düzey askerler arasındaki hiyerarşik bağımlılık, heyette hâkimler bulunsan bile sorun doğurmuştur. Mahkeme, askeri yargılama heyetlerinin sivilleri yargılamasının bağımsızlık ve tarafsızlık açısından sorun teşkil ettiğini belirtmiştir.<sup>61</sup>

<sup>51</sup> Reid, a.g.e., s. 112.

<sup>52</sup> Osman Arslan; *Adil Yargılanma Hakkı*, (çevrimiçi) [http://www.yargitay.gov.tr/basin/faaliyeler/diger\\_faaliyetler/kirikale\\_uni.htm](http://www.yargitay.gov.tr/basin/faaliyeler/diger_faaliyetler/kirikale_uni.htm).erişim, 13.03.2006.

<sup>53</sup> Osman Arslan, a.g.m.

<sup>54</sup> Gölcüklü, a.g.e., s. 220.

<sup>55</sup> Piersack v. Belçika, 30. paragraf. Nortier 33. paragraf, Hauschildt, 48. paragraf (Mole, a.g.e., s. 30).

<sup>56</sup> Remli v. Fransa, 30 Mart 1996, 48. paragraf (Mole, a.g.e., s. 30).

<sup>57</sup> Demicoli v. Malta, 27.08.1991 Seri A, No 227, 14 E.H.R.R. 47 (Reid, a.g.e., s. 51).

<sup>58</sup> Reid, a.g.e., s. 51.

<sup>59</sup> Nur Centel-Hamid Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 30.

<sup>60</sup> Centel, a.g.e., s. 30-31

<sup>61</sup> Mitap ve Müftüoğlu v. Türkiye, 25.03.1996, R.J.D. 1996-II, No. 6 (Reid, a.g.e., s.117).

## b. Hakkaniyete Uygun Yargılanma Hakkı

Hakkaniyete uygun yargılama, adil yargılanma hakkının birçok unsurunu içerisinde barındırır. Aşağıda bunları inceleyeceğiz. Öncesinde konuyla alakalı bir Anayasa Mahkemesi kararını vermek uygun olacaktır.

Anayasa Mahkemesi'nin 7 Kasım 2006 tarihli bir kararında;

"Adil yargılanma hakkı kapsamında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin birinci fıkrasında birçok hak ve ilke de güvence altına alınmıştır. Bunlardan birisi de "hakkaniyete uygun yargılanma" hakkıdır. Burada önemli olan yargılama faaliyetinin tüm işlemlerinin bir bütün olarak hakkaniyete uygun olarak yapılıp yapılmamasıdır. İtiraz konusu kuralla vergi mahkemesinde davacı konumunda olan gümrük vergisi yükümlüleri ile diğer vergiler yükümlüleri arasında dava açma süresinin kullanımını yönünden doğan farklılığın Anayasa'nın 36. maddesinde 2001 yılında yapılan değişiklikle getirilen "adil yargılanma hakkına" aykırı olduğu kanaatine varılmıştır."

denilerek, adil yargılanma hakkının bir unsuru olan hakkaniyete uygun yargılanma ilkesi öne çıkarılmıştır.<sup>62</sup>

Hakkaniyete uygun yargılanma, ulusal mahkeme kararının fiili veya hukuki açıdan doğruluğunun araştırılması demek değildir. Yani bir üst mahkeme gibi yapılan bir denetim söz konusu olmayıp muhakeme faaliyetlerinin tüm işlemleri bir bütün halinde göz önünde tutularak yargılamanın adil yapılıp yapılmadığına karar verilecektir.<sup>63</sup>

### 1. Silahların Eşitliği ve Çelişmeli Yargılama Hakkı

Silah eşitliği kavramı yargılamada tarafların eşitliği anlamında olup, karşı tarafa nazaran olumsuz sayılmayacak koşullarda yargılanmayı ifade eder. Ceza yargılamasında iddia ile müdafaa arasında eşitsizlik olmaması gerekliliğini ve şüphelinin aleyhine bir hukuki durumun yaratılmamasını ifade eder.<sup>64</sup>

Bunun anlamı; taraflar arasında adil bir denge kurulması, yani bir davaya taraf olan

herkesin karşı taraf karşısında kendisini önemli bir dezavantajlı duruma sokmayacak şartlarda ve iddialarını mahkemeye sunabilmesi için makul bir fırsata sahip olabilmesidir.<sup>65</sup>

Örneğin AİHM, *Bönisch v. Avusturya* davasında; savunma tarafından çağrılan bir uzman tanığa savcılık ya da mahkeme tarafından çağrılan tanıklarla aynı imkânların tanınmamasını, 6/1. maddenin ihlâli kabul etmiştir.<sup>66</sup>

*Jespers v. Belçika*<sup>67</sup> davasında ise; silahların eşitliği ilkesini 6/3-b maddesi ile birlikte değerlendirmiştir. Bunun sonucunda savcılık veya soruşturma makamının ellerindeki ya da ulaşabildikleri ve sanığın kendisini temize çıkarabilmesine veya cezasını azaltmasına yardımcı olabilecek nitelikteki tüm malzemeleri (sanık lehine olan delilleri) açıklamakla yükümlü tutmuş; bu durumun bir savcılık tanığının inandırıcılığına halel getirebilecek malzemeyi de kapsadığını belirtmiştir.<sup>68</sup>

Silahların eşitliği kavramı, ayrımcılık yapan yasaların yasaklanmasını ve mahkemeler tarafından eşit muamele görme hakkını da kapsar. AİHM, devletin resmi yasama meclisi tarafından, başvurucunun davası ulusal mahkemelerde görülürken, başvurucunun davayı kaybetmesini temin edecek bir yasal düzenlemenin kabul edilmesinin silahların eşitliği ilkesinin ihlâli olduğuna karar vermiştir.<sup>69</sup> Bu tür müdahaleler (yasama müdahalesi) taraflara davayı muhalif taraf karşısında kendisine esaslı bir dezavantaj sağlamayacak şekilde sunmasını sağlayacak makul bir fırsat tanınması gerekliliğine aykırıdır.<sup>70</sup>

Çelişmeli yargılama ise iddia ve savunma makamlarının karşı tarafın ileri sürdüğü iddia ve kanıtlara ilişkin öge ve gözlemlerden bilgi edinilmesini ve bunları tartışabilmeyi ifade eder.<sup>71</sup>

<sup>65</sup> Mole, a.g.e., s. 40.

<sup>66</sup> Bönisch v. Avusturya, 6 Mayıs 1985.

<sup>67</sup> Jespers v. Belçika, 27 DR 61.

<sup>68</sup> Mole, a.g.e., s. 41.

<sup>69</sup> Stran Yunan Rafinerileri ve Stratis Andreadis v. Yunanistan, 9 Aralık 1994 (Mole, a.g.e., s. 41).

<sup>70</sup> Reid, a.g.e., s. 95.

<sup>71</sup> Soydan, a.g.e., s. 125.

<sup>62</sup> AYM, E. 2006/98, K. 2006/75, 07.11.2006.

<sup>63</sup> Gölcüklü, a.g.e., s. 229.

<sup>64</sup> Soydan, a.g.e., s. 124-125.

## 2. Makul Sürede Yargılanma

Makul süre güvencesi hem hukuk hem de ceza davaları açısından uyulması gereken bir ilkedir.

Bu ilke aşırı usul gecikmelerine karşı, adaletin gecikmesini önlemek, böylece sanığın kendi geleceği hakkındaki belirsizlikten kurtulması ve etkin bir savunma yapması açısından önem taşımaktadır.<sup>72</sup> AİHM de aynı şekilde garantinin amacının “mahkemede yargılamanın tüm taraflarını çok uzun usul gecikmelerine” karşı korumak olduğunu belirtmiş<sup>73</sup> ve “adaletin, etkinliğini ve inanılabilirliğini zedeleyebilecek gecikmeler olmaksızın sağlanmasının” önemini altını çizmiştir.<sup>74</sup>

Süre açısından göz önünde bulundurulacak husus, *medeni hukuk davalarında yargılamanın başlatılması; ceza davalarında suçlamanın yapılması ile sürenin işlemeye başladığıdır.*<sup>75</sup> Karar kesin hüküm niteliği kazandığında ise sürenin işleyişi durur.<sup>76</sup>

Başlangıç ve bitiş arasındaki dönemin belirlenmesi yanında bu dönemin makullüğünü de incelememiz gerekir.

Yani isnatla hüküm arasında geçen zamanın makullüğü önem kazanmaktadır. İkinci inceleme noktamız budur. Bu sürenin makullüğü her olayın kendi şartları açısından incelenmelidir. Yani süreye ilişkin bir standart yoktur.

O halde ne tür ölçülerle bu makuliyet belirlenecektir?

- davanın karmaşıklığı,
- başvuruçunun tutumu,
- yetkili idari makamların ve yargı mercilerinin tutumu.<sup>77</sup>

<sup>72</sup> Soydan, a.g.e., s. 121.

<sup>73</sup> Stögmüller v. Avusturya, 10 Kasım 1969, 5. paragraf (Mole, a.g.e., s. 23).

<sup>74</sup> H v. Fransa, 24 Ekim 1989, 58. paragraf (Mole, a.g.e., s. 23).

<sup>75</sup> Scopelliti v. İtalya, 23 Kasım 1993, 18. paragraf ve Deweer v. Belçika, 27 Şubat 1980, 42. paragraf (Mole, a.g.e., s. 23).

<sup>76</sup> Bkz.: Ör. Scopelliti v. İtalya, 23 Kasım 1993, 18. paragraf ve B v. Avusturya, 28 Mart 1990, 48. paragraf (Mole, a.g.e., s. 23).

<sup>77</sup> König v. Germany, paragraf 99.

Mahkemenin yapacağı değerlendirmede bu ölçüler nazara alınır. Süre çok uzunsa, bu kıstaslar da dikkate alınarak ilkenin çiğnenip çiğnenmediği değerlendirilir.

AİHM, yargılamanın *Yağcı/Sargın* kararında 4 yıl 9 ay, *Mansur* kararında 7 yıl, *Mitap/Müftüoğlu* kararında 15 yıl sürmesini ihlal kabul etmiştir.<sup>78</sup>

*Sakçı v. Türkiye* (no. 8147/02) davasında, yasadışı örgüt üyesi olduğu iddiasıyla tutuklanan ve ömür boyu hapis cezasına çarptırılan başvuruçunun 13 yıldan fazla süren yargılama nedeniyle makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle yaptığı başvuruda Mahkeme 6. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

## 3. Aleni Yargılanma Hakkı

Aleni yargılanma hakkı duruşma hakkı yanında, duruşmaların açıklığını ve kararın aleni olarak açıklanmasını ifade eder.<sup>79</sup> Bu hak sözlü duruşma hakkının da güvencesidir.<sup>80</sup> 6. madde herkese gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda açık bir duruşmada karar verilmesi hakkını garanti eder.

Adil yargılama hakkının asli boyutu olan bu hak AİHM'nin *Axen v. Federal Almanya Cumhuriyeti* davasında şöyle korunmuştur:

Adli kurumların baktığı davaların 6/1. Maddede söz edilen kamusal niteliği davacıları adaletin gizlice, kamuoyu denetimi olmaksızın idaresine karşı korur; ayrıca, gerek üst gerekse alt mahkemelere güvenin devamını sağlayan bir yöntemdir. **Adaletin idaresini görünür kılarak**, kamuya açmak 6/1. Maddesinin hedeflerinden birinin, yani adil yargılamanın başarılmasına katkıda bulunarak Sözleşme kapsamında tüm demokratik toplumların temel ilkelerinden biri olan bu garantiyi sağlar.<sup>81</sup>

<sup>78</sup> Centel, a.g.e., s. 32.

<sup>79</sup> Sibel İnceoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, 2. baskı, s. 329.

<sup>80</sup> Fischer v. Avusturya, 26 Nisan 1995, 44. paragraf (Mole, a.g.e., s. 19).

<sup>81</sup> Axen v. Federal Almanya Cumhuriyeti, 8 Aralık 1983, 25. paragraf (Mole, a.g.e., s. 19).

Anayasa Mahkemesi CMUK 390. maddesinin son fıkrasını adil yargılama hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle iptal etmiştir. Kararda,

“Ceza kararına itiraz edilmesi halinde, duruşma yapılması ve o duruşmada sanığın da hazır bulunabilmesi veya bir müdafî gönderilebilmesi, adil yargılanma ve savunma hakkının doğal sonucudur”

denilmiştir.

Bu maddenin birinci fıkrasında, ceza kararname ile hafif hapis cezasına hükmedilmişse itiraz üzerine duruşma yapılacağı öngörülmüştür. Maddenin üçüncü fıkrasında ise, diğer ceza ve yaptırımlar yönünden bu olanak ortadan kaldırılarak itirazın duruşma yapılmaksızın evrak üzerinden karara bağlanması kabul edilmiştir. Bu madde adil yargılanma ve savunma haklarını ortadan kaldırdığı için iptal edilmiştir.<sup>82</sup> Yargıtay da emredici olan hükümlere rağmen duruşma açılmadan karar verilmesi yasaya aykırıdır demiştir.<sup>83</sup>

Bu haktan vazgeçme yolu açıkça ve kamu yararına da aykırı değilse vazgeçilebilir. Ulusal hukukta talep üzerine gerçekleşen sözlü duruşma, talep edilmezse ihlalden bahsedilemez.<sup>84</sup> Bu hak Anayasa'nın 141/1. maddesinde de açıkça düzenlenmiştir. Buna göre; “Mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır.” Bu ilke CMK 182. maddede de aynı şekilde düzenlenmiştir.

İki dereceli yargılama söz konusu olunca da davanın esasını karara bağlayan, ilk derece mahkemesinin aleni yargılama yapması yeterli görülmüştür.

### c. Masumiyet Karinesi

“Hakkında bir suç isnat edilen herkes, hukuka uygun olarak suçluluğu kanıtlanana dek masum sayılacaktır” ilkesi (6/2) gereğince önyargılı yargılama da adil yargılanmayı ihlal eden unsurlardandır. Anayasa'nın 38. maddesinin 4, 5, 6, 7. fıkralarında da;

“Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz. Hiç kimse kendisini

ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz. Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez. Ceza sorumluluğu şahsidir.”

denilerek bu ilkeler güvenceye alınmıştır.

İspat yükü ise savcılığa aittir ve kuşku sanık lehine yorumlanır. Ceza muhakemesinin temel ilkelerinden olan şüpheden sanık yararlanır [*in dupio pro reo*] ilkesi masumiyet karinesinden doğmuş bir ilkedir. Mahkeme şüpheli yenmek ve maddi gerçeği ortaya çıkarmak zorundadır. Suçsuzluğunu kanıtlama yükü sanığa yükletilemez. Tersine suçluluğu ispat yükü savcılığa düşer. Şüphe yenilemez ise maddi gerçek tam olarak ortaya çıkmamış demektir. Bundan ancak sanık yararlanır yani beraat eder.<sup>85</sup>

Bu karine zanlıya karşı muhtemel bir suçlu gibi davranılmamasının güvencesi olup, sanığın lekelenmemesi hakkını da içermektedir. Koruma bu gayeleri güder. Bu karine ve TCK 285/4 gereği bu amaca aykırı tutumlar suç olarak tanımlanmıştır.<sup>86</sup> Buna göre

“Soruşturma ve kovuşturma evresinde kişilerin suçlu olarak damgalanmalarını sağlayacak şekilde görüntülerinin yayınlanması hâlinde, altı aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükümlenir.”

Bu karine suçüstü hali de dahil olmak üzere, şüpheli kişilerin medyada ve kamuoyu önünde fail olarak nitelendirilemeyeceğini de öngörür.<sup>87</sup>

Bu karinenin etkinliği açısından uygulamada önem kazanan noktalar; suç ve cezaların kişiselliği, yasal karinelerin ve icrai yetkilerin makullüğüdür.<sup>88</sup>

*Barberá, Messegué ve Jabardo v. İspanya* davasında AİHM, gereğince görevlerini yerine getirirken bir mahkemenin mensuplarının sanığın itham edilen suçu işlediği varsayımı ile işe başlamaması gerektiğini; ispat yükünün savcılığa ait olduğunu ve tüm şüphelerin sa-

<sup>82</sup> AYM, E. 2001/481, K. 2004/91, 22.10.2004.

<sup>83</sup> Yargıtay 11. Ceza Dairesi, E: 2005/7972, K: 2006/463, 06.02.2006. (Kazancı)

<sup>84</sup> İnceoğlu, a.g.e., s. 329-330.

<sup>85</sup> Centel, a.g.e., s. 27.

<sup>86</sup> Centel, a.g.e., s. 24.

<sup>87</sup> Schroeder, a.g.m., s. 273.

<sup>88</sup> Soydan, a.g.e., s. 135-139.



nığın lehine kullanılması gerektiğini belirtmiştir.<sup>89</sup>

*Minelli v. İsviçre*<sup>90</sup> davasında, başvuru-  
nun yargılanması yasal zaman aşımı dolayısıyla durdurulmasına rağmen, yerel mahkeme bu kişinin yargılama masraflarının bir kısmını ve mağdur olduğu iddia edilen kişiye tazminat ödemesine hükmetmişti. Yani ortada bir hüküm olmamasına rağmen başvuru suçluymuş gibi karar verilmişti. Bu durum 6/2. maddenin ihlali niteliğinde görülmüştür.<sup>91</sup>

Masumiyet karinesi diğer devlet organlarını da kapsar. *Allenet de Ribemont v. Fransa*<sup>92</sup> davasında, başvuru gözaltındayken üst düzey bir polis memuru tarafından basın toplantısında bir cinayetin azmettiricisi olarak gösterilmişti. AİHM, başvuru "bir suç işlemiş olmakla itham ediliyorsa", 6/2. madde hükümlerinin mahkemelerin dışındaki diğer kamu yetkilileri için de geçerli olduğu kararına varmıştır. Bu olayda kamuoyu başvuru suçlu olduğuna inanmaya teşvik edildiği için —ki başvuru daha sonra delil yetersizliğinden serbest bırakılmıştır— bunun masumiyet karinesinin ihlali olduğuna karar verilmiştir.<sup>93</sup>

Suç ve cezaların kişiselliği açısından incelenen, *A.P., M.P. ve TP. davasında* miras bırakanın vergi kaçakçılığında doğan para cezaları, mirasçı başvuru-uculardan tahsil edilmek istenmiş ve mahkeme;

"Ödenmemiş vergilerin mirasçılardan alınabileceğini, fakat ölenin fiillerinden kaynaklanan cezai yaptırımların yaşayanlara uygulanamayacağını, suçun ve cezanın miras kalamayacağını belirtmiş ve 6/2. maddenin ihlal edildiği hükmüne varmıştır."<sup>94</sup>

Yasal karinelerin makullüğü açısından ise; *Janosevic davasında* bu ilke ihlal edilmemiştir hükmüne varan mahkeme böylece dolaylı olarak bu ilke yönünde içtihat oluşturmuştur.

Davada başvuru-ucunun vergi cezasının kesilmemesi veya terkin edilmesi gerektiği iddiası açısından neredeyse aşılamayacak derecede ispat yükü altına sokulduğu, böylece masumiyetten yararlanamadığı belirtilmiş, masumiyet karinesinin ceza hukukunda yasal karineler koyma yetkisini ortadan kaldırmayacağını; ancak bunların makul sınırlar içerisinde olması gerektiğini, olayda ise bu dengenin ihlal edilmediğini belirtmiştir.<sup>95</sup>

İcrai yetkilerin makullüğü açısından ise; yine *Janosevic davasında* ilkeler bulabiliyoruz. Mahkeme vergi cezalarının gelir elde etmek amacı taşıyamayacağını, asıl amacın vergi yükümlüsünün vergi yasalarına uymasını sağlamak olduğunu, bu yüzden de mali çıkarın tek başına bu cezaların icrasını meşrulaştırmayacağını belirtmiştir.<sup>96</sup>

#### d. Susma Hakkı

Bu hak bir suç isnadı altında olan kişinin kendi aleyhine delil vermeme hakkının gereğidir.<sup>97</sup> Susma hakkı kişinin yetkili makamlara kendini suçlayıcı ifade ve belgeleri vermeme hakkı ve sessiz kalmasının aleyhine delil oluşturmaması hakkını barındırır.<sup>98</sup> Bu hak 6. maddede açıkça zikredilmemiş olmakla beraber, AİHM içtihatlarında da bu çerçevede değerlendirilmiş, masumiyet karinesine de sıkı sıkıya bağlı olduğu belirtilmiştir.<sup>99</sup> Ayrıca Anayasa'nın 38. maddesinde de açıkça zikredilmiştir.

Kişiyi kendisini suçlayacak delilleri vermesine "**zorlamak**" bu hakkın ihlali anlamını taşır.<sup>100</sup>

AİHM ceza davaları açısından adil yargılama hakkının içinde suç işlemiş olmakla itham edilen herkesin sessiz kalmak ve kendi aleyhine tanıklık etmemek hakkı bulunduğunu belirtmiştir.<sup>101</sup> Bu davada kaçakçılık suçundan

<sup>89</sup> Barberá, Messegué ve Jabardo v. İspanya, 6 Aralık 1988, 77. paragraf (Mole, a.g.e., s. 49).

<sup>90</sup> Minelli v. İsviçre, 21 Şubat 1983.

<sup>91</sup> Mole, a.g.e., s. 49.

<sup>92</sup> Allenet de Ribemont v. Fransa, 10 Şubat 1995.

<sup>93</sup> Mole, a.g.e., s. 49-50.

<sup>94</sup> A.P., M.P. and TP. v. Switzerland, 29.08.1997.

<sup>95</sup> Janosevic v. Sweden, 23.07.2002.

<sup>96</sup> Janosevic v. Sweden, 23.07.2002.

<sup>97</sup> Donay, a.g.e., s. 142.

<sup>98</sup> İnceoğlu, a.g.e., s. 262.

<sup>99</sup> Funke v. France, 25.12.1993.

<sup>100</sup> Soydan, a.g.e., s. 140.

<sup>101</sup> Funke v. Fransa, 25 Şubat 1993, 44. paragraf (Mole, a.g.e., s. 39).

kovuşturulan bir kişi, gümrük mevzuatı gereği yetkililere teslim etmek zorunda olduğu bazı belgeleri vermediği için cezalandırılmış, mahkeme ise sadece var olduğu tahmin edilen ve başka yoldan ele geçirilemeyen suç kanıtlarının bizzat zanlıdan istenmesini uygun bulmamıştır. Mahkeme bu istemi sanığın sahip bulunduğu susma ve kendi mahkûmiyetine yardımcı olmama hakkının ihlali kabul etmiştir.<sup>102</sup>

*Saunders v. Birleşik Krallık* davasında AİHM; sessiz kalma ve kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkının 6. Madde kapsamındaki adil yargılama kavramının esasını oluşturduğunu ve genel olarak kabul edilen uluslararası standartların özünde bulunduğunu belirtmiştir. Böylece sanığın yetkililerce uygunsuz bir şekilde zorlanması ve adaletin tecellisindeki hatalı uygulamaların önleneyeceğini; ayrıca 6. Maddenin hedeflerinin yerine getirilmiş olacağını; kişinin kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkının, özellikle bir ceza davasında savcılık makamının sanığın iradesi hilafında tehdit veya tazyik yöntemleriyle elde edilmiş kanıtlara başvurmadan sanığa karşı iddiasını kanıtlamaya çalışmasını öngördüğünü belirtmiştir. Bu bağlamda söz konusu hakkın, Sözleşmenin 6/2. maddesi kapsamındaki masumiyet karinesiyle yakından bağlantılı olduğuna da değinmiştir.<sup>103</sup>

Yargıtay bir kararında;

“Susma hakkı bulunan sanıkların savunmalarının inkara yönelik bulunduğu biçimindeki yasal olmayan gerekçe ile TCK 59. (Yeni TCK 54) maddesinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi ... yasaya aykırıdır.”

diyerek bu hakkı korumuştur.<sup>104</sup>

Ceza yargılamasının amacı hiç duraksamaya yer vermeden maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Sanığın savunmasının aksini kanıtlaması ondan beklenemez. Susma hakkını kullanan sanığın sükût ikrardan gelir deyişine dayanılarak suçu kabul ettiği söylenemeyeceği gibi savunmasını kanıtlaması da istenemez. Sanığa yüklenen suçun sübuta erdiği

yapılan yargılama sonucunda kuşkuya yer vermeksizin ortaya çıkarılmalıdır. Ceza yargılamasında kuşkunun bulunduğu yerde mahkûmiyet kararına yer yoktur. Bu ilke evrenselidir. O halde sanığa yüklenen suçtan cezalandırılmasına yeterli ve inandırıcı kanıtlar elde edilmediğine göre direnme kararının bozulmasına karar verilmelidir.<sup>105</sup>

### e. Asgari Sanık Hakları

AİHS 6/3. maddesinde sıralanan haklar sanıklar için öngörülmuş “**asgari**” haklardır. Yani sınırlı sayıda olmayıp örnek niteliğindedirler. Bu haklar her ne kadar sanık için öngörülmüş de olsalar gerektiğinde medeni hak yargılamaları açısından da uygulanır.<sup>106</sup> Bunlar;

- Kendisine yöneltilen suçlamanın mahiyeti ve nedeni hakkında, derhal, anlayabileceği dilde ve ayrıntılı olarak bilgilendirilmiş olmak. Sanığın bilgilendirilmesi kendisinin hangi fiil dolayısıyla suçlandığı ve bu fiilin hukuki niteliğinin ne olduğunu içermelidir. Bu bilgilendirme en geç kovuşturmanın başladığı an hiç olmazsa sanığın hâkim önüne gönderildiği an olmalıdır.<sup>107</sup>
- Savunmasını hazırlamak için yeterli zamana ve olanaklara sahip olmak. Bu değerlendirme tüm yargılama faaliyetini, dava konusunu ve durumun özelliklerini göz önünde tutarak yapılır.<sup>108</sup> Yargıtay’a göre; sanığa iddianame tebliğ edilmeden ve duruşmaya ara verilmesini istemeye hakkı olduğu hatırlatılmadan CMK’nın 176 ve 190/2. maddelerine aykırı olarak duruşmaya devamla yazılı şekilde karar verilmesi, yasaya aykırıdır.<sup>109</sup> Aynı şekilde CMK’nın 216. maddesinde düzenlenmiş olan “en son söz”ün sanığa verilmesi ilkesi de bu anlamda adil yargılama hakkının gereklindedir. Bu hakkın, kamu davasının kesintisizliği ve sürekliliği ilkesinin doğal sonucu olarak, bozmadan sonraki yargılama-

<sup>102</sup> Gölcüklü, a.g.e., s. 230-231.

<sup>103</sup> Mole, a.g.e., s. 39.

<sup>104</sup> Yargıtay 4. CD 19.10.1998, 8242/9182 (Öztürk, s. 207).

<sup>105</sup> Yargıtay CGK 19.04.1993, 6-81/110 (Öztürk, s. 478).

<sup>106</sup> Gölcüklü, a.g.e., s. 206.

<sup>107</sup> Gölcüklü, a.g.e., s. 235.

<sup>108</sup> Gölcüklü, a.g.e., s. 236.

<sup>109</sup> Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E: 2004/2183, K: 2005/22679, 06.12.2005 (Kazancı).

yı da kapsadığı yönünde Yargıtay içtihadı da bulunmaktadır.<sup>110</sup>

- c. Bizzat ya da kendi seçtiği bir yasal yardımcı yoluyla savunmasını yapmak ya da yasal yardım almak için yeterli ödeme gücüne sahip değil ise bu yardımın, adaletin yararının gerektirmesi halinde kendisine ücretsiz olarak sağlanması. Bir medeni hak ve yükümlülüğün karara bağlandığı davalarda avukatla görüşme hakkının geçici süreyle de olsa engellenmesi veya kişinin avukatıyla gizli görüşme yapma hakkının elinden alınması mahkemeye başvurma hakkını zedeler niteliktedir.<sup>111</sup> Mahkemece tayin edilen avukat konusunda sanık seçim hakkına sahip olmasa da, savunma teorik ve hayali değil, gerçek ve etkili olmak zorunda olduğu için bu görevin hakkıyla yerine getirilmediği durumlarda mahkeme duruma müdahale etmeli ya da yeni bir avukat istemelidir. Ücretsiz adli yardım mutlak bir hak olmayıp, sanığın ödeme olanağı bulunmadığı zaman savunmadan yoksun kalmaması için yapılır.<sup>112</sup>
- d. Aleyhine olan tanıkları sorguya çekmek ya da çektirmek ve kendi lehine olan tanıkların, aleyhine olan tanıklarla aynı koşullar çerçevesinde, hazır bulunmalarını ve sorgulanmalarını sağlamak. AİHM'in tanıklar konusunda oluşturduğu birtakım ilkeler vardır. Bunlar; bütün kanıtların, zanlının hazır bulunduğu, kamuya açık bir duruşmada, bir kanıtın gündeme getirilmesine imkân verecek bir ortamda dile getirilmesi; sözlü ifade olmaması durumunda yazılı ifade kullanılacaksa bunu savunma haklarıyla uyumlu olmasıdır. Bu ilke gereği zanlıya kendisi aleyhindeki tanıklara karşı çıkma ve bu kişiyi sorgulama konusunda doğru dürüst ve yeterli fırsat verilmelidir. Tanık ifadesine karşı çıkılamıyorsa veya bir hüküm yalnızca ya da önemli ölçüde tanığın ifadesine dayanıyorsa adil yargılanma açısından problem var demektir.<sup>113</sup> CMK'nın

210. maddesinde tanık delili ile alakalı olarak;

“Olayın delili, bir tanığın açıklamalarından ibaret ise, bu tanık duruşmada mutlaka dinlenir. Daha önce yapılan dinleme sırasında düzenlenmiş tutanağın veya yazılı bir açıklamanın okunması dinleme yerine geçemez, tanıklıktan çekinebilecek olan kişi, duruşmada tanıklıktan çekindiğinde, önceki ifadesine ilişkin tutanak okunamaz.”

denilerek bu husus dile getirilmiştir.

- e. Mahkemede kullanılan dili anlamıyor ya da konuşamıyor ise, bir çevirmen yardımından ücretsiz olarak yararlanmak. Bu hak mutlak bir hak olup tercüme giderleri savunmadan istenemez. Ancak tercüme talebini gerçek olmalı (yani konuşulan dili hem anlayıp hem konuşan bir sanığa savunmasını başka dilde yapması için, tercüman sağlanmaz<sup>114</sup>) ve adil yargılanma açısından gerekli olmalıdır. Burada başvurucunun kendisini savunmasına imkân verecek ve olayları kendi açısından ortaya koyacak ölçüde bilgilenmesi yeterlidir. Yoksa duruşmalara ilişkin bütün belgelerin çevrilmesini talep hakkı vermez.<sup>115</sup>

Mahkeme ceza davaları ve iç hukuk ceza davası kabul etmese de cezai yaptırım uygulaması içeren davalar açısından adli yardım sağlanmamasını adil yargılanma hakkının ihlali kabul etmektedir.<sup>116</sup> *Benham* davası buna örnektir.<sup>117</sup> Bu dava yükümlünün ödemediği vergi borcunun ödenmesini sağlamak amacıyla hapis cezası verilmesini amaçlayan yargılamaya ilişkin olup, ücretsiz avukat atanması ihlal nedeni sayılmıştır.

#### f. Delillere İlişkin Temel Kurallar

AİHM delillere ilişkin eşitsizlik ve hakkaniyetsizlik iddialarını yargılayanın bütünü içinde inceleyip, başvurucunun yargılamaya katılımının etkin olmasının engellenip engellenmediğine, savunmanın konumuna önemli

<sup>110</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 2006/11-7, K: 2006/25, 21.02.2006 (Kazancı).

<sup>111</sup> Yenisey, a.g.e., s. 26.

<sup>112</sup> Gölcüklü, a.g.e., s. 240.

<sup>113</sup> Reid, a.g.e., s. 207-208.

<sup>114</sup> Gölcüklü, a.g.e., s. 247.

<sup>115</sup> Reid, a.g.e., s. 214.

<sup>116</sup> İnceoğlu, a.g.e., s. 318.

<sup>117</sup> *Benham v. United Kingdom*, 24.05.1996.

ölçüde zarar verilip verilmediğine, hükmün keyfi olup olmadığına bakar.<sup>118</sup>

Hukuka aykırı yollardan elde edilmiş delillerin yargılamada kullanılmasının yasaklanması da adil yargılanma hakkının önemli bir güvencesidir. Bu manada iç hukukta 1992'de CMUK 254. maddeye eklenen hükümlerle hukuka aykırı delillerin yargılamada kullanılması engellenmiştir. CMK'da ise bu ilke 217. maddede düzenlenmiştir. Ayrıca AY 38. maddesi de 2001 yılında bu yönde değiştirilmiştir.<sup>119</sup>

Bu konu Yargıtay kararlarında da açıkça dile getirilmiştir. Ancak problem olan nokta, hukuka aykırı aramada elde edilen maddi delil dışındaki diğer delillerin, bu bağlamda hakkındaki ihbar ile sanığın mevcut ikrarının somut olayda mahkûmiyet için yeterli olup olmadığı hususunda toplanmaktadır. Yani zehirli ağacın meyvelerinin durumu tartışılmakta ise de YCGK bu konuda tartışmayı imkânsız kılacak şekilde özgürlüğün aleyhinde tavır takınmıştır.<sup>120</sup>

Buna göre:

"Soruşturma ve kovuşturma işlemleri, gerçekleştirildiği tarihte yürürlükte bulunan usul kurallarına uygun olmalıdır, işlem gününde yürürlükte olan 1412 sayılı CMUK'nın 254. maddesine göre soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı biçimde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz.

Aramanın yapıldığı tarihteki kurallara göre arama ancak hakim kararı ile mümkündür, C. savcılar ile kolluğun arama yetkisi istisnai olup, bu yetkinin doğması için gerekli ön şart ise, gecikmesinde sakınca umulan halin gerçekleşmesidir. Somut olayda, kolluk tarafından bu koşul gerçekleşmediği durumda hakim kararı alınmaksızın yapılan arama hukuka aykırıdır. O halde, arama sonucu elde edilen maddi kanıt ile buna ait ekspertiz raporları hükme esas alınamaz.

Sübut sorunu sair deliller değerlendirilerek çözümlenmelidir.

Sanığın delil değeri bulunan, hakkındaki ihbarla uyumlu, hayatın olağan akışına uygun düşen, özgür ve samimi ikrarı ile uyuşturucu

elde etmek amacıyla hint keneviri ekme suçu sübuta ermiştir."

şeklindeki kararlar YCGK sanığın samimi ikrarını hukuk dışı elde edilen delillerin meşrulaştırılması yani zehirli ağacın meyvelerinin zehirli olamayabileceği yönünde karar vermiştir.

Bu başlık altında ajan provokatörlük önemli bir yer teşkil etmektedir kanısında. AİHM, polis memurlarının hareketlerinin tebdili kıyafet ajanların görev tanımını aşmaması gerektiğini belirtmiş, suçun provoke edilmemesi ve memurların müdahalesi olmaksızın suçun işlenebilmesi şartlarının varlığını aramıştır.<sup>121</sup> Polis ajanlarının çok ısrarlı bir davranış sergiledikleri ve provokatör gibi davrandıkları saptanmış olan davalarda açık bir ihlalin varlığı ortadadır.<sup>122</sup>

Ceza hukuku davaları açısından delillerin toplanması ve sunumuyla alakalı bütün meselelere ayrıca 2. ve 3. fıkraların ışığında bakılmalıdır. Masumiyet karinesi açısından bakacak olursak hâkimler görevlerini ifa ederken işe zanlının suçu önceden işlediğine dair varsayımlarla başlamamalıdır ve iddiaları ispat yükü savcılığın üzerinde olmalıdır. Herhangi bir şüphe kalması durumunda da bundan sanık yararlanmalıdır.<sup>123</sup>

Başkasından işitilen bilgilerin tekrarından ibaret olan delillerin kabulü adil yargılanma garantilerine kural olarak aykırı olmasa da<sup>124</sup> AİHM, çapraz sorgulama olanağı tanınmaması ve kararın tamamen veya esasen böylesi kanıtlara dayandırılması durumunda yargılamanın adil olmaktan çıkabileceği yönünde kararlar vermiştir.<sup>125</sup> Bu kararda başvuruçunun yargılamanın hiçbir aşamasında duruşmada ifadeleri yüksek sesle okunan kişileri sorgulama imkânına sahip olmamasını, 6/1 ve 6/3-d maddeleri uyarınca ihlal kabul etmiştir.<sup>126</sup>

Teyp bantlarının delil niteliği konusunda Yargıtay şöyle bir karar vermiştir:

<sup>118</sup> İnceoğlu, a.g.e., s. 274.

<sup>119</sup> Yurtcan, a.g.e., s. 33.

<sup>120</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E:2005/7-144, K:2005/150, 29.11.2005 (Kazancı).

<sup>121</sup> Mole, a.g.e., s. 45-46.

<sup>122</sup> Teixeira de Castro v. Portekiz, 25829/94, 25.02.1997, (Rep.) (Reid, a.g.e., s. 130).

<sup>123</sup> Reid, a.g.e., s. 98.

<sup>124</sup> Blastland v. Birleşik Krallık, 52 DR 273.

<sup>125</sup> Unterpetinger v. Avusturya, 24 Kasım 1986.

<sup>126</sup> Mole, a.g.e., s. 46.

“Teyp bantlarının tek başına delil vasfını haiz olmayacağı düşünülmeden ve dosyada sanıkların suça konu sözleri sarf ettiklerine dair banttın başka hiçbir delil bulunmadığı gözletilmeden yazılı şekilde mahkûmiyet hükmü kurulması bozmayı gerektirmiştir.”<sup>127</sup>

*G. v. Birleşik Krallık*<sup>128</sup> davasında Komisyon, avukata erken ulaşma hakkının itiraftan elde edilen kanıtların güvenilirliğini sağlamakta önemli bir tedbir olduğunu belirtmiştir. Sadece sanığın itirafına dayandırılan bir ithamın anlam ifade edebilmesi için, bu tür kanıtların kabul edilebilirliğinin incelenebileceği bir usul bulunmalıdır. Aksi halde yine adil yargılanma ilkesinin ihlalinden bahsedilebilecektir.<sup>129</sup>

### **g. Kararların Gereçeli Olması**

Anayasanın 141. maddesi gereği, “Bütün mahkemelerin her türlü kararları gereçeli olarak yazılır.” O halde gereçesiz kararların da hem anayasaya aykırılığı gündeme gelir hem de bu konu adil yargılanma açısından gündeme getirilebilir. Ayrıca gereçeli kararlar, yargı kararlarına güven duyulmasını da sağlarlar.<sup>130</sup>

6. Madde uyarınca da yerel mahkemeler hem ceza hem de hukuk davalarında kararlarının gereçelerini belirtmelidir. Mahkemeler tüm sorulara ayrıntılı cevap vermek zorunda olmasa da<sup>131</sup> mahkeme kararında davanın sonucunu temelden etkileyecek lâyhaların üzerinde özellikle durulması gerekmektedir.<sup>132</sup>

CMK 34. madde uyarınca; hâkim ve mahkemelerin her türlü kararı, karşı oy dâhil, gereçeli olarak yazılır. Gereçenin yazımında 230. madde göz önünde bulundurulur. 230. maddede ise gereçeli kararda bulunması gereken hususlar ve gereçenin nasıl olması gerektiğine yönelik ilkeler mevcuttur. Buna göre:

“1) Mahkumiyet hükmünün gereçesinde aşağıdaki hususlar gösterilir:

- a) İddia ve savunmada ileri sürülen görüşler.
  - b) Delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi, hükme esas alınan ve reddedilen delillerin belirtilmesi; bu kapsamda dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterilmesi.
  - c) Ulaşılan kanaat, sanığın suç oluşturduğu sabit görülen fiili ve bunun nitelendirilmesi; bu hususta ileri sürülen istemleri de dikkate alarak, Türk Ceza Kanununun 61 ve 62’nci maddelerinde belirlenen sıra ve esaslara göre cezanın belirlenmesi; yine aynı Kanunun 53 ve devamı maddelerine göre, cezaya mahkumiyet yerine veya cezanın yanı sıra uygulanacak güvenlik tedbirinin belirlenmesi.
  - d) Cezanın ertelenmesine, hapis cezasının adli para cezasına veya tedbirlerden birine çevrilmesine veya ek güvenlik tedbirlerinin uygulanmasına veya bu hususlara ilişkin istemlerin kabul veya reddine ait dayanaklar.
- 2) Beraat hükmünün gereçesinde, 223 üncü maddenin ikinci fıkrasında belirtilen hallerden hangisine dayanıldığıın gösterilmesi gerekir.
  - 3) Ceza verilmesine yer olmadığına dair kararın gereçesinde, 223 üncü maddenin üçüncü ve dördüncü fıkralarında belirtilen hallerden hangisine dayanıldığıın gösterilmesi gerekir.
  - 4) Yukarıdaki fıkralarda belirtilen hükümlerin dışında başka bir karar veya hükmün verilmesi halinde bunun nedenleri gereçede gösterilir.”

CMK 230. maddesi gereği gereçeli kararda savcının esas hakkındaki görüşleri de belirtilmek zorundadır. Bu ilke Yargıtay kararlarına da konu olmuştur. Yargıtay’a göre; savcının esas hakkındaki görüşünün gereçeli kararda belirtilmemiş olması bozma nedenidir.<sup>133</sup>

Önemli bir nokta da gereçelerin geçerli yasalar temelinde yapılmış olmasıdır. *De Moor v. Belçika* davasında, Baronun başvuru-cuyu, bütün kariyerini Baro dışında yapması gereçesiyle, stajyer avukatlığa kabul etme-

<sup>127</sup> Yargıtay 9. CD 05.10.1984 1835/2346 (Öztürk, s. 460).

<sup>128</sup> G. Birleşik v. Krallık, 35 DR 75.

<sup>129</sup> Mole, a.g.e., s. 47-48.

<sup>130</sup> Osman Arslan, a.g.m.

<sup>131</sup> Van de Hurk v. Hollanda, 19 Nisan 1994, 61. paragraf (Mole, a.g.e., s. 42).

<sup>132</sup> Mole, a.g.e., s. 42

<sup>133</sup> Yargıtay 6. Ceza Dairesi, E: 2005/10185, K: 2005/7672, 19.09.2005 (Kazancı).

mesini, gerekçenin yasal açıdan geçerli olmaması nedeniyle ihlal kabul etmiştir.<sup>134</sup>

Gerekçeli kararda her şeyden önce taraflar arasındaki uyuşmazlık tespit edilmeli, bunun hukuki niteliği belirlenip, uyuşmazlığa uygulanacak hukuk kurallarına yer verilmesi, konu hakkında yerleşik içtihatlarla ve doktrine atıfta bulunulması gerekmektedir. Nihayet, uyuşmazlık ve deliller bu verilerin ışığında değerlendirilerek en küçük bir şüpheye dahi mahal verilmeyecek şekilde nihai karar verilmelidir. Yargıtay'a göre; mahkeme kararlarında iddia, savunma, sanığın yararına ve sanığa karşı olan bütün deliller, sabit kabul edilen olaylar ve suçun kanuni unsurlarının nasıl oluştuğu açıklanıp tartışılmalıdır.<sup>135</sup> Yargıtay başka bir kararında; bir karar bozulmakla tamamen ortadan kalkacağından, yerel mahkemece yeniden hüküm kurulmasını ve gerekçenin gösterilmesini zorunlu görmektedir.<sup>136</sup>

Doktrinde de işaret edildiği üzere, sıfır gerekçe, görünürde gerekçe, yetersiz gerekçe, savunmanın anlamsız kılınması şeklindeki gerekçe, form biçiminde gerekçe, formül onama, gerekçesiz karar demektir. Gerekçe akla, hukuka, dosyadaki olaya uygun olmalıdır. Matbu gerekçe kabul olunamaz. Yargıtay Genel Kurulu kararlarında gerekçenin nasıl özellikler taşıması gerektiği ayrıntılı biçimde açıklanmıştır.<sup>137</sup>

AİHM gerekçeyi zorunlu görmekle birlikte bir mahkemenin bütün sorulara cevap vermesinin gerekmediği yönünde içtihat geliştirmiştir.<sup>138</sup>

Yargıtay'ın açık kararlarına rağmen ilk derece mahkemelerinde bu hususa genelde dikkat edilmemekte, mahkeme kararları matbu formlarda ve kısaca gerekçelendirilmektedir.

<sup>134</sup> De Moor v. Belçika, 23.06.1994, Seri A, No. 292-A; 18 E.H.R.R. 372. Reid, a.g.e., s. 140.

<sup>135</sup> Yargıtay 6. Ceza Dairesi, E: 2003/17521, K: 2005/10066, 14.11.2005 (Kazancı).

<sup>136</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 2005/6-86, K:2005/113, 11.10.2005.

<sup>137</sup> Yenisey, a.g.e., s. 109.

<sup>138</sup> Reid, a.g.e., s. 138.

## h. Yargı Kararlarının Uygulanmasını Talep Hakkı

Bu hak da AİHM içtihatlarında ortaya konulmuştur. Yargı kararlarının uygulanmasındaki gecikmenin makuliyeti; ancak özel koşullarda ve adil yargılanma hakkının özünü ihlal etmemek şartıyla söz konusu olabilir.<sup>139</sup>

Anayasanın 138/4. maddesinde de açıkça zikredilmiş olan bu hakka göre; "Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez."

Makul olmayan nedenlerle kararın uygulanması geciktiriliyorsa adil yargılanma hakkının ihlalinden bahsedilebilecektir.

## SONUÇ

Adil yargılanma hakkının ilkelerini incelediğimiz bu çalışmamızda da gördük ki hukuk devleti olmanın olmazsa olmaz ilkesi olan bu hak, yargılama sürecinin belirli ilkelere bağlanması gerektiğini ortaya koymaktadır.

Gerçekten de ortada adil olmayan bir yargılama varsa oradan çıkacak hüküm de baştan itibaren adil olmayacaktır. Adil bir hüküm için öncelikle hüküm sürecinin hukuk dışılıklardan temizlenmesi gerekmektedir. Adil yargılanma başlığıyla incelediğimiz kurallar ne kadar işlevsel kılınırsa adil bir hükme ulaşma yolunda o kadar hızlı ilerlendiği görülecektir.

## Kaynakça

A. Şeref Gözübüyük, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, 6. Baskı, "S" Yayınları, Ankara 1990.

Ali İzzet Begoviç, *Doğu ve Batı Arasında İslam*, çev.: Salih Şaban, Nehir Yayınları, İstanbul, Kasım 2003.

Billur Yatlı Soydan, *Vergi Yükümlüsünün Hakları*, Beta Basım Yayın, İstanbul 2006.

Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, 11. baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005.

<sup>139</sup> Soydan, a.g.e., s. 149.

- F. Christian Schroeder, "Dürüst Yargılama İlkesi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, çev.: Cumhur Şahin, cilt V, Konya 1996.
- Feridun Yenisey-Süheyl Batum-Celal Erkut-Sibel İnceoğlu, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Adil Yargılanma İlkesi Işığında Hukuk Devleti ve Yargı Reformu*, TÜSİAD, İstanbul 2003.
- Feyyaz Gölcüklü-Şeref Gözübüyük, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, Ankara 1994.
- İsmet Sungurbey, "Hak Nedir?", der.: Hayrettin Ökçesiz, *Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri*, Alkım Yayınları, İstanbul 1997.
- Karen Reid, *Adil Bir Yargılamanın Güvenceleri*, çev.: Bahar Öcal Düzgören, Scala Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2000.
- Kemal Oğuzman, *Medeni Hukuk Dersleri*, 7. baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994.
- Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Belgeleri*, 2. baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul, Ekim 2000.
- Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, 5. baskı, Legal, İstanbul, Ekim 2005.
- Necip Bilge, *Hukuk Başlangıcı*, 7. baskı, Turhan Kitapevi, Ankara 1990.
- Nuala Mole-Catharina Harby, *Adil Yargılanma Hakkı*, Council of Europe, Almanya, Ekim 2001.
- Nur Centel-Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Basım Yayın, İstanbul, Kasım 2006.
- Osman Arslan, "Adil Yargılanma Hakkı", [http://www.yargitay.gov.tr/basin/faaliyetler/diger\\_faaliyetler/kirikkale\\_uni.htm](http://www.yargitay.gov.tr/basin/faaliyetler/diger_faaliyetler/kirikkale_uni.htm).erişim, 13.03.2006.
- Sibel İnceoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, 1. baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul 2002.
- Sibel İnceoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, 2. baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul 2005.
- Süheyl Donay, *İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.







# Amerikan Anayasa Mahkemesi

İbrahim Hakkı BEYAZIT



## GİRİŞ

**D**evlet, bilimsel tanımıyla, ülkeyi ve ulusu kapsayan bir insanlık ve hukuk kurumudur. Anayasa devletin yükümlülüklerini, yapısını belirleyen, yurttaşların hak ve özgürlüklerini güvenceye bağlayan temel hukuk belgesidir.<sup>1</sup> Bu tanım daha çok yazılı anayasaları kapsamakla beraber, en bilinen örneği İngiltere anayasası olan yazısız anayasalar da vardır. Yazısız anayasalar tamamı yazılı belgelerden değil, kimisi tamamen teamül kimisi ise çeşitli kanunlarda, bildirilerde, fermanlarda yer alan kurallardan oluşur. Örneğin İngiltere Kraliçesinin kendisine gönderilen kanunları geri göndermemesi teamüli anayasa kuralı iken, 1215 tarihli Magna Carta'daki bazı hükümler yazılı anayasa kuralına örnek gösterilebilir.<sup>2</sup>

Bunlar dışında anayasalar, anayasa hukukunda maddi ve şekli bakımdan da tanımlanmaktadır. Maddi anlamda anayasa, anayasanın içerik itibarıyla tanımlanmasıdır. Buna göre devletin şeklini, hükümet biçimini, devlet organlarının yetkilerini, bireylerin haklarını düzenleyen kuralların tümü maddi anlamda anayasayı oluştururlar. Anayasa şekli anlamda ise normlar hiyerarşisinde kanunların üstünde yer alan ve kanunlardan daha zor değiştirilebilen metinler olarak tanımlanabilir.<sup>3</sup> Şekli anlamda anayasa tanımından ilk anlaşılacak şudur ki; anayasalar kanunlardan üstündür ve değiştirilmeleri kanunlardan daha zordur.

Bir başka açıdan anayasalar yumuşak ve katı anayasalar olarak tanımlanabilir. Yumuşak anayasalar kanunlarla aynı usulde değiştirilen anayasalardır. Bu anayasalarda ya bu şekilde bir hüküm vardır ya da hiçbir düzenleme yoktur ve bu nedenle kanunlarla aynı usule tabidirler. Yazısız anayasalar nitelikleri gereği yumuşaktırlar. Zira şekli anlamda anayasa ölçütü bunlarda geçerli değildir. Bazı yazılı anayasalar da yumuşaktır. Örneğin 1975 Çin Anayasası. Katı anayasalar ise kanunlardan farklı ve daha zor usullerle değiştirilebilen anayasalardır. Yazılı anayasalar istisnalar dışında katıdır.<sup>4</sup>

Anayasaların yazılı-yazısız, yumuşak-katı olmaları ileride ayrıntılı olarak incelenecek olan anayasa yargılamasında önemli rol oynayacaktır.

## ANAYASA YARGISI

### a. Genel Olarak

Geniş anlamda anayasa yargısı, doğrudan doğruya anayasaya uyulmasını sağlamak amacıyla güden her türlü yargı işlemi veya anayasa hukuku sorunlarının yargısal usuller içerisinde bir karara bağlanması sürecini ifade eder. Dar anlamda ise, anayasa yargısından, kanunların ve diğer bazı yasama işlemlerinin anayasaya uygunluğunun yargısal merciler tarafından denetimi anlaşılır.<sup>5</sup> Dolayısıyla anayasanın siyasal organlarca denetimini öngören sistemler için anayasa yargısı söz konusu

<sup>1</sup> Yekta Güngör Özden, TC Anayasası, s. 3.

<sup>2</sup> Kemal Gözler, *Anayasa Hukukuna Giriş*, 7. bası, s. 15.

<sup>3</sup> Gözler, a.g.e., s. 21.

<sup>4</sup> Gözler, a.g.e., s. 16.

<sup>5</sup> Metin Kıratlı, *Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi: İtiraz Yolu*, A.Ü.S.B.F Yayını, s. 15-19. Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 6. bası, s. 367'den Naklen.

değildir. Zaten anayasanın yargısal denetimi zaman içerisinde siyasal denetime üstünlük sağlayarak gelişebilmiştir.

Yukarıda değinildiği gibi anayasa yargısının temel şartı yazılı ve katı bir anayasanın varlığıdır. Zira yazılı olmayan anayasaya aykırılığın denetimi için ölçü norm bulunmaz. Yumuşak anayasalarda ise anayasaya aykırılık gündeme gelmez çünkü aykırı görülebilecek hükümler esasen anayasa değişikliği teşkil eder.

Kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi iki farklı şekilde yapılabilir. Ya genel mahkemeler bu denetimi yapar ya da özel bir mahkeme kurularak anayasa yargısı için görevlendirilir. Genel mahkemelerin anayasa yargısını da yaptığı sistem Amerikan Modeli olarak da adlandırılır. Detayları ileride incelenecek olan bu sistemde denetimi yapan organ sadece anayasa yargısı ile görevlendirilmiş olmayıp genel mahkeme statüsündedir. Örneğin Supreme Court, her ne kadar anayasada açıkça yer almasa da, anayasa yargılamasını yapmaktadır. Fakat aslında bu mahkeme anayasa mahkemesi olmayıp bazı davalar için ilk derece, bazı davalar içinse temyiz mahkemesi niteliğinde genel bir mahkemedir. Ülkemiz gibi bazı ülkelerde ise anayasa yargılaması için görevlendirilmiş özel mahkemeler vardır. Bu mahkemeler sadece anayasa yargılaması ve görev alanlarına giren sınırlı sayıda işleri yapmaktadırlar. Geçmişleri çok eski olmayan bu özel mahkemeler, bugün özellikle Avrupa kıtasında yaygınlaşmışlardır.

## b. Tarihi Süreç

Anayasa yargısının çok uzun bir geçmişi olduğu söylenemez. Bazı eserlerde anayasa yargısının ilk defa Amerika Birleşik Devletleri'nde ortaya çıktığı belirtilse de<sup>6</sup> bunu en ses getiren örnek olarak anlamak daha doğru olur. Zira çok daha önce, ilginç olarak İngiltere'de,<sup>7</sup> 1612 tarihli Dr. Bonham's Case kara-

rında Yargıç Edward Coke, Parlamento ve Kral tarafından yapılan kanunların, mahkemelerce yıllar boyunca verilen gelen kararlardan oluşan ortak hukuka [common law] aykırı olmaması gerektiğini ileri sürmüştür. Yargıç Coke anılan kararında, yasama organınca yapılan bir kanunun, ortak hukuktan kaynaklanan haklara ve ilkelere aykırı olması durumunda, geçersizliğine hükmolunacağına işaret etmekteydi ve böylece kanunların üst bir kurala uygunluğunun yargı organları tarafından denetlenmesi düşüncesinin tohumlarını atmaktaydı.<sup>8</sup> Şüphesiz ki bu karar anayasa yargısının tarihi açısından çok önemlidir ve hatta ilk taşıdır. Ancak şu gerçeği de unutmamak gerekir ki, yazılı bir anayasası olmayan İngiltere'de anayasa yargısı hiçbir zaman kabul edilmemiştir. İngiltere'de 1700'lerde bir yargıcın belirttiği gibi, "Parlamentonun bir kanunu, bazen oldukça acayip görünebilecek sonuçlar doğursa da hiçbir zaman yanlışlık yapmaz."<sup>9</sup> Nitekim Yargıç Coke, kararında, herhangi bir kanunu geçersiz ilan etmemiş veya ne Krala ne de Parlamento'ya kararın uygulanması yolunda direktifte bulunmamıştır. Sadece ortak hukuk kurallarının, iktidarın yetkilerine bir sınır oluşturduğu prensibini ortaya koymuştur.<sup>10</sup>

Bu istisnai karar dışında anayasa yargısının ilk örneklerini Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi kararlarında bulmak mümkündür. Gerçekten Marbury v. Madison Davasına gelene kadar Yüksek Mahkemenin birçok kararında bunlara rastlanmaktadır. 1793 tarihli Chisom v. Georgia Davası, 1796 Hylton v. United States Davası, 1800 tarihli Cooper v. Telfair Davası gibi davalarda Yüksek Mahkeme anayasaya uygunluk denetimi yapmıştır.<sup>11</sup> Bu ilk örneklerden sonra, olağan yargı organları tarafından sürdürülen anayasaya uygunluk denetiminin kalıcı bir biçimde uygu-

esasında bu karara ilk anayasa yargısı olarak değil, anayasa yargısının temeli olarak bakılabilir.

<sup>8</sup> Erdal Onar, *Türkiye'de Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi Alanında Öncüler*, Anayasa Yargısı İncelemeleri-1, s. 4.

<sup>9</sup> K. Hall, *The Supreme Court and Judicial Review in American History*, s. 2. Aysun Usresler, *Amerika Birleşik Devletlerinde Yargıçlar Hükümeti*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, s. 4'den naklen.

<sup>10</sup> Usresler, a.g.e., s. 4.

<sup>11</sup> Onar, a.g.m., dipnot 7.

<sup>6</sup> Özbudun, a.g.e., s. 368. Hocamız 1803 tarihli Marbury v. Madison Davasını ilk anayasa yargısı olarak değerlendirmektedir.

<sup>7</sup> İlk bakışta anayasa yargısının İngiltere'de ortaya çıkması paradoks olarak görülebilir. Zira daha önce belirtildiği gibi anayasa yargılamasının temel şartı yazılı anayasa olmasıdır. Fakat ileride belirtileceği gibi

lanmaya başlaması, 1803 tarihli Marbury v. Madison Davasında, Yüksek Mahkemenin anayasaya aykırı bulduğu bir kanunu davada uygulamaktan kaçınması ile gerçekleşmiştir.<sup>12</sup> Amerikan Anayasa Mahkemesi konusuna geçmeden önce önemi dolayısıyla bu dava ayrı bir başlık altında incelenecektir.

### c. Marbury v. Madison Davası

John Marshall, 1801 tarihinde Federal Yüksek Mahkeme Başyargıçlığına atanmadan önce, ABD'nin İkinci Başkanı olan Federalist John Adams (1797-1801)'in sekreteriydi. Marshall bu dönemde kendisi de federalist olan William Marbury'nin District of Columbia yargıçlığına atanması kararını yerine getirmekten kaçınmıştır. Marbury daha sonra seçimleri yeni kazanan Demokratik-Cumhuriyetçi Thomas Jefferson'un sekreteri James Madison'dan atama kararını yerine getirmesini talep etmiş, fakat Madison'da kararı yerine getirmekten kaçınmıştır. Bunun üzerine Marbury Yüksek Mahkemeye başvurmuş ve 1789 Judiciary Act'in 13. bölümüne dayanarak Yüksek Mahkemenin, atama kararının yerine getirilmesi için ilgili makamlara, dava mahkemesi sıfatıyla bir emirname kararı almasını talep ediyordu.

Bu arada John Marshall Federal Yüksek Mahkeme Başyargıçlığına atanmıştı ve söz konusu davaya bakacak olan yine kendisiydi. Öncelikle Marshall, Marbury'nin talebine, kazanılmış haklar doktrinine dayanarak hak vermektedir. Ancak Yüksek Mahkeme böyle bir emirname kararı alamazdı. Çünkü Amerikan Anayasasının yasamayı düzenleyen III. Maddesi Yüksek Mahkemenin yetkilerini saymak suretiyle belirlemiştir. 1789 tarihli Judicial Act'in 13. bölümünde belirtilen emirname kararı vermek sınırlı sayıdaki yetkileri aşan bir işlemdir. Yani 1789 tarihli yasa Federal Anayasa ile açıkça çelişmekteydi.<sup>13</sup>

Başyargıç Marshall, anayasa yargısının temeli sayılacak kadar ses getirecek olan kararında şunları belirtmiştir:

"Şu tersi ileri sürülemez kadar açık, ya-lın bir önermedir ki, ya anayasaya aykırı ola-ğan her yasama işlemi (kanun) denetime ta-bi tutulur; ya da, yasama organı anayasayı bayağı bir kanunla değiştirebilir. Bu ikisi ara-sında ortalama bir yol yoktur. Anayasa ya bayağı kanunlar gibi değiştirilemeyen üstün, yüce bir kanundur, ya da yasama organının dilediği zaman değiştirebileceği, bayağı ka-nunlarla eşdeğer ve düzeyde bir kanundur. Bu yollardan birincisi doğru ise, yasama or-ganının anayasaya aykırı bir işlemi kanun değildir; ikinci yol doğru ise, o zaman yazılı anayasalar halkın gerçekte sınırlandırmaya elverişli bulunmayan bir gücü, sınırlandırmak için giriştikleri boş ve anlamsız çabalar-dır. Yazılı anayasa düzenleyen kimselerin hepsi, hiç kuşkusuz anayasanın ülke içinde temel ve üstün bir kanun olması ereğini gütmüş-lerdir ve bundan dolayı da her hükümet sis-teminde bu teoriye göre anayasaya aykırı bir yasama işleminin (bir kanunun) geçersiz ol-ması gerekmiştir."

"... Eğer anayasaya aykırı olan bir yasama iş-lemi geçersiz ise, geçersizliğinden bağımsız olarak mahkemeleri bağlayacak, ona sonuçlar vermeye mahkemeleri zorlayacak mıdır? Veya bir kanun olmamasına rağmen, kanun kadar etkili bir kural mıdır? Bunu kabul etmek teori-de kabul edilen şeyi pratikte tersine çevirmek demektir."<sup>14</sup>

Özetle, Başyargıç Marshall akıllıca bir kıyas yaparak kolay bir ölçüt koymuştur: Üst normu ihlal eden alt norm uygulanmaz.

## AMERİKAN ANAYASA MAHKEMESİ [SUPREME COURT]

### a. Genel Olarak

Her şeyden önce şu husus belirtilmelidir ki; Amerikan Modeli anayasa yargısında, anayasaya uygunluk denetimi genel mahkemeler tarafından yapılır. Bu nedenle Amerikan Anayasa Mahkemesi kavramı, kurum olarak mevcut değildir. Zaten anayasada bu hususta hiçbir hüküm de yoktur. Fakat gerek yerel mahkemelerin kararlarının temyizi yoluyla ve gerekse Federal Yüksek Mahkemenin [Supreme Court] ilk derece mahkemesi olarak baktığı davalarda, Yüksek Mahkeme

<sup>12</sup> Onar, a.g.m., s. 5.

<sup>13</sup> Usresler, a.g.e., s. 12 vd.

<sup>14</sup> Gözler, a.g.e., s. 21.

aynı zamanda Anayasa Mahkemesi sıfatını da haizdir. Esasen günümüzde Yüksek Mahkemenin bu denli saygın olmasının temelinde de anayasa yargılaması yapması yetkisi yatmaktadır. Gerçekten de kurulduğu dönemde hiç de itibarlı sayılmayan Mahkeme, ayrıntılarını yukarıda işlediğimiz, Başyargıç Marshall dönemindeki Marbury v. Madison davasından sonra, oldukça tartışılmasına rağmen, epey önemsenmiştir. Örneğin Mahkemenin kurulmasından iki yıl sonra, 1791 de, ilk üyelerden John Rutledge doğduğu eyalet olan Güney Carolina'da başyargıç olmak üzere istifa etmiştir. Dört yıl sonra Yüksek Mahkemenin ilk başkanı olan John Jay, doğduğu eyalet olan New York'a vali olmak için görevinden ayrılmıştır. 1800 yılında Başkan John Adams, Jay'den geri dönmesini istemiş ve kendisini tekrar aday göstermiştir. Jay, Yüksek Mahkemenin "enerjisi, ağırlığı ve itibarı" olmadığı gerekçesiyle teklifi geri çevirmiştir. Gerçekten de Yüksek Mahkemenin kurulmasından sonraki ilk on yıl içinde (1790-1800), Yüksek Mahkemede görev yapmak üzere atanan ilk on iki yargıçtan beşi istifa ederken aday gösterilen üç kişi (1800 de Jay'in tekrar aday gösterilmesi dahil) Yüksek Mahkemeye atanmayı veya başkanlığa terfi ettirilmeyi kabul etmemiştir. İstifa eden veya teklifleri geri çevirenlerin bir veya ikisi kişisel nedenlerle hareket etmişse de birçoğu Jay'in belirttiği gibi Mahkemenin "enerjisi, ağırlığı ve itibarı" olmadığı yolundaki görüş birliğini yansıtmıştır.

Yüksek Mahkemenin nüfuzunun artmaya başlamasından sonra bu görüş kısa süre içerisinde değişmiştir. Mahkemenin Marbury v. Madison davasında verdiği "anayasaya uygunluk incelemesi" kurumunu oluşturan 1803'teki tarihi kararı ve Mahkemenin o tarihten bu yana yasama ve yürütme erklerine karşı bağımsızlığını koruma kabiliyeti, Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi'ne Amerikan Hukuk Sistemi ve Politikasında büyük itibar ve ağırlık kazandırmıştır.<sup>15</sup>

<sup>15</sup> Robert S. Barker; "Şerefim Üzerine Yemin Ederim", e- Journal USA, *Demokrasi İle İlgili Meseleler*, ABD Dışişleri Bakanlığı, C. X, S. 1, s. 14, (Çevrimiçi). [http://turkish.turkey.usembassy.gov/uploads/images/1nx2u3i7\\_K8CjyXMf1a3bw/Supreme\\_Court.pdf](http://turkish.turkey.usembassy.gov/uploads/images/1nx2u3i7_K8CjyXMf1a3bw/Supreme_Court.pdf)

## b. Anayasal Düzenleme

Amerika Birleşik Devletleri Anayasasının yargıyı düzenleyen 3. maddesi, yargı yetkisini, bir Yüksek Mahkeme ile Kongrenin gerektiğinde zaman zaman kurdurabileceği ikinci derecedeki mahkemelere vermiştir. Hem Yüksek Mahkemenin hem de ikinci derecedeki mahkemelerin yargıçları, iyi davrandıkları sürece makamlarını muhafaza ederler ve hizmetleri karşılığında ve belirli zamanlarda, görev süreleri içinde azaltılmayan bir tazminat alırlar.

Aynı madde yargı organının yetkilerini belirtmiştir. Buna göre:

"Anayasanın, Birleşik Devletler yasalarının, yapılmış ya da yapılacak anlaşmaların hükümlerine dayanarak açılacak tüm hukuk ve eşitlik davalarını; elçiler, diğer dış temsilciler ve konsoloslarla ilgili tüm davaları, amirallik ve deniz hukuku ile ilgili tüm davaları, Birleşik Devletlerin taraf olacağı anlaşmazlıkları, iki veya daha fazla federe devlet arasında, bir federe devlet ile başka bir federe devletin vatandaşları arasında, ayrı federe devletin vatandaşları arasında, çeşitli federe devletlerin verdiği imtiyazlar nedeniyle topraklarda hak iddia eden aynı devletin vatandaşları ile bir federe devlet veya bu devletin vatandaşları ile yabancı devletler, onların vatandaşları ya da uyrukları arasında çıkacak anlaşmazlıkları kapsar."

Yüksek Mahkemenin hangi hallerde ilk derece mahkemesi, hangi hallerde temyiz mahkemesi olacağı konusu da anayasada belirtilmiştir. Buna göre: Elçiler, konsoloslar ve diğer dış temsilcilerle bir devletin taraf olacağı tüm davalarda Yüksek Mahkeme tabii yargı organıdır. Yukarıda sayılan bütün diğer anlaşmazlıklarda, Kongre'nin tespit edeceği kurallara ve istisnalara uymak koşuluyla, yüksek mahkeme hukuki ve fiili olarak temyiz mahkemesi durumundadır.<sup>16</sup>

## c. Yargıçlar

Anayasanın yürütmeyi düzenleyen 2. maddesinin 2. kısmının ikinci paragrafına göre; Yüksek Mahkemenin yargıçları, Başkan

<sup>16</sup> Amerika Birleşik Devletleri Anayasası için bkz.: Yaşar Gürbüz, *Anayasalar*.

tarafından aday gösterilir ve Senatonun tavsiye ve onayıyla göreve başlarlar. Mahkemede boşalma olması halinde Başkan yine Senatonun tavsiye ve onayıyla yeni yargıçları atar. Senatonun tavsiye ve onayı ile ilgili anayasada herhangi bir kriter olmadığından her senatör tamamen kendi takdiri çerçevesinde kabul veya ret oyu verebilir. Yine yargıçların niteliklerinin ne olacağına dair herhangi bir düzenleme de yoktur. Fakat istisnasız bir biçimde şimdiye kadar ki yargıçlar hep hukukçudur.

Mahkeme dokuz yargıçtan oluşur. Bu sayı anayasada belirtilmemiştir. Nitekim zaman zaman bu sayıda değişiklikler de yapılmıştır. Kongre federal yasa ile bu sayıda değişiklik yapabilmektedir. Mahkeme kurulduğunda 6 yargıçla çalışmakta idi fakat 1879'dan beri Mahkeme dokuz yargıçtan oluşmaktadır.<sup>17</sup> Anayasanın 3. maddesinin 1. kısmında belirtildiği üzere, yargıçlar iyi hal göstermek şartıyla hayatlarının sonuna kadar makamlarını muhafaza ederler. Yargıçların emekliliklerini isteyebilmeleri için on yıl görev yapmaları ve yetmiş yaşını doldurmaları gerekir. Hayat boyu görevde kalma güvencesinin istisnası "Impeachment" denilen dava ile mahkûm olmaları halidir. Impeachment davası, yargıcın Temsilciler Meclisince suçlanması ve Senatonun üçte iki çoğunluğunun kararıyla mahkûm edilmesi şeklinde gerçekleşir. Bu usul ABD Anayasasının 3. maddesinin 2. kısmında belirtilen şekilde yapılan genel yargılamaların istisnasıdır. Bilindiği üzere ABD'de yargılamalar jüri önünde ve suçun işlendiği federe devletin sınırları içinde yapılır. Oysa Impeachment davalarında jüri yoktur ve yargılamayı Kongre (Temsilciler Meclisi suçlar, Senato mahkûm eder) yapar. ABD tarihinde 1796-1811 yılları arasında Yüksek Mahkemede görev yapan yargıç Samuel Chase dışında bu usul hiç uygulanmamıştır. Yargıç Samuel Chase de Temsilciler Meclisi tarafından suçlanmasına rağmen Senatoda beraat etmiştir.<sup>18</sup>

#### d. Çalışma Usulü

Mahkeme, usulüne göre önüne getirilen davaları inceler. Yani re'sen harekete geçemez. Anayasanın 3. maddesinin 2. kısmının 2. paragrafında belirtilen haller dışında, mahkeme temyiz merciidir. Ancak Mahkemenin kuruluşundan bu yana iş yükünün giderek artması ve temyiz başvurularıyla baş edemez hale gelmesi nedeniyle, Kongre hangi başvuruların kabul edilip hangilerinin kabul edilmeyeceğini belirleme yetkisini tamamen Mahkemeye vermiştir. Mahkeme sadece kamuoyunun büyük bölümünü ilgilendiren veya hükümetin çıkarlarına ilişkin ilkelerin söz konusu olduğu "ciddi ve önemli" dosyaları kabul etmektedir. Bu da başvuruların yaklaşık %4'ünün kabul edildiği anlamına gelmektedir. Şu halde kural olarak davalar aradaki federal veya eyalet mahkemelerinde kesinleşmekte çok önemli davalar ise Yüksek Mahkemeye kabul edilmektedir.<sup>19</sup>

Yüksek Mahkeme iki hafta aralıksız toplanır ve çalışır. Haftalık çalışma pazartesten Perşembe gününe kadar sürer. Cuma günü Yüksek Mahkeme yargıçları özel bir kurul toplantısı yapar, daha önce diledikleri dava konularını tartışır ve oylarlar. Bundan sonra görüşlerini yazmak için toplantılara iki hafta ara verilir.<sup>20</sup>

Kararlar oyçokluğu ile verilir ve her yargıcın tek ve eşit oy hakkı vardır.

#### e. Kanunların Denetimini Sağlayan Yollar

Amerika Birleşik Devletleri'nde kanunların yargısal denetimi üç şekilde olmaktadır. Bunlar: Defi, Yargısal Emir ve Tespit Kararlarıdır. Bu denetim yolları sadece Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi [Supreme Court] için olmayıp bütün ilk derece ve son derece mahkemeleri için geçerlidir.

<sup>17</sup> Başkan Roosevelt döneminde yargıç sayıları değiştirilmiş olmakla birlikte bu durum geçici ve istisnai bir uygulamadır.

<sup>18</sup> Figen Samuray, Amerikan Modeli Anayasa Yargısı ve Örnek Olay: Marbury v. Madison, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 23 vd.

<sup>19</sup> Barker, a.g.m., s. 19.

<sup>20</sup> G. White Edward; *The American Judicial Tradition*, s. 200-210. Samuray, a.g.e., s. 27'den naklen.

### 1. Defi Yoluyla Denetim [Exceptio]

ABD’de kanunların defi yoluyla denetimi Marbury v. Madison davasının sonucu olarak içtihat yoluyla açılmıştır. Defi yoluyla denetimde, bir davanın taraflarından birisi, kendisi aleyhine sonuç doğurması ihtimali olan bir konunun anayasaya aykırılığını ileri sürer. Bu halde Mahkeme anayasaya aykırılık kararı alırsa bu karar sadece o dava için söz konusu olur.<sup>21</sup> Yani kanun yürürlükten kalkmaz fakat o dava açısından uygulama imkânı kalmaz. Fakat itiraz konusu kanun Federal bir kanun ise ve kanun yollarından geçerek Federal Yüksek Mahkemeye gelip de, anayasaya aykırılığı saptanırsa bu karar alt mahkemeleri de bağlar.

Daha önce belirtildiği gibi Amerikan Modeli anayasa yargısında, denetim genel mahkemelerin yetkisinde olduğu için, anayasaya aykırılık iddiası halinde mahkeme bunu bekletici mesele yapmaz, ön sorun olarak ele alıp inceler. Zira her mahkeme sorunu incelemeye yetkilidir. Sorunu çözen mahkeme davaya kaldığı yerden devam eder.

Temyiz yolu ile denetim Federal Hukuk alanında olabilir. Federal Hukuk dışındaki konularda, her federe devlet mahkemeleri kendi anayasalarına aykırılığı kesin karara bağlamaktadır.<sup>22</sup>

### 2. Yargısal Emir Yoluyla Denetim [Injunction]

Bu yolda kişi, kendisine uygulanma ihtimali bulunan ve bu yasa kendisine uygulandığı takdirde sonradan giderilmesi imkânsız zararlar doğuracak olan yasa hakkında mahkemeye başvurabilir. Injunction iki şekilde oluşur;

- Mahkemeler, kişiye bir şeyi yapmaktan kaçınmasını söyler. Buna “Restrictive Injunction” yani olumsuz emir denir.
- Ya da mahkemeler kişiye bir mesele dâhilinde bir şeyi gerçekleştirmesini emreder. Buna “Mandatory Injunction” yani olumlu emir denir.<sup>23</sup>

<sup>21</sup> Samuray, a.g.e., s. 28.

<sup>22</sup> Samuray, a.g.e., s. 31.

<sup>23</sup> Roger Scruton, *A. Dictionary of Political Thoughts*, s. 225. Samuray, a.g.e., s. 32’den naklen.

Injunction usulünde hasarın tamir edilmez, sürekli ve mahkemenin kararıyla son bulabilecek nitelikte olması gerekmektedir. Ayrıca yargısal emirleri sadece üç hâkimli mahkemeler verebilmektedir. Çalışma haklarında en çok başvuru usuldür.<sup>24</sup>

### 3. Tespit Kararları [Declaratory Judgements]

Bu denetim usulü önleyici niteliktedir. Kişilerin olaylardaki durumlarını, konumlarını, haklarının sınırlarını tespit edemedikleri halde mahkemeye başvurarak kendi hak ve yükümlülüklerini tespit ettirmeleri usulüdür. Mahkeme böyle bir talep halinde durumu belirledikten sonra kararını açıklar/deklare eder. Bu karar ileride ortaya çıkacak muhtemel anlaşmazlıkları önlemeyi amaçlar. Bu usulün özelliği diğer usullerden daha seri olmasıdır.<sup>25</sup>

## DEĞERLENDİRME

Anayasa yargısı, Anayasa Hukukunda son derece önemli bir yere sahiptir. Ortaya çıkışı çok eskilere dayanmasa da, bu kısa süre içinde önemi kavranmış ve Hukuk Devleti açısından gerekliliği tartışmasız kabul edilir hale gelmiştir.

Bununla beraber anayasa yargısı kurumu, ister Amerikan Modeli ister Avrupa Modeli olsun, bir nevi yasama organının kontrol edilmesi anlamını da taşımaktadır. Şüphesiz kanunların anayasaya uygunluğunun bağımsız mahkemelerce denetlenebilmesi Hukuk Devletinde güvence teşkil etmektedir. Fakat bu durum denetimin meşruiyeti sorununu da beraberinde getirmektedir.

Meşruiyet sorunu iki açıdan değerlendirilmelidir.

*Birincisi*, millet iradesinin tecelli ettiği yasama meclislerinin iradelerin üstün sayılması gerekliliği öngörüsünden kaynaklanır. Gerçekte yargı organları temsil esasına göre oluşmayan organlardır. Seçilmiş millet temsil-

<sup>24</sup> Samuray, a.g.e., s. 32.

<sup>25</sup> Samuray, a.g.e., s. 34.

cilerinin iradelerinin atanmış organlarca etkisiz hale getirilmesi tarihsel süreçte hiçte alışılmadık bir durum değildir. Şu halde denetimin meşruluğunun gündeme gelmesi kaçınılmaz olmaktadır. Bu soruna çözüm olarak, mahkemelerin oluşumunun da millet iradesinden kaynaklandığı ileri sürülebilir. Gerçekten mahkemeler temelini anayasalardan ve kanunlardan almakla, esasen millet iradesinden kaynaklanmaktadır. Yine milletin temsilcilerinden kasıt aslında çoğunluğu temsil edenlerdir. Çünkü iktidar, milletin müşterek iradesinin değil çoğunluğun iradesinin yansımasıdır. Bu nedenle, bu iradenin sınırlandırılması görüşü çoğunluk diktatörlüğüne yol açar. Sınırlandırmanın yine seçilmişlerce yapılması ise çoğunluk iradesinin reddedilmesi anlamına gelecektir. İşte bu paradoksal durumdan çıkış yolu ancak meşru fakat siyasi olmayan bir organca denetleme yapılabilmesidir. Bu da bağımsız yargının varlığını zorunlu kılmaktadır.

*İkincisi*, mahkemelerin bu denetimi yaparken ölçü norm olarak neleri dikkate almaları gerekliliğidir. Son derece önemli olan bu sorun gerek Amerikan Modeli gerekse Avrupa Modeli anayasa yargısında ciddi bunalımlara yol açmaktadır. Örneğin 1929 ekonomik bunalımından sonra, halka büyük istihdam alanları yaratılacağı, milli gelirin yükseltileceği, işsizlik sorununun çözüleceği gibi vaatler vererek seçilen Başkan Franklin Delano Roosevelt'in yaptığı büyük projeler ve yarattığı iş alanları "devletçilik" anlayışının ürünü olduğu gerekçesiyle Yüksek Mahkemece iptal edilmiştir. Mahkeme, gerekçe olarak Amerika Birleşik Devletleri'nin liberal yapısına vurgu yapmış ve projelerin bunlara uygun olması gerekliliğini belirtmiştir. Daha sonra bu projeler değiştirilerek uygunluk sağlanmaya çalışılmışsa da, Mahkeme geçit vermemiştir. Ancak Başkan Roosevelt Mahkemenin yapısında bazı arızı değişiklikler yaparak kısmen de olsa bu durumu atlatabilmiştir. Ancak Mahkemenin bu tutumu ilk önce ABD'de günümüzde ise tüm dünyada tartışılmaya başlanan bir kavram ortaya çıkarmıştır; "Adli Eylemcilik".

Adli eylemcilik [Judicial activism] yargıçların kamu politikalarını etkilemek için baktıkları davalarda hukuk kurallarının dışına çıkarak kişisel politik görüşlerine dayanan karar

verme isteklerini ifade eder.<sup>26</sup> Yüksek mahkemenin başlattığı bu dalga günümüzde de devam etmektedir. Özellikle kıta Avrupasında, yüksek mahkemelerin insan hak ve özgürlüklerinin genişletilmesi ve güçlendirilmesi yönünde bir eylemcilik sergilemeleri dolayısıyla son dönemde bu durumun desteklendiği görülmektedir. Ancak kanaatimizce bu kurumun ideal hukuk açısından asla benimsememesi gerekir. Zira bu kavramın bazı ülkelerde hukukun gelişmesi ve yaygınlaşmasına ket vuran ve "yargıçlar hükümetine" yol açan bir mayın tarlasından farksız olduğu tartışmasıdır.<sup>27</sup>

Son olarak, Amerikan Anayasa Mahkemesinin gerçekten son derece saygın bir konuma sahip olduğunu belirtmek gerekir. Bu, hem toplum nezdinde hem de hukuk çevrelerinde rahatlıkla fark edilebilmektedir. Şüphesiz Mahkemenin bu saygınlığının temel nedeni verdiği kararların içeriğinde gizlidir. Gerçekten de bazı kararlarının siyasi olduğu belirtilse de, bu kararlarda dahi Mahkemenin yoğun bir hukuk işçiliği ile adaleti sağlama amacından ayrılmadığı söylenebilir. Kararların niteliğinden başka, saygınlığı oluşturan bir diğer unsur, herhalde, Mahkemenin tüm kadrosunun profesyonel hukukçulardan oluşmasıdır. Bugüne kadar tüm Başkan ve Üyelerin son derece bilgi ve birikime sahip hukukçulardan seçilmesinden başka, örneğin halen görev yapan zabıt kâtibinin hukuk fakültesi mezunu emekli bir tümgeneral olması, yine karar yayımcısının, danışma ve güvenlik sorumlusunun dahi hukuk formasyonuna sahip kişilerden seçilmesi, kurumun saygınlığının yansımalarından dır denilebilir.

<sup>26</sup> Yavuz Atar, "Anayasayı Mahkemededen Kurtarmak" (Çevrimiçi) <http://www.hurfikirler.com/hurfikir.php?name=yazilar&file=article&sid=4788>

<sup>27</sup> Türk Anayasa Yargısı açısından "Adli Eylemcilik" kavramının anlamı için bkz.: Ergun Özbudun; "Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* C. 62, S. 3, s. 257-268.

## Kaynakça

- Aysun Usresler, *Amerika Birleşik Devletlerinde Yargıçlar Hükümeti*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Frankfurt, 1992.
- Erdal Onar, *Türkiye’de Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi Alanında Öncüler, Anayasa Yargısı İncelemeleri-1*, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2006.
- Ergun Özbudun, “Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Ankara 2007.
- Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 6. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Figen Samuray, *Amerikan Modeli Anayasa Yargısı ve Örnek Olay Marbury v. Madison*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1987.
- K. Hall, *The Supreme Court and Judicial Review in American History*, 1985.
- Kemal Gözler, *Anayasa Hukukuna Giriş*, Ekin Kitabevi Yayınları, 7. Bası, Bursa.
- Metin Kıratlı, *Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi: İtiraz Yolu*, A.Ü.S.B.F Yayını.
- Robert S. Barker, “Şerefim Üzerine Yemin Ederim”, e- Journal USA, Demokrasi İle İlgili Meseleler, ABD Dışişleri Bakanlığı, cilt X, sayı 1, Nisan 2005. (Çevrimiçi) [http://turkish.turkey.usembassy.gov/uploads/images/1nx2u3i7\\_K8CjyXMf1a3bw/Supreme\\_Court.pdf](http://turkish.turkey.usembassy.gov/uploads/images/1nx2u3i7_K8CjyXMf1a3bw/Supreme_Court.pdf)
- Yaşar Gürbüz, *Anayasalar*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1981.
- Yavuz Atar, “Anayasayı Mahkemeden Kurtarmak” (Çevrimiçi) <http://www.hurfikirler.com/hurfikir.php?name=yazilar&file=article&sid=4788>
- Yekta Güngör Özden, *TC Anayasası*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005.





# Yargısal Aktivizm ve Yasama Erkinin Gaspı

Şerife Gül ARIMAN



'Bu, kötü bir yargı değil.

Bu, eksik bir yargı değil.

Bu, kesinlikle yargı değil!'

Kurt Tuscholsky

olarak Anayasa Mahkemesi kurmasını, bu Anayasa'nın en radikal özelliği olarak yorumlamışlardır. Anayasa Yargısı, bazı değişikliklerle birlikte 1982 Anayasası'nca da korunmuştur.<sup>3</sup>

1982 Anayasasına göre "Anayasa Mahkemesi kararları kesinlerdir."<sup>4</sup> Kararların kesinliği, o karara karşı kanun yollarına (temyiz, karar düzeltme) başvurulamaması demektir. Ayrıca "kesin hüküm" niteliğindeki bu karar sonucunda, karara konu olan bir uyumsuzluk, aynı taraflarca aynı sebebe dayanarak yeni bir dava konusu yapılamaz.<sup>5</sup>

Anayasa Mahkemesi ve mahkemenin verdiği kesin hüküm niteliğindeki kararlar, zamanla ona yargı organlarının içinde üst bir mahkeme olma özelliği yanında, ayrıcalıklı ve öncelikli bir mevki vermiş ve Anayasa Mahkemesi bir "anayasa organı" olarak tanımlanmaya başlamıştır. Bu durum yasama organı ile yüksek yargı organını karşı karşıya getirmiş ve siyasi konularda yasama organının işlevsiz hale gelmesine sebep olmuştur. Anayasa Mahkemesi zaman zaman müdahaleci kararları ve yorumları ile bir yargı organı olmaktan çıkmış ve adeta kanun koyucu gibi hareket etmiştir.

Müdahaleci yargının diğer bazı demokratik aktörlerin yerlerini sağlamlaştırma şansına zarar verme ihtimali de vardır. Stephen Holmes'un işaret ettiği gibi, anayasa mahkemelerinin müdahaleciliğinin yeni demokrasilerdeki ulusal parlamentoların otorite ve meş-

## GİRİŞ

"Yargısal Aktivizm [Adli Eylemcilik]', "Yasama Erkinin Gaspı", "Yasamanın Kendini Sınırlandırması" özellikle "anayasa yargısı"nın kabul edildiği ülkelerde, yasama ve yargı organları arasındaki sert tartışmalarla birlikte ortaya çıkmış; manalarından ziyade kavgaları ile ün salmış kavramlardır.

Yargısal denetim sistemini kabul eden ülkeler arasında, denetimi yapan mahkemenin niteliği, konunun mahkemeye intikal ettirilişi tarzı ve mahkeme kararının kapsam ve sonuçları bakımından önemli farklar mevcuttur.<sup>1</sup>

Anayasa yargısı yolu ile kanunların anayasaya uygunluk denetiminde ilk uygulamalar Amerika ve Avrupa modellerini oluşturmuştur. Yasaların anayasaya uygunluk denetimine ilişkin kararlar hukuki metinlerinin suskunluğuna rağmen ABD'de Yüksek Mahkeme kararları ile; Avrupa'da ise münhasıran kurulmuş yüksek bir yargı mercii ile sağlanmıştır.<sup>2</sup>

Ülkemizde yasaların anayasaya uygunluk denetiminde Avrupa Modeli benimsenmiş olup, 1961 Anayasası ile Anayasa Mahkemesi kurulmuştur. Türk siyasal sistemini inceleyenler, 1961 Anayasası'nın yasama işlemlerinin yargısal denetimi için özel bir Mahkeme

<sup>1</sup> Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 368.

<sup>2</sup> İbrahim Ö. Kaboğlu, *Anayasa Yargısı*, s. 12, 14.

<sup>3</sup> "Anayasa Mahkemesi Tarihçesi", Anayasa Mahkemesi Resmi Sitesi, <http://www.anayasa.gov.tr/general/icerikler.asp?contID=246&menuID=43&curID=45>.

<sup>4</sup> 1982 Anayasası, madde 153/1.

<sup>5</sup> Özbudun, a.g.e., s. 408.

ruluğunun kurumsallaşmasını baltalama tehlikesi mevcuttur.<sup>6</sup>

Yargı organının yasama organı sınırları içerisinde hareket etmesi, yasama organının da yargı organının son sözünü referans alması kamu vicdanında olumsuz resmedilmektedir.

Bu çalışma, yargısal aktivizm ve yasamanın gaspı kavramlarının müşterek hikâyesini anlatmakta; her iki modelde ve özellikle Türkiye pratiğinde yargısal denetimin yargısal aktivizme dönüşmesi ve denetim araçlarının yasama organları karşısındaki belirleyici gücünü örneklendirmektedir.

## KAVRAMLAR

(a) “Yargısal Aktivizm” ve “Adli Eylemcilik” [Judicial Activism] kavramları birbiriyle örtüşen kavramlar olup, yargının kararlarında müdahaleci ve aktif bir rol üstlenmesi anlamlarına gelmektedir. Yabancı metinlerden adli eylemcilik olarak tercüme edilmiş; hukukçuların Yargısal Aktivizm tercihi ile çeviri hali yaygınlaşmamıştır. Yargısal Aktivizmi, “Adli iktidarın suiistimali” olarak tanımlayanlar<sup>7</sup> olmasına rağmen kavramın ilk ortaya çıkışı ve asıl manası yargıçların mahkeme kararlarını kendi siyasi doğrularının üzerine bina ettikleri süreci anlatmamaktadır. Adli iktidarın suiistimali, ancak Yargısal Aktivizmin bir sonucu olarak kabul edilebilir. Yargısal Aktivizm’de belirleyicilik değil müdahalecilik ön plandadır.

Yargısal Aktivizm yanlıları, özellikle azınlık haklarının temsilcileri, anayasal demokrasinin çoğunluğun egemenliğinden ibaret olmadığına işaret ederek, eylemci yargıçların görevinin iktidardaki siyaset ne olursa olsun azınlıkta kalanları korumak olduğu hususunda ısrarcıdırlar. “Çoğunlukçuluk”un ancak böyle dengede tutulabileceğini, çoğunluğun oy sayılarına güvenerek azınlığın haklarını gasp etmelerinin önlenebileceğini iddia ederler.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> Mustafa Erdoğan, *Anayasa Mahkemesi Önemli midir?*, s. 2.

<sup>7</sup> Alev Alatlı, *Adli Eylemcilik ve Yasama Erkinin Gasbı*, <http://www.alevalatli.com/menu.asp?sayfa=detay&makale=182&v=anayasa&kat=3>.

<sup>8</sup> Alatlı, a.g.m.

“Adli eylemcilik” tanımının mucidi Schlesinger, daha 1947 yılında Amerikan Yüksek Mahkemesini oluşturan dokuz yargıcı incelemiş, mutabık oldukları ve olmadıkları konuları saptamıştı. Buna göre, yargıçlardan dördü siyasi görüşlerini kararlarına yansıtıkları için “eylemci yargıç” kümesindendi.<sup>9</sup>

(b) “Yasama Erkinin Gasbı” ise yargının müdahaleci ve aktif olarak verdiği kararlarla yasamanın önüne geçmesini veya yasamanın hareketlerini kısıtlamasını ifade etmektedir ve böylece belirleyici bir rol üstlenir. Yasama erkinin gasp edilmesinin, adli eylemci ve aktif yargısal hareketlerin bir sonucu olduğunu belirtmek mümkündür. Burada *yasama erkinin gaspı, adli eylemciliğin bir üst basamağını oluşturmaktadır*.

(c) “Yargının Kendini Sınırlandırması” [Judicial Restraint] Yargısal Aktivizmin karşıtı bir kavram olup, yargının yasama çalışmalarına müdahale etmekten imtina etmesini ve mahkemelerin yasamanın uygulamasına paralel kararlar vermesini ifade etmektedir. Yargının kendini sınırlandırması taraftarı olanlar, müdahaleciliğin yasama erkinin gaspı anlamına geldiği gerekçesiyle karşı çıkarlar ve hukuk devletinin ve demokrasinin zaafa düşürüldüğünü, hatta atanmışların seçilmişlere tahakkümünün anayasanın ihlali olduğunu iddia ederler. Yargısal aktivizm muhaliflerinin bir diğer adı da “asılıcılar, köktencililer”dir.

## YARGISAL AKTİVİZM VE YASAMANIN GASPI KAVRAMLARININ ORTAYA ÇIKMASI VE TARİHİ SÜREÇ

### 1. Anayasa Yargısı’nda Avrupa ve Amerika Modelleri

Yargısal denetimin ilk izlerini oldukça eski tarihlerde bulmak mümkündür. İngiltere’de Yargıç Edward Coke, 1612 tarihli Dr. Bonham’s Case kararında, Parlamento ve Kral tarafından yapılan kanunların, mahkemelerde yıllar boyunca verilen kararlardan oluşan ortak

<sup>9</sup> Alatlı, a.g.m.

hukuka [common law] aykırı olmaması gerektiğini ileri sürmüştür.<sup>10</sup>

Daha sonraki yıllarda, Amerika Birleşik Devletleri'nin anayasasının hazırlanması için 25 Mayıs 1787 tarihinde toplanan Konvansiyon'da, bazı üyeler yargısal denetim konusuna eğilmişlerdi. Örneğin, bu Konvansiyon'un kayıtlarında [The Records of the Federal Convention], üyelere Rufus King'in "... Yargıçlar, kanunlar önlerine geldiğinde, anayasaya aykırı görünenlerinin uygulanmasını hiç tereddüt etmeden durduracaklardır"; Elbridge Gerry'nin "... Kanunların uygulanmasında Anayasaya uygunlukları üzerinde karar verme gücüne sahip olduklarından..." dedikleri görülmektedir.<sup>11</sup>

Yargısal denetimin gerekliliği düşüncesinin yanında zamanla bu denetimin nasıl bir sistemle gerçekleştirileceği hususu ile iki farklı model oluşmuştur: Kanunların anayasaya uygunluğunun normal mahkemeler tarafından denetlenmesi Amerikan Modeli anayasa yargısını, bu işle görevlendirilen özel bir mahkeme tarafından denetlenmesi ise Avrupa Modeli anayasa yargısını ortaya çıkarmıştır.

Amerika'da Federal Yüksek Mahkeme, ilk defa ve adeta yeni bir milat olarak 1803 tarihli *Marbury v. Madison* Davasında kanunların Anayasaya uygunluğunun araştırılabileceğine ve Anayasaya aykırı bulunan kanunun uygulanmayacağına karar vermiştir.

Anayasaya aykırı olan kanunu "iptal" değil; 'ihmal' ederek görmezden gelen ve her somut olayda bir üst normu uygulayan Amerikan Modeli'nin işleyişi oldukça basit ve açıktır.

Avustralya, Kanada, Japonya, Norveç, Danimarka ve İsveç gibi ülkelerde Amerikan Modeli benimsenmiştir.

Bir normu uygulayacak olan mahkeme, bu norm ile bu normdan daha üst derecede bulunan bir normun çatıştığı kanısına varırsa, bu çatışmayı, *lex posterior derogat legi*

*inferiori* [üst kanun alt kanunları ilga eder] ilkesine göre çözmektedir.<sup>12</sup>

Avrupa Modelinde ise, kanun ve anayasa arasında bir çatışma ortaya çıktığı zaman, sorun özel bir mahkemeye; Anayasa Mahkemesi'ne devredilmektedir.

İlk örneği 1920 Avusturya Anayasa Mahkemesidir. İkinci Dünya Savaşından sonra ise 1948 İtalyan, 1949 Alman Anayasaları da merkezî tipte bir anayasa mahkemesi kurmuşlardır. Daha mütevazı şekilde 1958'de Fransa'da, Kıbrıs'ta 1960'ta, Türkiye'de 1961'de "Avrupa Modeli"nin kabul edildiği görülmektedir.<sup>13</sup>

## 2. Yüksek Mahkeme İctihatları ve Müdahalecilik

Amerikan Yüksek Mahkemesi, federal sistem içinde en üst katta yer alan bir mahkemedir. Yüksek Mahkeme, Anayasada açık, seçik bir kural olmamakla birlikte bütün federal yasalardan, kararnamelerden, Birleşik Devletlerin taraf olduğu antlaşmalardan doğacak anlaşmazlıkları incelemekte; bunları yorumlamakta ve en önemlisi, ileri sürülecek Anayasaya aykırılık iddialarına bakmaktadır.<sup>14</sup>

Amerikan Yüksek Mahkemesinin kuruluş yıllarında Federalist bazı Cumhuriyetçiler arasında başlayan tartışmalar yargı denetimi konusunda birbirine aykırı iki temel görüş ortaya çıkartmıştır:

**Yargı denetiminden yana olanların düşüncelerine göre**, Mahkemeler, milletin iradesini yansıtan temel siyasi ve hukuki belgeye uygun bulmadıkları Anayasa işlemlerini hükümsüz kılabilirler. Bu yargı denetimi yoluyla millet, temsilcilerinin haksız ve yanlış işlem ve eylemlerinden korunmuş olur. Halk seçimleri yüzünden, temsilcilerin yaptıkları her türlü işleme ve karara da boyun eğmek zorunda kalmaz.<sup>15</sup>

<sup>12</sup> Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 873.

<sup>13</sup> Gözler, a.g.e., s. 876; Kaboğlu, a.g.e., s. 17.

<sup>14</sup> ABD Anayasası, madde III/2.

<sup>15</sup> Tunçer Karamustafaoğlu, "Anayasa Yargısının Önemli Sorunları", <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/333/3383.pdf>, s.91.

<sup>10</sup> Erdal Onar, *Anayasa Yargısı İncelemeleri*, s. 8.

<sup>11</sup> Onar, a.g.e., s. 9.

Eğer yasama organının kanunlarda ifadesini bulan iradesi ile halkın anayasada beliren iradesi arasında bir aykırılık olursa, yargıçlar bu iradelerden ikincisine, yani kurucu istek ve onamına uyacaklardır.

**Yargı üstünlüğüne ve yargı denetimine karşı çıkarılan ileri sürdükleri görüşlere göre,** mahkemelere böyle bir otorite ve yetki verildiği takdirde, bunlar öteki devlet organlarının yetkilerini de gasp edebilirler. Nitekim yargı organlarına kanunları anayasanın sözüne ve özüne uyararak yorumlama, inşa etme ve uygulama yetkileri tanınır, yargının gücü yasanın gücünü aşar.<sup>16</sup>

Yargı denetiminin tehlikeli sonuçlarından endişe eden bir temsilci şöyle demiştir:

“Yasama organının iktidarını kötüye kullanmasından hiç korkmuyorum, çünkü bu organ iki yılda bir halk tarafından seçilmekte ve halka karşı sorumlu bulunmakta. Bunun gibi yürütme organının iktidarını kötüye kullanması da beni ürkütmüyor. Çünkü o da dört yıllık sınırlı bir dönem için iş görmekte. Ama beni gerçekten korkutan şey, öteki organları kontrol imkânına sahip olan yargı organının bütün iktidarı ele geçirmesidir.”<sup>17</sup>

Bunun sebebi, Yüksek Mahkeme, Birleşik Devletler Baş Yargı ve sekiz yardımcı olmak üzere dokuz üyeden oluşmaktadır. Amerikan Başkanı tarafından aday gösterilen Yüksek Mahkeme üyeleri, Senato'nun onayı ile atanmaktadır. Meğerki hüküm giysinler ya da istifa etsinler yargıçlar ölünceye kadar kürsülerini korurlar. Diğer bir deyişle, bir kez seçilmeye görsünler, yürütmenin eylemci yargıçlardan 'kurtulması' imkânsız gibidir.<sup>18</sup>

Amerika Birleşik Devletlerinde Yüksek Mahkeme hâkimi Frankfurter'in şu düşünceleri, yargının kendi kendini sınırlandırması lehinde sık sık örnek gösterilmektedir:

“Bu kanun, Anayasa ile kendisine yasama yetkisi verilen Kongrenin bu yetkiyi kullanmasının ve Başkanın teklifi onaylamak ve böylece onu 'bir kanun' haline getirmek yönündeki anayasal yetkisini kullanmasının sonucudur. Onu onaylamak, hükümetimizin halk iradesine karşı doğrudan doğruya sorumlu olan ve

Anayasa gereğince kanunun isabetliliğini tayin yetkisine sahip bulunan iki dalının işlemine saygı göstermek demektir. Bu mahkemenin, böyle bir kanunu geçersiz kılma konusundaki müthiş [awesome] yetkisi, azamî ihtiyatla kullanılmalıdır; çünkü pratikte Mahkeme, kendi anayasal fonksiyonunun sınırlarını belirlemede, sadece kendi basiretimizle bağlıdır.”<sup>19</sup>

Hâkim Frankfurter, başka bir vesile ile de, yargı organını halk siyasetine karıştırmamanın “demokratik bir sisteme düşman” olacağını belirtmiş ve “mahkemeler bu siyasal çalılığa girmemelidir” diye eklemiştir.<sup>20</sup>

Gerçekten uzun bir dönem Amerikan Yüksek Mahkemesi siyasal nitelikteki konulara bakmaktan çekinmiştir. Savaş durumunun devamını, anayasada değişikliği öngörülen bir teklifin usulü dairesinde onaylanıp onaylanmadığını, dış politika sorunlarını ve bunun benzeri sorunları siyasal nitelikte sayarak hükümet tasarrufuna bırakmıştır.

Ancak ilerleyen zamanda Yargıç Frankfurter ve onun görüşünü izleyen yargıçlar Yüksek Mahkemenin yargı sınırları içinde kalmasına taraftar olurken [judicial restraint], yukarıda bahsettiğimiz diğer görüş Yargıç Blackm'in öncülüğünde yargısal atılganlık veya etkinlik anlayışını yani yargısal aktivizmi benimseyerek Mahkemenin daha etkin ve müdahaleci bir rol oynaması gerektiğini savunmuşlardır.

Müdahaleci kararları ile mahkemenin zaman zaman isabetli kararları da olmuştur. Bunlardan biri Alabama'da çıkarılan bir kanunun mahkeme tarafından iptal edilmesi ile ilgili olan örnektir. Alabama'da çıkarılan bir kanunla Tuskegee şehrinin sınırları yeniden düzenlenmiştir. İlk kare şeklinde olan şehir krokisi belediye seçimlerinde zencileri şehir dışına çıkarmak için 28 köşeli acayip bir biçime sokulmuş ve oy kullanmaları engellenmek istenmiştir. Anayasa mahkemesine intikal eden bu davada mahkeme olayı incelemiş ve bunların anayasaya aykırı olduğuna karar

<sup>16</sup> Karamustafaoğlu, a.g.m., s. 92.

<sup>17</sup> Karamustafaoğlu, a.g.m., s. 92.

<sup>18</sup> Alatlı, a.g.m.

<sup>19</sup> Ergun Özbudun, “Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi”, Ankara Üniversitesi, *SBF Dergisi*, s. 258.

<sup>20</sup> Hasan Celal Güzel, “Anayasa Mahkemesi'nin Yargısal Aktivizmi ve Demokratik Tepkiler”, <http://www.-radikal.com.tr/haber.php?haberno=250758>.

vermiştir. Yüksek Mahkemenin görüşü şu şekildedir:

“Mademki sistemimiz temsili bir hükümet sistemidir ve temsilcilerimiz doğrudan doğruya halk tarafından seçilen ve halkı temsil eden devlet organlarıdır. O halde temsilcilerimizi serbest ve eşit bir şekilde seçmek de siyasal sistemimizin temel unsurudur. Yurttaşların oylarına ayrı değer ve ağırlık vermek, belli bir yerde oturan kimselere ait oyların bir başka yerde yaşayan kimselerin oylarından daha ağır sayılması haklı görülmez. Herkesin oyu aynı değerdedir. Tek kişi tek oy demokratik hükümet fikrinin temel ilkesidir.”<sup>21</sup>

Kararda görüldüğü gibi yargının müdahalesi ile hükümetin önemli bir demokrasi zafiyetinin önüne geçilmiştir.

ABD Yüksek Mahkemesinin tarihi, gerek yargısal aktivizm, gerek yargının kendi kendini sınırlandırma dönemlerine tanıklık etmiştir.

### **Başkan Roosevelt ve Mahkeme Paketleme Planı**

Başkan Roosevelt, 1932 yılında “Yeni Dağıtım” [New Deal] adını verdiği bir programla seçilmişti. Bu program, ekonomik depresyonu sona erdirmek ve kitlesel işsizlikle mücadele etmek yönünde çeşitli demokratik çözümler içermekteydi. Bu çözümlere ulaşmak için pek çok kanun çıkaran Roosevelt, kanunları uygulama fırsatı bulamadığından Yüksek Mahkeme ile ciddi bir çatışma halinde idi.

Çıkardığı kanunların Yüksek Mahkemece anayasaya aykırı bulunması karşısında hidde kapılan Roosevelt, “*milletçe öyle bir noktaya geldik ki, Anayasayı Mahkemeden kurtarmak için harekete geçmek zorundayız*” diyordu.<sup>22</sup>

Büyük Krizin etkileri bir yandan, İkinci Dünya Savaşı tehdidi diğer yandan, Başkan Roosevelt çareyi Yüksek Mahkemenin bileşkesini değiştirmekte buldu. Amerikan Anayasasında Yüksek Mahkeme yargıçlarının sayısına dair hüküm olmadığından yola çıkarak,

yetmiş yaşını geçen her yargıç için onlara yardımcı olacak ve oy hakkına sahip yargıçlar atanması tasarlandı. Böylece, yargıç sayısı 15’e çıkarken, Roosevelt Yüksek Mahkemeyi “New Deal” reformlarına “anayasayı ihlâl ettikleri gerekçesiyle” karşı çıkmayacak şekilde düzenlemiş olacaktı.<sup>23</sup>

Amerikalıların “Mahkeme Paketleme Plânı” diye andıkları bu girişim, kongrede görüşülmesi sırasında Yüksek Mahkeme içtihadını değiştirdi ve bazı “yeni dağıtım” kanunlarını onayladı.

Yüksek Mahkeme’nin müdahaleci yaklaşımına bulduğu çözümlerle Yargısal Aktivizm’le mücadelesi tarihe geçen Roosevelt, Yüksek Mahkeme’ye döneminin en fazla yargıç atayan başkanı oldu.

Yargı, tüm bu mücadeleler sonucunda batı demokrasilerinde, kuvvetler ayrılığı prensibinin de etkisiyle jüristokratik hâkimiyet sağlayamadı.

## **TÜRKİYE’DE ANAYASA YARGISI VE ANAYASA MAHKEMESİ**

### **1. Türkiye’de Anayasa Yargısının Tarihsel Gelişimi**

Türkiye 1961 Anayasası ile Avusturya ve Fransa’dan sonra Avrupa Modeli’ni benimseyip, Anayasa Mahkemesi ihdas eden beşinci ülke olmuştur.

1924 Anayasası yasaların anayasaya uygunluğunun yargı yolu ile denetlenmesi esasını kabul etmemiştir. Benimsenen yol, BMM’nin kendi kendini denetlemesi, yani yasaların Teşkilat-ı Esasiye Kanunu’na uygun düşüp düşmeyecekleri konusunda, bunlar tasarımı aşamasında iken bir siyasal denetim yapmasıdır.<sup>24</sup>

“Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz”<sup>25</sup> diyerek açıkça “anayasanın üstünlüğü” ilkesini

<sup>21</sup> Karamustafaoğlu, a.g.m., s. 96.

<sup>22</sup> Özbudun, a.g.m., s. 259.

<sup>23</sup> Alatlı, a.g.m.

<sup>24</sup> Bülent Tanör, *Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri*, s. 307.

<sup>25</sup> 1961 Anayasası 8. madde: “Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz. Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.”

kabul eden 1961 Anayasası, hiç kimsenin kaynağını *Anayasadan almayan bir devlet yetkisini kullanamayacağı*<sup>26</sup> da belirterek bu üstünlüğü somutlaştırmıştır.

Anayasa'nın üstünlüğünün hukuki açıdan önemli sonucu "Anayasanın Katılığı" ilkesidir. Anayasa Mahkemesi anayasayı değiştiren yasaların biçim ve esas yönünden denetimi yetkisini kendinde bulmuş, böylece tali kurucu iktidarın, asli kurucu iktidara oranla sınırlı yetkili olduğuna, Anayasa değişikliklerinin Anayasa'nın özüne ve Başlangıç'ındaki felsefeye aykırı olamayacağına hükmetmiştir.<sup>27</sup>

1961 Anayasası, II. Dünya Savaşı sonrasında kabul edilen Avrupa anayasalarını, özellikle Alman ve İtalyan Anayasalarını model alan bir anayasa yargısı sistemi öngörmüştür. Daha sonra "Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında" 22.02.1962 tarih ve 44 Sayılı Kanun ile Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşu gerçekleştirilmiştir.<sup>28</sup> 25 Nisan 1962 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. 25 Nisan Anayasa Mahkemesi'nin kuruluş yıldönümü olarak kutlanmaktadır.<sup>29</sup>

Anayasa Yargısı 1961 Anayasa'nın "en radikal özelliği olarak yorumlanmış" olup, bazı değişikliklerle birlikte 1982 Anayasası'nca da korunmuştur.

1982 Anayasası da kanunların anayasaya uygunluğu denetimi sistemini benimsemiş ve kurulduğu günden bugüne kesintisiz varlığını sürdüren Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşunu ve görevlerini tekrar düzenlemiştir.

**12 Eylül darbesi ile yaklaşık iki yıl anayasa mevcut olmamıştır** ama Anayasa Mahkemesi varlığını sürdürmüş, yargıçlar görevlerine devam etmişlerdir. Görevi kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemek olan bir kurumun ortada anayasa yokken görevlerinin başında bulunuyor olmaları düşündürücüdür.

<sup>26</sup> 1961 Anayasası 4/2. madde.

<sup>27</sup> Tanör, a.g.e., s. 403.

<sup>28</sup> Hasan Tunç-Faruk Bilir-Bülent Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 255.

<sup>29</sup> Anayasa Mahkemesi Resmi Sitesi.

## 2. Devletin Muhafızı: Anayasa Mahkemesi

Seçilmişlerin gelip geçici olmaları sebebiyle Anayasa Mahkemesi kendisini "devletin muhafızı" ve üst bir "vesayet makamı" olarak görmüştür. Özellikle 1960 ve 1970'li yıllarda yasama ve yargı kıyasıya bir tartışma içinde olmuştur.

Anayasa Mahkemesi resmi web sitesinde 45 yıl içinde 47 siyasi parti kapatma davasına bakmış olduğunu resimler eşliğinde sunmuştur.<sup>30</sup> Adalet sistemi gelişmiş ülkelerde bu durum bir demokrasi ayıbı olarak görülürken, Türkiye'de adeta bir başarı olarak resmedilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin, başörtüsü ve siyasi parti kapatma davalarında da meşruiyetini halkın oy ve onayından almış çoğunluğu hiçe sayarak tepeden inmece bir azınlık şeklinde yasama erkinin gaspına örnek teşkil eden kararlar sunmuştur.

Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerini yalnızca şekil yönünden denetleyebileceği hükmüne rağmen mahkeme, esas yönünden denetimi de kapsayacak şekilde kararlar alarak yetkisini genişletmiştir.

Bunun gibi ilerleyen zamanda da kendisine Anayasa'da verilmemiş olan yetkiler ihdas etmiş ve kendi görev alanını kendi belirlemiştir. "Yürürlüğü durdurma kararı" yetkisi de bunun tipik örneğidir.

## 3. Anayasa Mahkemesinin Yapısı ve Üyeleri

Demokratik ülkelerde anayasa mahkemesi üyelerinin belirlenmesi konusunda, üyelerin parlamento tarafından seçilmesi ve seçme yetkisinin çeşitli organlar arasında paylaşılması (parlamento, yüksek mahkemeler, hükümet ve devlet başkanı arasında) yöntemleri yaygındır. Anayasa mahkemesi üyelerinin seçilmesi yetkisinin parlamento, yargı, hükümet ve devlet başkanı arasında paylaşılması usulü (karma sistem), Avusturya, Belçika,

<sup>30</sup> <http://www.anayasa.gov.tr/general/icerikler.asp?-contID=489&menuID=43&curID=151>

Bulgaristan, İtalya, Romanya, İspanya ve ABD’de uygulanmaktadır.<sup>31</sup>

1982 Anayasasının 146. maddesine göre Anayasa Mahkemesi on bir asıl ve dört yedek üyeden oluşur. Anayasası’nın (madde 146) öngördüğü sistemde, Cumhurbaşkanı on bir asıl ve dört yedek üyeden on birini yüksek mahkemeler ve Yükseköğretim Kurulu’nun önerdiği üç kat aday arasından; dört üyeyi ise üst kademe yöneticileri ile avukatlar arasından doğrudan atamaktadır.

Avrupa ülkelerinin çoğunda anayasa mahkemesi üyelerinin görev süresi sınırlı tutulmuştur. Buna göre, Almanya’da 12 yıl, Çek Cumhuriyeti’nde 10 yıl, Fransa, İtalya, İspanya, Bulgaristan, Macaristan, Romanya, Slovenya, Portekiz ve Polonya’da 9 yıl, Hırvatistan’da 8 yıl, Slovakya’da 7 yıldır.<sup>32</sup>

Fakat Türkiye’de 40 yaşını doldurmuş ve anayasada belirtilen özellikleri taşıyarak asıl veya yedek üye olmuş bir üye altmış beş yaşını doldurunca emekliye ayrılabilir. Yani 25 sene görev yapması mümkündür.

Tabi bu süre içerisinde hâkimlik mesleğinden çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giyerse kendiliğinden, sağlık sebebiyle mesleği yapamayacağı anlaşılırsa Anayasa mahkemesi üye tam sayısının salt çoğunluğunun kararı ile üyeliği sona erebilir.

#### 4. Anayasa Mahkemesi’nin Görevleri

Anayasa Mahkemesi, kanunları, kanun hükmünde kararnameleri ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İç Tüzüğü’nün Anayasa’ya şekil ve esas bakımında uygunluğunu denetler.

Anayasa değişikliklerini ise sadece şekli olarak denetleme yetkisine sahiptir.<sup>33</sup>

Bunun dışında sınırlı olarak Parlamento Kararları’nı da denetleme imkânı tanınmıştır. Yasama dokunulmazlığının kaldırılması, Türki-

ye Büyük Millet Meclisi üyeliğinin düşmesine ilişkin kararları gibi.<sup>34</sup>

Yani Anayasa Mahkemesinin denetleyebildiği norm ve işlemler sınırlıdır ve şunlardır:

- Kanunlar
- Kanun Hükmünde Kararnameler
- Türkiye Büyük Millet Meclisi İç Tüzüğü
- Anayasa Değişiklikleri
- Parlamento Kararları

Fakat bunlara baktığımızda aslında 1982 Anayasası’nın Denetlenemez İşlemleri’nin sınırlı olduğunu görüyoruz. Olağanüstü hal kanunu hükmünde kararnameler, uluslararası anlaşmalar, bazı Meclis kararları (olağan üstü hal ilanı, savaş hali ilanı, seçimlerin geri bırakılması...) ve yargı denetimi dışında tutulan Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler, Yüksek Askeri Şura kararları ve nihai olarak Anayasa değişiklikleridir.

Denetimin niteliği ise, ilgili makamların hazırlayıp onayladığı —yürürlüğe girsin girmesin— tüm metinler denetim kapsamındadır. İlginç olan hazırlanmayan metinler dahi denetim kapsamındadır. Yani yasamanın hareket-siz kalmasıyla yapılmayan işlemler “ihmal yoluyla anayasaya aykırılık denetimini” gerekli kılmaktadır.<sup>35</sup>

Tüm bunlara baktığımızda Anayasa Mahkemesi’nin oldukça geniş bir denetleme alanında hareket ettiğini görüyoruz.

## TÜRKİYE PRATIĞİNDE YASAMAYA MÜDAHALELER

### 1. Yargısal Müdahaleye Açık Anayasal Hükümler

1961 ve 1982 Anayasalarındaki darbe kârlıntısı, yoruma açık, sübjektif ve ideolojik hükümler, yargısal aktivizme çok müsaittir. Bu yüzden Mahkeme ile yasama organı arasında sürekli bir çekişme yaşanmıştır. Bu hükümler Anayasasının ilk üç maddesi ve başlangıç bölümünde yer almaktadır.

<sup>31</sup> Yavuz Atar, “Anayasa Mahkemesinin Yapılandırılması”, <http://www.tumgazeteler.com/?a=2121536>.

<sup>32</sup> Atar, a.g.m.

<sup>33</sup> Anayasa, 148. madde.

<sup>34</sup> Anayasa, 85. madde.

<sup>35</sup> Kaboğlu, a.g.e., s. 280.

### **a) Anayasanın Devletin Temel Niteliklerini Tanımlayan ve Değiştirilmesi Mümkün Olmayan İlk Üç Maddesi**

1982 Anayasası'nın birinci maddesi, aynen 1924 ve 1961 Anayasalarının birinci maddeleri gibi "Türkiye Devleti bir cumhuriyettir" hükmünü getirdikten sonra 2. maddede cumhuriyetin niteliklerini saymaktadır. Toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet gibi geniş ve tanımlanması imkânsız kavramlar yer aldığı gibi; Atatürk milliyetçiliği, insan haklarına saygı, hukuk devleti, demokratik devlet, lâik devlet, sosyal devlet gibi kavramların da tek bir tanımı olmadığı açıktır.

AYM laiklikle ilgili yorumlarında, genelde benimsenen bilimsel yorumunu aşmakta ve onu, devlet yönetimine hâkim bir ilkenin ötesinde bir çeşit mutlak pozitivist ideoloji olarak takdim etmektedir. Lâikliği, "*siyasal, sosyal ve kültürel yaşamın çağdaş düzenleyicisi*" olarak tanımlayan AYM Kararı, AK Parti hakkında açılan kapatma davasının iddianamesinde de aynen yer almıştır. AYM'nin özellikle parti kapatma davalarındaki yasakçı tutumunu bir anayasa hukukçumuz "hak-eksenli" değil, "ideoloji-eksenli" bir paradigma olarak nitelendirmiştir.<sup>36</sup>

### **b) Anayasa Metnine Dâhil Sayılan Başlangıç Bölümü**

1982 Anayasası'nın 2. maddesi, başlangıçta belirtilen temel ilkelere atıfta bulunmuş ve Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten başlangıç kısmı Anayasa metnine dâhil sayılmıştır.

Anayasaların yapılış sebeplerini ve dayandıkları temel felsefeyi açıklayan ve çoğu zaman edebi bir üslupla yazılmış bulunan başlangıç bölümlerinden, uygulanabilir hukuk normları çıkarmak kolay değildir.<sup>37</sup> "*Türk millî menfaatleri*", "*Türklüğün tarihi ve manevî değerleri*", "*Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılapları ve medeniyetçiliği*" gibi pek çok farklı

tanımı bulunan ifadeler içermektedir. Bu tür açık olmayan kavramların Anayasa Mahkemesine, aktivist bir tutum izleme yolunda büyük imkânlar sağladığı açıktır.

## **2. Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivist Hareketleri ve Seçilmişlerin Tepkileri**

Kuruluşundan bugüne varlığını kesintisiz olarak sürdürmüş olan Anayasa Mahkemesi kendisine anayasada tanınan sınırları pek çok kez ihlal etmiş ya da farklı yorumlayarak yetkilerini genişletmiştir.

Halkın seçtiği temsilciler yasama faaliyetleri önünden mahkemeyi kaldırmaya çalışmışlarsa da, yeni bir dönem yine yargının yasama müdahalelerine sahne olmuştur.

Hatta son dönemlerde anayasayı çiğneyen kararlara<sup>38</sup> imza atan Anayasa Mahkemesi, Başkan Roosevelt'in "Anayasayı, Mahkemenin elinden kurtarma" ifadesini zihinlerimize yerleştirmiştir.

Temsilcilerin yeterince belirleyici olmaması sonucunda Anayasa Mahkemesi'nin kendi kendini sınırlandırması yolunda bir gelişme izlenememiştir. Fakat yine de siyasi elitler her dönem kanunları değiştirerek bir çözüm arayışına girmişlerdir.

### **a) Siyasi Parti Kapatma Müdahaleleri**

1961 Anayasası ile vatandaşların siyasi parti kurma, partilere girme ve çıkma hakları bireysel temel hak olarak güvence altına alınmış<sup>39</sup> ve siyasi partileri demokrasinin temel unsurları arasına katmıştır.

1961 Anayasasına göre önceden izin almaksızın kurulan ve serbestçe faaliyette bulunabilecek olan siyasi partiler, tüzüklerinin, program ve faaliyetlerinin, demokratik, laik cumhuriyet ilkelerine ve milletin bölünmezliği temel ilkesine uygun olmaması hallerinde temelli kapatılabilecektir.

<sup>36</sup> Özbudun, a.g.m., s. 264

<sup>37</sup> Özbudun, a.g.e., s. 71

<sup>38</sup> Mustafa Şentop, "**Yargıçlar İktidarı**", *Zaman* gazetesi.

<sup>39</sup> 1961 Anayasası, madde 59/1.



1982 Anayasasında siyasi partilerle ilgili hükümler 1961 Anayasasına göre daha dağınık ve sınırlayıcıdır. Siyasi partilerin kurumsal güvencesini bertaraf eden hükümler 1961 Anayasasına oranla 1982 Anayasasında çok daha fazladır.<sup>40</sup>

1982 Anayasası'nın 68/4 fıkrası "*siyasi partilerin tüzük ve programlarıyla eylemleri... Millet'in egemenliğine aykırı olamaz diyerek.*" diyerek bu yasağa aykırılığı kapatma nedeni olarak belirlemiştir. Diğer bir kapatma sebebi ise devletin ülkesi ile bütünlüğüne aykırı hareketlerdir. Siyasi Partiler Kanununa göre "*siyasi partiler devletin teklifi ilkesini değiştirme amacı güdemezler ve bu amaca yönelik faaliyette bulunamazlar.*" Bunun dışında Siyasi Partiler Kanunu'nda bağımsızlığın korunması ile ilgili benzer ve somutlaştırılması zor kapatma nedenleri vardır. Görüldüğü üzere, esasında bu hükümler de müphem ve geniş tanımlar içermekte olduğundan yargısal aktivizme müsaade etmektedirler.

AYM, siyasî partilerin kapatılması konusunda da tipik bir jüristokratik yaklaşımla 'yargıçlar hükümeti'ni ilân etmiştir. 1986'da 3270 sayılı Kanunla değiştirilen Siyasî Partiler Kanunu'nun 103. ve 101. maddelerine göre, parti kapatma yoluna gidilebilmesi için, önce parti yasaklarına aykırı eylemlerde bulunan kişilerin bu eylemlerinden dolayı hüküm giymeleri ve Başsavcının istemine rağmen partiden çıkarılmamaları gerekiyordu.<sup>41</sup>

Anayasa Mahkemesi, RP'nin kapatılması davasında, önce bu kanun hükmünü önmelele olarak incelemiş, iptal etmiş, daha sonra da bu iptal hükmüne dayanarak kapatma kararı vermiştir. Bu karar Mahkemeye, bir siyasî partinin Anayasaya aykırı eylemlerin işlendiği odak haline gelmiş olup olmadığını kanunla belirlenmiş herhangi bir ölçüte bağlı kalmadan doğrudan doğruya Anayasaya dayanarak serbestçe takdir etme imkânı vermiştir.

TBMM Anayasa Mahkemesi'ni sınırlandırmak üzere, Kanunla, Siyasî Partiler Kanununun 101 ve 103'üncü maddelerinde değişik-

likler yapılmıştır. Bu değişiklikle, odak olma durumu şu şekilde tanımlanmıştır:

"Bir siyasî parti, birinci fıkrada yazılı fiiller o partinin üyelerince yoğun bir şekilde işlendiği ve bu durum o partinin büyük kongre, merkez karar ve yönetim kurulu veya Türkiye Büyük Millet Meclisi'ndeki grup genel kurulu veya grup yönetim kurulunca zımnen veya açıkça benimsendiği yahut bu fiiller doğrudan doğruya anılan parti organlarınca kararlılık içinde işlendiği takdirde, söz konusu fiillerin odağı haline gelmiş sayılır."

Ardından Anayasa Mahkemesi Fazilet Partisi'ni kapatmak için Siyasî Partiler Kanununun değişik 103. maddesinin Anayasaya uygunluğunu önmelele olarak incelemiş ve nihayetinde maddeyi iptal etmiş, kapatma kararını vermiştir.

Bu karara karşı TBMM'nin nihaî tepkisi, 2001 anayasa değişikliği ile iptal edilen 103. maddenin ikinci fıkrasının hemen hemen aynı şekilde Anayasanın 69. maddesine monte edilmiş olmasıdır. İptal edilen hükümle yeni Anayasa hükmü arasındaki tek fark, yeni metinde genel başkanın da ilgili parti organları arasında sayılmış olmasıdır. Böylece, Anayasanın 69'uncu maddesinin altıncı fıkrası şu şekli almıştır:

"Bir siyasî partinin 68'inci maddenin dördüncü fıkrası hükümlerine aykırı eylemlerinden ötürü temelli kapatılmasına, ancak, onun bu nitelikteki fiillerin işlendiği bir odak haline geldiğinin Anayasa Mahkemesince tespit edilmesi halinde karar verilir. Bir siyasî parti, bu nitelikteki fiiller o partinin üyelerince yoğun bir şekilde işlendiği ve bu durum o partinin büyük kongre veya genel başkan veya merkez karar veya yönetim organları veya Türkiye Büyük Millet Meclisi'ndeki grup genel kurulu veya grup yönetim kurulunca zımnen veya açıkça benimsendiği yahut bu fiiller doğrudan doğruya anılan parti organlarınca kararlılık içinde işlendiği takdirde söz konusu fiillerin odağı haline gelmiş sayılır."<sup>42</sup>

Ayrıca 149. maddede yapılan değişiklikle parti kapatma davalarında salt çoğunluk yerine beşte üç çoğunlukla karar verilmesi şartı getirilmiştir.

AK Parti'nin kapatma davasında AYM jüristokratik bir formül arayışına girmemiştir.

<sup>40</sup> Kasım Aksoy, "1982 Anayasası'nda Siyasi Parti Yasakları", *Birikimler - I*, s. 176.

<sup>41</sup> Özbudun, a.g.m., s. 262.

<sup>42</sup> Özbudun, a.g.m., s. 264.

Bu durum Anayasa Mahkemesi ile Yasama arasındaki çatışmanın bir ölçüde yasama terihine göre sonuçlandığını göstermektedir.

### **b) Anayasa Değişikliklerini Esastan İnceleme Müdahaleleri**

1961 Anayasası döneminde, AYM Anayasa'daki boşluktan faydalanarak Anayasa değişikliklerini iptal etmiş ve bu değişiklikleri gerek şekil, gerekse esas yönünden denetleyebileceği sonucuna varmıştır. 1970 yılında verdiği bir kararda (E.1970/1, K.1970/31, 16.6.1970, sayı 8, s. 323) AY'nın 2. maddesinde sayılan Cumhuriyetin niteliklerinin, değiştirilemez nitelikteki cumhuriyet ilkesine dâhil olduğunu ileri sürerek, bir anayasa değişikliğini iptal etmiştir.

1961 Anayasasında 9. maddede "Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki anayasa hükmü değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez" şeklindeki hükmü yorumlayarak, Cumhuriyet sözcüğünün değil, cumhuriyet rejiminin kastedildiğini; cumhuriyet rejiminin ise, başlangıçta belirtilen ilkelere, milli, demokratik, sosyal ve laik bir hukuk devletine işaret ettiğini belirtmiştir. Bu sebeple bu ilkelere aykırı olması durumunda da meclisin yaptığı anayasa değişikliğine müdahale edebileceği ve bu karara binaen de hem şekil hem de esas yönünden denetleyebileceği sonucuna varmıştır.<sup>43</sup>

1971 Anayasa değişikliklerinde Anayasa'nın 145. maddesini değiştirerek, AYM'nin anayasa değişikliklerini denetleme yetkisini, "Anayasada gösterilen şekil şartlarına uygunluğunu denetler" hükmüyle sınırlandırmıştır.

Fakat ilerleyen zamanda Anayasa Mahkemesi dört anayasa değişikliğini daha iptal etmiş ve Cumhuriyetin değişmezliği kuralını bir şekil kuralı ilan etmiştir. Anayasaya'nın ikinci maddesi geniş kapsamı ile meclisin çıkaracağı her yasanın iptali için elverişli olduğundan seçilmişler bu konuda da bir çözüm arayışına gitmişler ve 1982 Anayasası ile şekil denetiminin muhtevası tanımlanarak sınırlandırılmıştır.

Anayasanın 148. maddesine göre bu denetim,

"teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır."

ibaresi eklenmiş ve 149. maddeye de Anayasa değişikliklerinin iptaline karar verilebilmesi için üçte iki çoğunluk şart koşulmuş olup; 2001'de bu nitelikli çoğunluk beşte üçe indirilmiştir.

Ancak, başörtüsüyle ilgili son anayasa değişikliğinde, CHP'nin iptal başvurusunu yetkisizlik sebebiyle reddetmeyerek dosyayı esaslan incelemeye alan AYM'nin, yine yargısal aktivizmini Anayasa'ya aykırı olarak devam ettirme eğiliminde olduğu görülmüştür.

### **c) 367 Kararı: Yasamanın Doğrudan Gaspi**

Anayasa Mahkemesi, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin cumhurbaşkanlığı seçimi için toplandığı zaman, yoklama yapıp toplantı yeter sayısı olan 367 milletvekilinin mevcudiyetini tespit etmesi gerektiğine karar vermiş, 27 Nisan 2007 günü yapılan birinci tur oylamada bu sayıda milletvekilinin bulunduğu tespit edilmemesini bir "içtüzük" ihdası olarak kabul edip iptal etmiştir.

Cumhurbaşkanı seçimine dair Meclis kararını Anayasa Mahkemesi'nin denetleyebilmesi mümkün değildir; parlamento kararları denetim dışıdır.<sup>44</sup> Fakat AYM bu sınırlandırmayı kendince şu yöntemle aşmıştır: Mahkeme'ye göre, bir işlemin TBMM tarafından yapılan nitelendirilmesi önemli değildir, Mahkeme içeriğine bakarak yapılan işlemi kendisi yeniden nitelendirebilir. Yani, TBMM'nin bir işlem için, kanun veya içtüzük ya da parlamento kararı şeklinde bir nitelendirme yapması önemli değildir; Mahkeme yapılan işlemi yeniden nitelendirip, mesela, parlamento kararı denilen işlemi bir içtüzük işlemi olarak kabul edebilir demektir.<sup>45</sup>

Anayasa Mahkemesi, yanlış yorumunu tutarlı kılabilmek için, toplantı yeter sayısını

<sup>43</sup> Özbudun, a.g.m., s. 269.

<sup>44</sup> Anayasa, 148. madde.

<sup>45</sup> Şentop, a.g.m.

birinci ve ikinci turda 367 kişi olarak ararken, üçüncü ve dördüncü turlarda 276 sayısını yeterli bulmaktadır. Bu açık bir çelişkidir, bir imkânsız istemektir; üçüncü ve dördüncü turları baştan imkânsız hale getirmektedir. Anayasa üçüncü ve dördüncü turlarda seçimi kolaylaştırmayı istediği halde, Mahkeme baştan üçüncü ve dördüncü turları yapılamaz hale getirmektedir.<sup>46</sup>

AYM'nin 367 Davasındaki tutumu, yargısal aktivizm tâbiriyle de açıklanamayacak hukuk dışı siyasî bir yaklaşımdan ibarettir. Buna ilâve olarak, AYM'nin kendisine "yürütmeyi durdurma yetkisi" icat etmesi, yürütmenin Kanun Hükmünde Kararname çıkarma yetkisini dayanaksız şekilde sınırlandırması, sıkıyönetim ve olağanüstü hâl kararnamelerini Anayasaya aykırı olarak denetim kapsamına alması da, bu jüristokratik yargısal aktivizmin tezahürleridir.

Ne yazık ki 367 kararını yorumlayan bazı hâkim ve savcılar bu tür taraflı kararlara karşı bir şey yapılamamasının bizatihi yargının bağımsız olmasından kaynaklandığını belirtmişler ve adeta taraflı hareket etme lüksünün Anayasa Mahkemesi'ne tanınması gerektiğini ifade etmişlerdir.<sup>47</sup>

Sonuç olarak, AYM, temel ilkeleri, Anayasa ve Siyasî Partiler Kanunu hükümlerini aşırı bir katılıkla yorumlayarak siyaset ve millî irade alanını büyük ölçüde daraltmaktadır. Ancak, hiçbir işleyen, sağlıklı, pekişmiş demokrasi, halk iktidarının yargı iktidarına ya da hâkimler hükümetine dönüşmesine seyirci kalmamalıdır.

## SONUÇ

Türkiye Barolar Birliği 5 Nisan Avukatlar günü vesilesiyle yargısal müdahaleyi olumlayan ve teşvik eden bir hukuk bilmezlik örneği olarak tarihe geçecek açıklamayı yapmıştır:

"Kuşkusuz tüm kurum ve kurallarıyla işleyen hukuk devletinin olmazsa olmaz koşulu 'bağımsız yargı'dır. Ülkemizde olduğu gibi, 'yasama ile yürütmenin birlikteliği' bir başka an-

latımla tek elde toplanması halinde yargı bağımsızlığının önemi daha da artmaktadır. Zira yasamanın yapamadığı 'denetim' görevini yargı yerine getirmek suretiyle 'iktidarın sınırsız gücünün keyfilige' dönüşmesini engellemektedir."<sup>48</sup>

Açıklamada görüldüğü üzere, yürütme ve yasama görevini yerine getiremediği zaman yargı devreye girip onların görevlerini ihdas edebilecektir. Bu mantalitenin pratik ve refah düzeyini artırıcı sonuçları olabilir(!) Örneğin Nüfus İdaresi görevini yerine getiremediğinde, Sağlık Bakanlığı onun yerine geçip gerekenleri yapabilecektir(!)

Yargıç bir kanun koyucu değildir. Yargıç kendi yetkilerinin sınırlarını bilmeli ve bunları aşmamaya özen göstermelidir. Daha teknik bir deyişle *yargıç yasama fonksiyonunun gasp etmemelidir*. Kanun koyucunun yasama takdirini kötüye kullandığını ve hukuk kuralının anayasaya uygun düşmeyen keyfi bir kural olduğuna inanırsa, o zaman bu kuralı veya kanunu hükümsüz kılabilir. Kural veya kanun iptalinden sonra ortaya çıkan boşluğu doldurmak ise Anayasa Mahkemesinin değil, Yasama Meclisinin görevidir.<sup>49</sup>

Anayasa yargıçlarının kendilerini hukukçu olmaktan ziyade politik aktörler olarak algılamaları yasalarla korunan imtiyazlı bir azınlık zümresini ortaya çıkarmaktadır. Yargıçlar politik aktör olarak hareket etmeye başladıklarında tarafsızlıklarını yitirmektedirler.

Yargının tarafsızlığını sağlamak, bağımsızlığını sağlamaktan daha güçtür. Çünkü bağımsızlık, kurumsal bir konu olduğu halde, tarafsızlık psikolojik bir yönelimdir. Bağımsızlık, tarafsızlığın sağlanmasında çok önemli bir araç olmakla birlikte, tek başına onu gerçekleştirmeye yeterli değildir.<sup>50</sup>

Taraflı bir yargının adaleti sağlaması imkânsız; sağladığını iddia ettiği adaletin ise son sözünü kendi söylüyor olması büyük bir haksızlıktır.

<sup>46</sup> Şentop, a.g.m.

<sup>47</sup> Mithat Sancar-Eylem Ümit Atılğan, *Adalet Biraz Es Geçiliyor*, s. 73.

<sup>48</sup> TBB Resmi Web Sitesi, Basın Açıklaması, 5 Nisan 2008.

<sup>49</sup> Karamustafaoğlu, a.g.m., s. 97.

<sup>50</sup> Özbudun, Ergun, "Yargının Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı", *Zaman* gazetesi, 26.06.2007.

Tarihte yargısal müdahaleciliğin olumlu örneklerine rastlanmış olsa dahi, kuvvetler ayrılığının benimsendiği ülkelerde yargı kendi sınırlarında kalmakta ve halkın tercihleri ve onların temsilcileri demokratik devletlerde ön plana çıkmaktadır.

Mahkemenin yakın zamanda verdiği bazı kararlar (özellikle cumhurbaşkanı seçiminde 367 kararı) bu sorunları iyice su yüzüne çıkarmıştır. Demokratik ülkelerde anayasa mahkemeleri ortaya koydukları başarılı hukuki içtihatlarla ülkelerin anayasal sorunlarını çözüme kavuştururken, Türk Anayasa Mahkemesi'nin bazı kararları sorun çözmekten çok anayasal krize yol açma potansiyeli taşımaktadır. Bu nedenle, çeşitli çevrelerce uzun zamandır dile getirilen Anayasa yargısının ve mahkemenin yeniden yapılandırılması konusu artık bir ihtiyaç olmaktan çıkmış zorunluluk haline gelmiştir.<sup>51</sup>

Adalet mekanizmasının her türlü siyaset ve ideolojilerin dışında bağımsız olması gerekmektedir. Adaleti gerçekleştirecek "yargı" ile 'önyargı' asla bir araya gelemeyecek iki kavramdır.<sup>52</sup> Barolar Birliği'nin açıklamasında örneğini gördüğümüz gibi, kamu yönetiminin her alanında partizanlık kötü ve tehlikelidir. Adaletin partizanlığı bunların en kötüsüdür. Yargısal müdahalelerle adalet kavramının içini boşaltan siyasi yargı üzerinde yargısal reformlar gereklidir.

Unutulmamalıdır ki "Yersiz, isabetsiz kanunları düsturlardan kaldırmak yetkisi mahkemelere değil, seçime ve demokratik devlet sürecine düşen bir ödevdir."<sup>53</sup>

## Kaynakça

Alev Alatlı, Resmi Sitesi, <http://www.alevalatli.com/menu.asp?sayfa=detay&makale=182&v=ANAYASA&kat=3>

Anayasa Mahkemesi Resmi Sitesi, Anayasa Mahkemesi Tarihçesi.

Bülent Tanör, *Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri*, YKY, İstanbul 2001.

Erdal Onar, *Anayasa Yargısı İncelemeleri; Türkiye'de Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi Alanında Öncüler*, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2006.

Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, İstanbul 2005.

Ergun Özbudun, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, "Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi", <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/931/11619.pdf>

Ergun Özbudun, "Yargının Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı", *Zaman* gazetesi, 26 Haziran 2007.

Gerhard Leibholz, *Politics and Law*, A.W. Sythoff, Leyden 1965.

Hasan Celal Güzel, "Anayasa Mahkemesi'nin Yargısal Aktivizmi ve Demokratik Tepkiler", <http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=250758> (*Radikal*, 21.03.2008)

Hasan Tunç-Faruk Bilir-Bülent Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku*, Asil Yayınları, Ankara 2009.

Hüsnü Tuna, *Yargı Emir ve Görüşlerinize Hazırdır-1990 Sonrası Türk Yargısının Politik Sulistimall*, Karatay Akademi, Ankara 2009.

İbrahim Ö. Kaboğlu, *Anayasa Yargısı*, (2000, İmge Kitabevi Yay.)

Kasım Aksoy, "1982 Anayasası'nda Siyasal Parti Yasakları", *Genç Hukukçular Hukuk Okumaları, Birikimler I*, Danışman Yayınları, İstanbul 2003.

Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Kitabevi, Bursa 2000.

Mithat Sancar-Eylem Ümit Atılğan, *Adalet Biraz Es Geçiliyor – Demokratikleşme Sürecinde Hâkimler ve Savcılar*, TESEV Yayınları, 2009.

Mustafa Erdoğan, "AÜHFD, Anayasa Mahkemesi Önemli midir?" <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/272/2464.pdf>

Mustafa Şentop, "Yargıçlar İktidarı", *Zaman* gazetesi, 2 Mayıs 2007.

TBB Resmi Sitesi, [http://www.barobirlik.org.tr/calisma/haberler/tbb/080404\\_basin.aspx](http://www.barobirlik.org.tr/calisma/haberler/tbb/080404_basin.aspx)

Tunçer Karamustafaoğlu, *Anayasa Yargısının Önemli Sorunları*, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/333/3383.pdf>

Yavuz Atar, *Anayasa Mahkemesinin Yapılandırılması*, <http://www.tumgazeteler.com/?a=2121536>

<sup>51</sup> Yavuz Atar, a.g.m.

<sup>52</sup> Hüsnü Tuna, *Yargı Emir ve Görüşlerinize Hazırdır, 1990 Sonrası Türk Yargısının Politik Sulistimall*, s. 178.

<sup>53</sup> Gerhard Leibholz, *Politics and Law*, s. 297.



# Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Hukukun Laikleşmesi

Kaya KARTAL



**S**on iki yüz yıllık tarihimizde “hukuk” hemen her konuda tartışmanın merkezinde yer almış, Tanzimat’la başlayan hukukta laikleşme süreci Cumhuriyet ile devam etmiştir. Aşağıda delil ve örnekleriyle ortaya koymaya çalışacağımız bu süreç, özellikle bugünü anlamak için önemli bir gösterge olup, geldiğimiz noktada kendisini de tekrar etmektedir.

Tanzimat sürecinin öncülü olarak 1789-1807 yıllarını kapsayan III. Selim’in saltanatı gösterilebilir. Bu devir, Osmanlı açısından, yenilginin her alanda anlaşıldığı ve buna çözüm olarak “yenileşme-batılılaşma” hareketlerinin başladığı, yaklaşık 200 yıl süren ve Cumhuriyetle birlikte devam eden bir süreçtir. Bahse konu Batılılaşma hareketleri, halkın “gâvur padişah” olarak tavsif ettiği —bu ifade, halkın söz konusu hareketlere olan bakışını ve katkısını göstermesi açısından manidardır— II. Mahmut’un saltanatıyla birlikte hız kazanmıştır.<sup>1</sup>

Tanzimat’a kadarki dönemde, İslâm esasları ekseninde dizayn edilen Osmanlı Devleti’nde, Müslümanlar asli unsur olarak kabul ediliyor, gayrimüslimlerden üstün tutuluyorlardı. Tanzimat bu asliliği ortadan kaldırmış, imparatorluğa daha seküler temelde örgütlenme modellerini dayatmıştır. Bu dayatmalar neticesinde yapılan ıslahat çalışmalarında, bürokratlar açısından kendimizi batıya kabul ettirme çabası görülürken, Avrupa açısından dönemimin tabii karakterine uygun olarak, sömürge çabası açığa çıkmıştır.<sup>2</sup>

Tanzimat döneminde aynı zamanda, kabaca iki tip bürokrat modeli neşvünema bulmuştur. Birinci grup, Avrupa’ya biraz daha mesafeli duran, geleneklerin muhafazasının gerekliliğini ifade eden ve klasik olarak “Batının ilim ve fennini alalım ama kültürünü almayalım” cümlesiyle ifade edilebilecek bir yönelime sahipken; ikinci grup, Avrupalılaştırmış bir Osmanlı hayali görmekte ve bu hayal için geleceğe de dine de mesafe koyabilmektedir.

Tanzimat dönemi her iki grup aydınının da bolca bulunduğu bir dönemdir. İkinci grup bürokratların etkin olduğu, 1839 tarihli Tanzimat Fermanı ve 1856 tarihli Islahat Fermanı süreçlerinde, Mustafa Reşid Paşa ve Âli Paşa öne çıkmıştır.

Şinasi’nin, “**Medeniyet’in Resulü**” olarak isimlendirdiği, İngiliz elçisi Stradford Canning’in “Nazırlar arasında politikaca ve ruhça en iyi anlaştığımız Mustafa Reşid Paşa idi. Devrim meselelerinin çoğunda kafa birliği ettik.” dediği<sup>3</sup> Mustafa Reşid Paşa’nın sadrazamlığı devri, Tanzimat Fermanı’nın yanı sıra, hukukta “resepsiyon”<sup>4</sup> çalışmalarının başladığı önemli bir kırılma dönemidir.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Mehmet Doğan, *Batılılaşma İhaneti*, s. 17-25.

<sup>4</sup> Muharrem Balcı, “**Tanzimat’tan Ulusal Programa Yeniden Yapılanmanın Hukuki Gelişim Süreci**”, *Genç Hukukçular Hukuk Okumaları Grubu - Birlikler -I-*, İstanbul 2003.

<sup>5</sup> Kanunlaştırma hareketleri genelde iki şekilde ortaya çıkmıştır. Birincisi, Islah/Rehabilitasyon denilen, var olan hukuk kurallarının yeniden tanzimi ve yeni ihtiyaçları karşılar hale getirilmesi iken; İkincisi, Resepsiyon, yabancı bir hukuk sisteminin ülke hukuk sistemi olarak kabul edilmesi ve düzenlenmesidir. Bir de Ekspansiyon vardır ki, resepsiyondan farklı olmayıp tek farkı sömürgeci devletlerin kendi kanunlarını sömürgelerine gerektiğinde zor kullanarak taşımalarıdır. Bkz.: Muharrem Balcı, “**Tanzimat’tan Ulusal Progra-**

<sup>1</sup> Mehmet Doğan, *Batılılaşma İhaneti*, s. 15.

<sup>2</sup> Mehmet Doğan, *Batılılaşma İhaneti*, s. 34.

Mustafa Reşid Paşa, Tanzimat Fermanı'ndan önce, 1838 yılında İngilizlerle imzalanan, Baltalimanı Antlaşması'nda etkin rol oynamıştır.<sup>6</sup> Paşa'nın Dış İşleri Nazırlığı'na denk gelen bu anlaşma ile Osmanlı ekonomisi, Batı sömürüsüne kayıtsız-şartsız açılmış, oluşan yeni ekonomik ilişkiler, yeni bir düzen ve yeni bir hukuk sistemi yönündeki iç ve dış talepleri de kuvvetlendirmiştir.

Oluşan yeni ekonomik düzen Tanzimat Fermanı yanında yeni bir Ceza, Ticaret ve Medeni Kanunu da dayatmıştır. Tanzimat Fermanı'nı çoğunlukla Fransa Ceza Kanunu'ndan tercüme edilen 1840 tarihli Ceza Kanunu ve 1841'de yine Fransız kanunlarına uygun bir Ticaret Kanunu takip etmiş, bütün bunlardan sonra, temel kanunlardan olan, Medeni Kanun'un da Fransa'ya uyarlanması çalışmalarına girilmiştir.

Resepsiyon çalışmaları olarak adlandırdığımız bu süreç, doğal olarak ulema'nın tepkisini çekmiş, Meclis-i Vâlâ'da kendisine Ticaret Kanununun şer'iliği sorulan Mustafa Reşid Paşa, adeta batılılaşmanın temel argümanına atıfta bulunarak: "*Şeriatın bu konuda yapacak bir şeyi yoktur*" diyerek dönemin bürokratlarının hâkim ideolojisini yansıtmıştır.

Malum olduğu üzere, Tanzimat döneminin ikinci devresi, Tanzimat Fermanı'nın devamı ve kuvvetlendirilmesinden ibaret olan, 1856 tarihli Islahat Fermanı ile başlamıştır. Bu dönemin sembol ismi ise, Âli Paşa'dır. Yabancı devletlerin hazırladığı ve Bab-ı Âli'nin kabul etmek zorunda kaldığı bir ıslahat programı olarak ifade edilen ferman ile Batı müdahalesi iyice içselleştirilmiştir. Bu müdahaleye ilişkin olarak Engelhardt: "*Müdahale modern milletlerin kamu hukukuna ne kadar aykırı olursa olsun, Türkiye için meşrudur, çünkü zorunludur ve bu zorunluluğu doğuran şartlar halen devam etmektedir*" diyerek dönemi özetlemiştir.<sup>7</sup>

**ma Yeniden Yapılanmanın Hukuki Gelişim Süreci",**  
*Genç Hukukçular Hukuk Okumaları Grubu - Birikimler*  
-I-, İstanbul 2003.

<sup>6</sup> Bilâl Eryılmaz, *Tanzimat ve Yönetimde Modernleşme*, İşaret Yay., İstanbul 1992, s. 228.

<sup>7</sup> Engelhardt, Tanzimat dönemi Fransız diplomatlarından. *Türkiye ve Tanzimat* isimli eseri Türkçeye de çevrilmiştir.

Âli Paşa döneminde, yabancı tesiri devam etmiş, kanunlaştırma hareketlerinde Fransız Hukukuna dayanılmış, *Tanzimat ile başlayan* yeni hukuki düzen dayatması Islahat Fermanı ile hız kazanmıştır. Tanzimat devrinde yetişen *yeni bürokrasinin ilk neslinden olan* Mithad Paşa ile batılılaşma çalışmaları devam etmiş, Meşrutiyet'in ilanı çabalarının bir sonucu olarak Sultan Abdülaziz tahttan indirilmiştir.

Tanzimat süreci, öncelikle Jön Türk sürecini ve nihai olarak Kemalizm'i doğurmuş sonuçta elde; topluma yabancı, kendi halkına tepeden bakan bir bürokratik sınıf oluşmuştur. Hilmi Yavuz'un deyişiyle, batılılaşmadan kalkılıp Oryantalizme varılmıştır. Böylece yeni düzenin kurucusu olma vasfını, gücünü ve meşruiyetini taşıyan İslâm, zihinlerde batılı sembollerle idrak edilen bir dine dönüştürülerek, sadece değişmeyen bir dogma olarak kavranmıştır.<sup>8</sup>

Tanzimat sürecinde hukuk alanında yapılan reformlar, hukukun doğası gereği, devletin bütün kurum ve kuruluşlarını direkt olarak etkilemiş ve laikleşme belirtileri hızlı bir şekilde görülmeye başlamıştır. Hukuktaki değişimle başlayan bu laikleşme serüveni, Türkiye'nin siyasi, sosyal, ekonomik vb. alanlarda bugün geldiği noktayı anlamak ve anlamlandırmak için oldukça önemlidir. Hukuk, eğitim, ekonomi gibi alanlar *dinin dışına çıkılarak dünyevileşmeye başlamış*, İslâm dininin bu alandaki ağırlığı giderek ortadan kaldırılmıştır. Böylece devlet kurum ve kuruluşlarının laikleştirilmesi Tanzimat'ın en önemli yönü olarak dikkati çekmiştir.<sup>9</sup>

Bu laikleşme serüvenin ilk işaretleri dilde görülmüştür; zira Tanzimat'la birlikte ortaya çıkan sosyal ve siyasi değişim, ifadesini dilde bulmuştur. Batı Edebiyatı'nı örnek alan, Tanzimat kelimesinden mülhem, yeni bir edebiyat olan Tanzimat Edebiyatı'nın doğduğu bu değişimin hukuka yansımaları, Tanzimat'tan önce geçerli olan "**fıkıh**" kavramının yerini, Tanzimat'tan sonra, Tanzimatçıların zihin yapısına da uygun olarak, bizzat "**hukuk**"

<sup>8</sup> Hilmi Yavuz, "Oryantalizm" Üzerine Bir 'Giriş' Denemesi", <http://www.marife.org/6-yavuz.htm> (Çevrimiçi).

<sup>9</sup> Ejder Okumuş-Ahmet Cihan-Mustafa Avcı, *Osmanlı Devletinde Eğitim Hukuk ve Modernleşme*, s. 256-262.

kavramının kullanılmaya başlanmasına bırakmıştır. Yine hukuk diliyle yakından ilişkili olan "hürriyet" kavramının da, anlamı genişleyerek, bütün siyasi özgürlüklere sahip olma anlamında kullanıldığı görülmüştür. Öyle ki, Fransız Ceza Kanunundan tercüme yönü ağır basan, 1840 tarihli Ceza Kanununda "Hürriyet-i Şer'iyye" şeklinde karşımıza çıkmıştır. Bunlardan başka; millet, vatandaş, vatan, vatanperver, serbestiyet gibi kelimeler yeni anlamlar da yüklenerek hukuk alanındaki laikleşmenin temellerini oluşturmuşlardır.<sup>10</sup>

Dil ile başlayan hukukta laikleşme sürecinin en önemli aşaması, "kanunlaştırma hareketleri"dir diyebiliriz. Kodifikasyon [codification] süreci olarak da ele alabileceğimiz bu süreçte, Kara Avrupası Hukuku'nun merkezi olan Fransa'dan ciddi anlamda etkilenilmiş, Fransız kanunları direkt tercüme yoluyla veya muhteva itibarıyla iktibas edilmiştir.<sup>11</sup> Bu süreçte Fransız İhtilâli yanı sıra Avrupa'ya ve özellikle de Fransa'ya giden Jön Türkler, Tanzimat sonrası klasik adlî yapının değişmiş olması, tek hâkimli şer'î mahkemelerin yanı sıra, toplu hâkimli Ticaret ve Ceza Mahkemelerinin kurulmaya başlanması, yavaş da olsa görülmeye başlayan batılı tarza benzer üretim tarzı ve her alanda yaşanan mağlubiyetler devleti yeni hukuk düzenine zorlamıştır. Yeni siyasi ortam, merkezi bürokratik idarenin güçlenmesi, milliyetçiliğe paralel olarak hukukun millileştirilmesi, artan iç ve dış problemler, modernleşme ve batılılaşma çabaları devleti batı etkisine açık hale getirmiş bu durumun etkilediği Osmanlı devlet adamları da kodlaş-

tırma faaliyetlerinin hızlanmasında etki etmişlerdir.

Kanunlaştırma, Tanzimat Fermanı'nda dile getirilen Müslimlerle gayrimüslimlerin kanun önünde eşitliği düşüncesini perçinleştirmiştir. "Şahsi masuniyet" prensibini dile getiren Tanzimat Fermanı'ndan sonra, hiçbir rütbe-ye bakılmaksızın icra edilmesi ve tanzimi istenen Ceza Kanunu 1840 yılında tanzim edilmiştir. 1840 tarihli bu Ceza Kanunu, 1851 ve 1858'de tadil edilerek geliştirilmiştir. Şer'î hukuk ve örgütlenmelerden kopuşun ilk örneğini teşkil eden bu kanun ile Tanzimat'ın karakterine de uygun olarak, çift başlı bir düzen göze çarpmıştır.<sup>12</sup>

Çıkarılan kanunlar hukuk teklifini bozarak ikili bir hukukun oluşmasını sağlamış, İslâm Hukuku'yla Laik Hukuk'un bir arada uygulanmasına neden olmuştur. Cezaların istisna olmaksızın, Müslümanlara ve gayrimüslimlere eşit olarak uygulanacağı vurgusu da kanunda dikkati çeken hususlardandır.<sup>13</sup>

Kanunlaştırma hareketi açısından ikinci büyük öneme sahip olan kanun, 1849 tarihli Ticaret Kanunnamesi'dir. Avrupa hukukunun İslâm dünyasına girişinde önemli etkiye sahip olan bu kanun, Fransız Ticaret Hukuku'ndan alınarak hazırlanmış olup, liberalleşme ve laikleşme yolunda önemli bir adım olarak görülmüştür.<sup>14</sup>

Merkezi devlet aygıtının etkinliğinin rasyonelize edilmiş yeni kanunlardan geçtiğinin düşünüldüğü bu dönemde, Tanzimat Fermanı'nda da bahsi geçen<sup>15</sup> kodifikasyon çalışmaları; 1840 tarihli Ceza Kanunu'ndan sonra, 1849 tarihli Ticaret Kanunu, 1858 tarihli Arazi Kanunu<sup>16</sup>, 1869 tarihli Mecelle-i Ahkâmı Adli-

<sup>10</sup> Ejder Okumuş-Ahmet Cihan-Mustafa Avcı, a.g.e., s. 262-270.

<sup>11</sup> Codecivil'in kabul edildiği 1804 yılından önceki yaklaşık 800 yıllık dönemde Fransa'da, kodlaştırma düşüncesinin oluşumunda 4 etkiden bahsedilebilir. Birincisi adliyle memurlarının tuttuğu ve örf-adet münasebetlerini içeren Âdet Kitabı [coutumier] ve bunun tatbikatı; ikincisi, İtalya'daki birtakım hukukçuların 11. yüzyılda Roma Hukuku kaidelerini işlemeleri sonucu oluşan kodlar; üçüncü olarak, Almanya ve Fransa'da Roma Hukuku kaidelerinin şerh ve izahları yönündeki gayretler ile Papalık tarafından, sekülerleşmeyi kırmak adına, 1502'de tedvin edilen "Corpus Juris Canonici" adlı kod; son olarak da 13. yüzyıldan itibaren kuvvetlenen kralların ferman-beyanat-buyrultu-nizamnameleri. Bkz.: Refik Gür, *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle*, 3. baskı, Sebil Yayınevi, İstanbul 1993, s. 20.

<sup>12</sup> Bilal Eryılmaz, *Tanzimat ve Yönetimde Modernleşme*, İşaret Yay., İstanbul 1992, s. 224.

<sup>13</sup> Ejder Okumuş-Ahmet Cihan-Mustafa Avcı, a.g.e., s. 277.

<sup>14</sup> Ejder Okumuş-Ahmet Cihan-Mustafa Avcı, a.g.e., s. 282-283.

<sup>15</sup> (...) Bazı kâvânin-i cedîde vaz'u tesisi lazım ve mühim görünerek (...) Bkz.: Tanzimat Fermanı.

<sup>16</sup> Arazi Kanunu da Ahmet Cevdet Paşa öncülüğünde bir komisyon tarafından hazırlanmış olup, döneminin en başarılı ve özü koruyarak (kanunda İslâm Hukukunun etkisi açıktır) geliştirilen eserlerindedir. Bkz.: Bilal

ye<sup>17</sup>, 1876 tarihli Kanun-i Esasi ile hız kazanmış, Kanun-i Esasi’de yapılan 1909, 1921 ve 1924 değişiklikleri ile devam etmiştir. Kanun-i Esasi de diğer birçok kanun gibi Avrupa’daki örnekleri nazara alınarak gündeme gelmiş ve 1930 Belçika Anayasası örneğine dayanılarak alınmıştır.<sup>18</sup> Ceza Kanunu ve Ticaret Kanunu ile bunlara ilişkin usul kanunlarının, İngiliz ve Fransız elçiliklerinin de etkisiyle, doğrudan doğruya tercüme ürünü olarak alınması bunların temel kanunlar olmadığı gerekçesiyle yumuşatılmaya çalışılmışsa da temel bir kanun olan Medeni Kanun’da da aynı eğilimlerin varlığı, aslında nasıl bir süreçle karşı karşıya kalındığının nişanesidir.

Bütün bu süreçte, aslında, sürecin farklı da işleyebileceğini göstermesi açısından Ahmet Cevdet Paşa ile paşanın bir fikir olarak doğmasında ve hazırlanmasında önemli etkiye sahip olduğu Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye’ye ve birtakım olumlu değişikliklere de değinmek gerekmektedir. Daha önce değindiğimiz Tanzimat bürokrati tiplemesinden ilk kanadı temsil ettiği söylenilebilecek Cevdet Paşa, Islahat Fermanı’ndan sonra gündeme gelen Medeni Kanun yapılması tartışmalarında öne çıkmıştır. Bu tartışmalarda Âli Paşa’ya rağmen, Osmanlı Medeni Kanunu’nun, Fransa Codecivil [Code Napoléon]’inden direkt tercüme yoluyla değil, İslâm Hukuku’nun tedvini suretiyle yapılması gerektiği yönündeki düşüncesini kabul ettirebilmiştir. Bu kabuldür ki Türkiye’de, Medeni Hukuk’un laikleşmesini yarım asır geciktirmiştir. Bunun dışında, Padişaha ait yasama yetkisinin bir bölümünü üstlenecek olan meclisler oluşturulması, Dâr-ı Şuray-ı Askerî, Meclis-i Vâlây-ı Ahkâm-ı Adliye ve Dâr-ı Şura-yı Babîâlî gibi meclislerin, devlet yönetimiyle ilgili belli başlı kararları almak, özellikle memurları yargılamak ve devlet ile kişi arasındaki anlaşmazlıkları çözmekle gö-

revlendirilmesi, bu meclislerde görüşülmedikçe çıkarılan kanun ve nizamnamelerin yürürlüğe konamayacağını belirlenmesi, had cezası dışında, “siyaseten katli” olarak ifade edilen ölümlerle cezalandırmanın kaldırılması, “kanunsuz suç ve ceza olmaz” kuralının getirilmesi sayılabilir.<sup>19</sup>

Tanzimat süreci, “adliye teşkilatı” açısından da aynı şekilde etkili olmuş, Şer’i mahkemeler yanında ve bu mahkemelerin yetkileri azaltılarak, Ceza, Hukuk, Ticaret, İhtilat gibi şer’i olmayan mahkemeler kurulmaya başlanmıştır. Şer’i mahkemeler, Miras ve Aile hukuku işleri dışında diğer alanlarda söz sahibi olmaktan çıkarılmıştır.

Tanzimat sürecinin Türkiye Cumhuriyeti’ne yansımaları, her alanda görüldüğü gibi hukukta da görülmüştür. Konferanslar sonunda imzalanan “Yargı Yönetimine İlişkin Bildiri”yle Türkiye en az 5 yıllığına Avrupalı hukukçu danışmanlar almayı kabul etmiştir. İstanbul ve İzmir’de görev yapacak bu danışmanlar, hukuk reformları yapmakla görevli olacak komisyonların çalışmalarına katılacak ve mahkemelerin işleyişini kontrol ederek Adalet Bakanlığı’na bilgi vereceklerdir. Hukuk devrimi olarak adlandırılan bu süreç esasında tam bir resepsiyon sürecidir.

Kanunlaştırma hareketleri her ülke için gerekli olsa da sorun bunun nasıl ve hangi kaynağa müracaat ile yapılacağı noktasındadır.<sup>20</sup> Türkiye açısından bu mesele, Mahmut Esat Bozkurt tarafından şöyle halledilmiştir: “*Türk ihtilâlinin kararı, Batı medeniyetini kayıtsız şartsız kendisine mal etmek, benimsemektir. Bu karar, o kadar kesin bir azme dayanmaktadır ki, önüne çıkacaklar, demirle, ateşle yok edilmeye mahkûmdurlar. Bu prensip bakımından, kanunlarımızı olduğu gibi Batı’dan almak zorundayız. Böylelikle Türk ulusunun iradesine uygun harekette bulunmuş olacağız.*”<sup>21</sup> Mustafa Kemal ise Ankara Hukuk Fa-

Eryılmaz, *Tanzimat ve Yönetimde Modernleşme*, s. 228.

<sup>17</sup> Kendisi de Kodifikasyon sürecinin bir ürünü olan —ki buna rağmen Medeni Hukukun yarım asır kadar Laikleşmesini önlediği söylenmiştir— ve Ahmet Cevdet Paşa’nın hazırlanmasında önemli bir rol üstlendiği Mecelle, daha farklı bir yere sahip olup, buna ilerleyen satırlarda değineceğiz.

<sup>18</sup> Şinasi, Namık Kemal, Ziya Paşa arasında tartışılan Anayasanın hayata geçirilmesinde en önemli rol Mithad Paşa’nındır.

<sup>19</sup> Muharrem Balcı, “Tanzimat’tan Ulusal Programa Yeniden Yapılanmanın Hukuki Gelişim Süreci”, *Birikimler -I-*, İstanbul 2003, s. 23.

<sup>20</sup> “Ezmanın Tagayyürü ile Ahkâmın Tagayyürü İnkâr Olunamaz.” (Zamanın değişmesi ile hükümlerin de değişeceği inkâr edilemez), Mecelle, madde 39.

<sup>21</sup> M. Esat Bozkurt, *Türk Medenî Kanunu Nasıl Hazırlandı*, s. 11. Ayrıca bkz.: Mevcut hukuk sisteminin yenilenmesi, modernleştirilmesi için 1923 yılında Ad-



kültesi'nin açılış töreninde: "Tamamen yeni kanunlar meydana getirerek eski hukuk esaslarını kökünden kaldırmak teşebbüsündeyiz. Yeni hukuk esasları ile alfabetinden eğitime başlayacak yeni bir hukuk neslini yetiştirmek için bu müesseseleri açıyoruz."<sup>22</sup> diyerek Tanzimat ile başlayan hukuktaki laikleşmenin geldiği noktayı açıkça göstermiştir.

Ayrıca 1926 tarihli, Ahmet Cevdet Paşa'nın daha önce değindiğimiz müdahalesiyle gecikmiş, Türk Medeni Kanunu'nun, Mahmut Esat Bozkurt tarafından yazılan, "Esbab-ı Muhibbe Layihası"nda da; Türk milletinin kararının muasır medeniyeti kayıtsız şartsız tüm prensipleriyle taklit olduğu ve modernleşme tarihinde Âli Paşa'nın Fransız Medeni Kanunu'nun aynen kabulü isteğinin, milletin haklı menfaatlerini nazar-ı dikkate almayanlarca (Ahmed Cevdet Paşa'ya atıf) geçiştirildiği ve şimdi İsviçre Medeni Kanunu'nun medeni kanunlar arasında en yeni ve mükemmeli olduğu için iktibas edildiği belirtilmiştir.

Görüldüğü gibi Cumhuriyet bürokrasisi de selefleri Tanzimat paşaları gibi çareyi toplum mühendisliğinde görmüş ve hiçbir siyasal katılıma izin vermeden ve her alanda tam bir taklitçilikle resepsiyon faaliyetlerine girişmişlerdir. Tanzimat Fermanı ile başlayan "hukukta laikleşme" serüveninin hızlı bir şekilde Cumhuriyet ile devam ettiğini belirtmek gerekir.

Yaklaşık iki asra tekabül eden bu süreçte toplum belirli kalıplara sokulmaya çalışılmıştır. Geldiğimiz noktada bu çabaların amaçlarına ulaşmasa da toplumsal krizlere ve travmalara neden olduğunu açıklıkla ifade etmek gerekir. Sonuçta, montajcı hukuk algısının neden olduğu kısırlık, kendisini bütün toplumsal ilişkilerde göstermiştir.

---

liye Vekâleti tarafından kurulan komisyonlara yürürlükte bulunan kanunların elden geçirilerek tadili görevi verildi. Bu komisyonların çalışma şekillerini düzenleyen talimatnamede, komisyonların önce fıkıh hükümlerine dayanacakları, ikinci derecede de diğer uluslarca benimsenmiş hukukî çözüm ve uygulamalardan yararlanacakları belirtilmişti. 1925 yılında Adalet Bakanı Mahmut Esat Bozkurt bu komisyonlar önünde yaptığı bir konuşma ile komisyonların görevine son verirken bu cümleleri kullanıyordu. Bozkurt Gülnihal, *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi*, Sayı 22, Cilt: VIII, Kasım 1991.

<sup>22</sup> Ali Sevim-M. Akif Tural-İzzet Öztoprak, *Atatürk'ün Söylev ve Demeçleri, II*.

## Kaynakça

- Ali Sevim-M. Akif Tural-İzzet Öztoprak, *Atatürk'ün Söylev ve Demeçleri, II*, Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi, Ankara 2006.
- Bilâl Eryılmaz, *Tanzimat ve Yönetimde Modernleşme*, İşaret Yay., İstanbul 2006.
- Ejder Okumuş-Ahmet Cihan-Mustafa Avcı, *Osmanlı Devletinde Eğitim Hukuk ve Modernleşme*, Ark Kitapları", İstanbul 2006.
- Engelhardt, *Tanzimat ve Türkiye*, Kaknüs Yay., İstanbul 1999.
- Gülnihal Bozkurt, *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi*, *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi*, Sayı 22, Cilt: VIII, Kasım 1991.
- Hilmi Yavuz, "Oryantalizm Üzerine Bir 'Giriş' Denemesi", <http://www.marife.org/6-yavuz.htm> (Çevrimiçi).
- M. Esat Bozkurt, "Türk Medenî Kanunu Nasıl Hazırlandı", İstanbul 1944.
- Mehmet Doğan, *Batılılaşma İhaneti*, İz Yayıncılık, İstanbul 1997.
- Muharrem Balcı, "Tanzimat'tan Ulusal Programa Yeniden Yapılanmanın Hukuki Gelişim Süreci", *Genç Hukukçular Hukuk Okumaları Grubu - Birlikler I*, Danışman Yayınları, İstanbul 2003.
- Refik Gür, *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle*, 3. baskı, Sebil Yayınevi, İstanbul 1993.





# İfade Özgürlüğü ve TCK 301

İbrahim Hakkı BEYAZIT



## GİRİŞ

İnsanlık tarihi boyunca düşünme eylemine ilişkin psikolojik, felsefi, siyasi ve hukuki açıdan her türlü inceleme ve tartışma yapılmış, tezler ve antitezler sunulmuştur denilebilir. Tarihsel süreç içerisinde kimi zaman var olmaya eş tutulan düşünme eylemi kimi zaman tehlikeli bir ameliye görülerek sınırlamalara tabi tutulmuştur. Bunun sosyolojik, politik, dini vb. pek çok nedeni vardır ancak şurası muhakkak ki her dönemde düşünme eylemi farklı değerlendirilmiştir. Şüphesiz bu farklı değerlendirmelerin temel nedeni insan faktörüdür. Çünkü nesnel dünyanın duyular yoluyla öznel bilince aktarılması olan algılama, tüm insanlarda farklı zihinsel süreçlerden geçerek oluşmaktadır. Bu farklı algılar, düşünme eylemine temel teşkil etmekte ve nihayet düşünceler de farklılaşmaktadır. İşte bu farklı düşünceler kimi zaman tahakkümü kimi zaman özgürlüğü doğurmaktadır.

Esasen düşünme eylemi, salt bu halde, hukuk dışıdır. Zira düşünme içe dönük bir eylemdir. Şu halde, birtakım düzenlemelerde yer alan “Düşünce Özgürlüğü” esas olarak zihinsel süreci düzenleme çabası olmayıp, dış etkenlere karşı koruyucu nitelikte bir çabadır. Hukuk düzeni açısından düşünce, kural olarak, ortaya çıktıktan sonra önem kazanır. Çünkü düşünce ilk kez, ortaya çıkınca yani ifade edilince toplumsal ve hukuksal düzenle karşılaşır. Bu karşılaşma sonrası var olan toplumsal ve hukuksal düzenin koruduğu bazı değerler etkilenebilir. İfade edilen her düşünce için geçerli olmasa da, ifadenin böyle bir potansiyel taşıdığı da yadsınamaz. Bununla birlikte söz konusu etki her zaman negatif anlam taşımayabilir. Hatta çoğu zaman var

olan değerlerin sınanabilmesi için etkiye maruz kalması zorunludur. Nitekim aksinin kabulü halinde yeni fikirler ve hatta teknik buluşlar dahi hayat bulamayacaktır.

O halde öncelikle çözümlenmesi gereken sorun; ifade edilen düşüncelerin hangi değerleri etkilediği, bu etkinin ne yönde olduğu ve nihayet ne zaman ve ne şartla hukuki değerleri ihlal ettiği. Genel olarak bu sorun çerçevesinde yoğunlaşacağımız bu çalışmamızda her şeyden önce bir kabullenmeyle hareket edeceğimizi belirtmek gerekir. Kanaatimizce hukuk düzenleri tüm düşüncelere ve bunların ifade edilmesine eşit tepki vermez. Zira yukarıda da belirttiğimiz gibi, her hukuk sisteminin korumaya çalıştığı bir düzen vardır ve korunan düzeni bozabilecek her türlü eylem, kavfi de olsa, bir refleksle karşılaşacaktır. Bu nedenle bir düşünce açıklaması da olsa örneğin şiddete yöneltme veya şiddeti övme, bir başkasını aşağılama gibi durumlarda, kusurluluğa göre, suç oluşabilecektir. Bu konuların ayrıntısını ilerleyen kısımlarda daha kapsamlı olarak inceleyeceğiz.

Özetleyecek olursak; düşünme ve düşüncelerini ifade etme, bilimsel ve teknik üretimin temelidir denilebilir. Bu sebeple dış etkenlerden uzak bir düşünce ve bunları ifade etme özgürlüğü toplumsal ihtiyaç olduğu kadar temel insan haklarından. İşte bu çalışmamızda ifade özgürlüğünü bu bağlamda değerlendirmeye çalışacağız. Genel olarak temel insan hakları algısını ve ifade özgürlüğünün bu algıdaki yerini inceleyip ulusal ve ulusal üstü yargılama makamlarının bu konudaki kararlarını değerlendirmeye çalışacağız. Son bölümde ise TCK 301. maddesini bu kapsamda inceleyip ulusal hukuktaki düzenlemeyi kritik etmeye çalışacağız.

## TEMEL İNSAN HAKKI OLARAK İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

### 1. Genel Olarak

Kadim Hukuk Öğretilerine göre insan, birey olarak doğuştan belirlenmiş hak ve özgürlüklere sahip olan varlıktır. Kişilik ise, hukukun, bir diğer ifadeyle hukuk sisteminin insana verdiği değerdir. İnsanı birey veya kişi olarak iki ayrı şekilde değerlendirmek, kadim hukuk öğretilerinde iki farklı görüşü ortaya çıkarmıştır. Birincisi “Tabii Hukuk” görüşü, ikincisi “Kişisel Haklar” görüşü. Her iki görüşte tarih içinde muhtelif dönemlerde uygulama alanı bulmuştur.<sup>1</sup>

Batıda ifadesini bulan “Tabii Hukuk Öğretisi”ne göre; birey hak sahibidir ve özgürdür. Özgürlüğü hak sahipliğinden de önce gelir ve doğustandır. O halde bireyin hak sahipliği tanınmalı, özgürlük durumu hukuksal forma kavuşturulmalıdır. Bu görüş tarih boyunca var olagelmış, fakat uygulama alanı çok zor bulabilmiştir. Fransız Devrimi ile bu “Tabii Hukuk Öğretisi”nin toplumlara olanca gücüyle yayıldığı ve etkili olduğu ileri sürülse de, topluma hâkim olan burjuva sınıfının haklarının öncelikle teminat altına alınmasıyla bu etki ortadan kaldırmış, Fransız Devrimi’nin göz boyayıcılığı, insanı bir “kişi” olarak tanımlamakla son bulmuştur.<sup>2</sup>

Günümüz Pozitivist Hukukunu doğuran ve geliştiren “Kişisel Haklar Öğretisi”ne göre, insan sadece birey değil, toplumun da bir parçasıdır, üyesidir. Hakları ve yükümlülükleri, ilişkide olduğu toplum içinde ve toplum tarafından belirlenir. “Kişisel” bakış açısına göre, hak ancak toplum içinde doğabilir. İnsanı birey olarak değil de, hukukun tanımladığı bir değer olan “kişi” olarak ele aldık mı, artık insana doğuştan birtakım haklar tanınmanın da hiçbir anlamı kalmaz. Kişinin insan hakları adına ileri süreceği her istek, devletin imkânıyla sınırlanmıştır. Bir hakkın doğal olarak ileri sürülebilmesi, o hakkı karşılayacak imkânlarla bağlandığı zaman geleneksel anlamda bir haktan söz edilemez. Nitekim tarihi seyir

içerisinde, hakların toplum/devlet imkânlarıyla sınırlı olabileceği yaklaşımını ihtiva eden kişisel bakış açısı, zamanla daha ileri gitmiş, birbirine zıt düzenlemeler ve birbiriyle çelişik uygulamalarla, hak ve özgürlüklerin çok kolay kısıtlanabileceği hukuk dışı düzenlemelere meşruiyet kazandırmaya yaramıştır.<sup>3</sup>

Gerek “Doğal Hukuk” gerek “Kişisel Haklar Öğretisi” hak ve özgürlüklerin algılanışı ve uygulaması üzerinde bütünsel etkiye sahiptirler. Şüphesiz her iki öğretinin de doğduğu ve geliştiği süreç farklıdır ancak amaçları aynıdır; “hak” kavramının teorik altyapısını oluşturmak. Fakat çalışmamızın konusu bakımından bu teorik altyapılarla ilgili kısa bir giriş yeterli görüyoruz. İleriki bölümlerde ‘ifade özgürlüğü’nün anlamı ile normatif düzenlemelerdeki yeri ve önemine değineceğiz.

### 2. İfade Özgürlüğü’nün Tarihi Süreci, Anlamı ve Önemi

Günümüzde temel insan hakkı olarak kabul edilen birçok hak ve özgürlük, aşağı yukarı her dünya vatandaşı için benzer şeyleri çağrıştırmaktadır. Bazı ulusal düzenlemeler farklı olsa da, örneğin “Yaşam Hakkı” hemen herkes için aynı değerdedir. Gerek batı gerek doğu insan hakları paradigmaları bu hakkı öylesine vazgeçilmez ve temel bir hak olarak görmektedirler ki; tüm hukuk sistemlerinde yaşam hakkının ihlali en ağır yaptırıma tabi kılınmıştır.<sup>4</sup> Özellikle tarihlerinde savaflara sık rastlanan toplumların bu hakka daha fazla önem vermeleri anlamlıdır. Yaşanan acı tecrübeler, toplumları yaşam hakkının kutsallığında birleştirmiş ve günümüzdeki algıya temel oluşturmuştur.

İfade özgürlüğü de “Birinci Kuşak İnsan Hakları”ndan olsa da ne yazık ki algılanışı ve düzenlenişi yaşam hakkı gibi yeknesak değildir. Bunun temel nedeni her toplumun aynı

<sup>1</sup> Muharrem Balcı, *Eğitim ve Öğretimde Haklar ve Yükümlülükler*, s. 21.

<sup>2</sup> Balcı, a.g.e., s. 21.

<sup>3</sup> Balcı, a.g.e., s. 22.

<sup>4</sup> Burada ölüm cezası tartışmalarına girmeye gerek görmüyoruz. Zira salt ölüm cezasının varlığı, hukuk düzeni açısından yaşam hakkının Birinci Kuşak İnsan Haklarından olduğu gerçeğini değiştirmez. Bu ceza daha çok ülkelerin suç politikaları, cezanın genel önleme amacı ve kamu düzeni gibi nedenlerle varlığını korur.

sosyal gelişim sürecini yaşamaması veya farklı dönemlerde yaşamasıdır. Örneğin Ortaçağ Avrupa'sında hem kralın hem kilisenin baskıları nedeniyle farklı düşünceler ya hiç dile getirilememiş ya da dile getirenler ağır cezalara mahkûm edilmişlerdir. Öyle ki farklı görüş sahibi hemen herkes hapsedilmiş ve hatta bazıları eziyet görek öldürülmüştür. Din karşıtı görüşleri yüzünden uzun yıllar hapis cezası çeken 18. yüzyıl Fransız filozofu Denis Diderot "Son Kral, son Rahibin bağırsaklarıyla boğulmazsa insanoğlu asla özgür olamayacaktır" diyerek kral ve kilise baskılarını etkili bir dille eleştirmiştir.<sup>5</sup> Bu baskılar, Aydınlanmayla birlikte yerini yavaş yavaş düşüncenin özgürce ifade edilebilmesi sürecine bırakmıştır. Muhtemelen ifade özgürlüğünün en ağır kısıtlamalara tabi tutulduğu yer olan Kıta Avrupa'sı, bu deneyimlerin de etkisiyle bu özgürlüğe günümüzde gereken önemi fazlasıyla veren ve normatif düzenlemelerde bu hususta en hassas davranan coğrafyadır.

İfade özgürlüğünün bugün anlaşıldığı şekliyle, daha doğru bir söyleyişle temel bir insan hakkı olarak değerlendirilmesinin tarihi çok da eski değildir. Tarihin hemen her döneminde felsefi ve sosyolojik değerlendirmeler yapılmış olsa da, bu hakka ilişkin hukuki altyapı ancak yirminci yüzyılda oluşturulmuştur. Gerçekten hemen tüm ulusal ve ulusal üstü düzenlemeler son yüzyılda gerçekleştirilmiştir. Söz konusu düzenlemeler, genel itibarıyla, ifade özgürlüğünü tanımakta fakat diğer hak ve özgürlüklerde olduğu gibi, içeriğine ilişkin bir tanımlama yapmamaktadır. O halde öncelikle İfade Özgürlüğü'nün neyi içerdiği yani anlamının ne olduğu ve neden önemli olduğu sorularının cevaplandırılması gerekecektir.

İfade özgürlüğü; kişinin hiçbir kaygı duymadan, duygu ve düşüncelerini sözlü, yazılı ve sair yollarla açıklayabilmesi/yayabilmesi olarak tanımlanabilir. Bu açıklama küçük bir topluluğa karşı olabileceği gibi çeşitli vasıtalar yoluyla çok daha geniş bir kitleye karşı da olabilir. Nihayet açıklanan ifadenin muhtevası da (siyasi, ekonomik, ticari vb.) önemli değildir.

<sup>5</sup> William Blum, *The Anti-Empire Report Some things you need to know before the world ends - Does the United States have an opposition media?*

İfade özgürlüğü her şeyden önce düşüncenin oluşum sürecini yani kanaat sahibi olma sürecini korur. Bu koruma pek tabiidir ki dış etkenlere karşıdır. Bunun dışında ifade özgürlüğü; bilgi ve fikir alma ve sahip olunan bilgi ve fikirleri yayma özgürlüğü olmak üzere iki boyuttan oluşmaktadır.<sup>6</sup>

Son olarak ifade özgürlüğünün önemine işaret etmek yararlı olacaktır. Yukarıda kısaca değindiğimiz üzere, düşünce ve düşüncelerini ifade etme özgürlüğü, demokratik süreçte önemli bir yer tutmaktadır. Yeni ve daha iyi fikirlerin ortaya çıkmasının zeminini ifade özgürlüğü oluşturmaktadır. Birbirinden farklı çeşitli fikirlerin olması ve bunların tartışılması bireylere farklı düşünceler arasında seçim yapma olanağı sunmaktadır. İfade özgürlüğünün varlığı halinde ancak kişiler, kendi düşüncelerinin doğru veya yanlış olduğunu test edebilirler.<sup>7</sup> Aksi halde yani ifade özgürlüğünün yokluğu halinde ise yalnızca bir şey vardır: Baskı. Bu baskı iktidarın yapısından kaynaklanabileceği gibi sansürden de kaynaklanabilir. Aslında sansürün varlığı da salt iktidardan kaynaklanır gibi görünse de bu her zaman böyle değildir. Örneğin sansürün işe yararlığına dair çok ciddi tezler genellikle liberal batı demokrasilerinde ileri sürülmüştür.<sup>8</sup>

### 3. Ulusal Üstü Düzenlemeler<sup>9</sup>

İfade özgürlüğünü teminat altına alan birçok ulusal üstü insan hakları belgesi mevcuttur. Bu belgelerin bir kısmı uluslararası örgütler tarafından bir kısmı ise bölgesel örgütler tarafından düzenlenmiştir. Çalışmamızın kapsamı göz önüne alınarak aşağıda sadece birkaç düzenleme alıntılanacak, diğerlerine sadece atıfta bulunmakla yetinilecektir.

<sup>6</sup> Vahit Bıçak, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü*, s. 20.

<sup>7</sup> Bıçak, a.g.e., s. 19.

<sup>8</sup> Frederick Schauer, *İfade Özgürlüğü: Felsefi Bir İnceleme*, s. 104.

<sup>9</sup> Bu bölümde alıntılanan tüm belgelerin kaynağı için bkz.: Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusal Üstü İnsan Hakları Belgeleri (Uluslararası ve Bölgesel Sistemler)*, Genişletilmiş 2. bası. Ayrıca bkz.: Muharrem Balcı-Gülden Sönmez, *Temel Belgelerde İnsan Hakları*.

### **a) Uluslararası Örgütlerce Hazırlanan Belgelerde İfade Özgürlüğü**

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 10 Aralık 1948'de kabul edilen Evrensel İnsan Hakları Bildirisinin 19. maddesinde ifade özgürlüğü şu şekilde düzenlenmiştir:

"Herkesin görüş sahibi olma ve ifade özgürlüğü hakkı vardır; bu hak, müdahale olmaksızın bir görüşe sahip olma özgürlüğünü ve herhangi bir iletişim aracı ile ve kaynağı ne olursa olsun bilgi ve düşüncenin araştırılması, elde edilmesi/alınması ve yayılması/verilmesi özgürlüğünü de içerir."

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 16 Aralık 1966'da kabul edilen ve 23 Mart 1976'da yürürlüğe giren Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin 19. maddesinde ifade özgürlüğü şu şekilde düzenlenmiştir:

1. Herkesin müdahaleye maruz kalmaksızın görüş sahibi olma hakkı olacaktır.
2. Herkes, ifade özgürlüğü hakkına sahip olacaktır; bu hak gerek sözlü, yazılı ya da basılı olarak yahut sanatsal bir form altında, ya da kendi seçtiği başka bir iletişim yoluyla ve ülke sınırları dikkate alınmaksızın her türlü bilgiyi ve fikirleri araştırma, edinme ve yayma özgürlüğünü içerecektir.

### **b) Bölgesel Örgütlerce Hazırlanan Belgelerde İfade Özgürlüğü**

Avrupa Konseyi tarafından hazırlanıp 4 Kasım 1950'de kabul edilen ve 3 Eylül 1953'te yürürlüğe giren İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi)'nin 10. maddesine göre:

- "1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamları tarafından müdahale olmaksızın ve ulusal sınırlar dikkate alınmaksızın, görüşlere sahip olma ve bilgi ve düşünceleri edinme ve bunları yayma özgürlüğünü içerecektir. Bu madde, devletlerin radyo, televizyon ya da sinema işletmeciliğinin izne/ruhsata bağlanması isteminde bulunmalarını engellemeyecektir.

2. Bu özgürlüklerin kullanımı, ödevler ve sorumluluklar ile yerine getirileceğinden/yürütüleceğinden, ulusal güvenliğin, ülke bütünlüğünün ya da kamu emniyetinin yararı, düzensizliğin ya da suçun önlenmesi için, sağlığın ya da ahlakın korunması için, başkalarının şöhret ve haklarının korunması için, gizli bilginin edinilerek açığa çıkmasının önlenmesi için, yahut yargılama organlarının yetki ve tarafsızlığının muhafaza edilmesi için, hukukun öngördüğü ve demokratik bir toplumda gerekli bulunan türdeki formalitelere, koşullara, kayıtlamalara ya da cezalara tabi tutulabilir."

Bunun dışında bazı bölgesel belgelerdeki düzenlemeler şöyledir;

Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi madde 4,

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi madde 13,

Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı madde 9.

## **4. Türk Hukukunda İfade Özgürlüğü**

Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki; Türkiye Evrensel İnsan Hakları Bildirisini ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini onaylamıştır. Bu nedenle yukarıda belirttiğimiz ulusal üstü düzenlemelerdeki normlar Anayasamızın 90. maddesi gereği iç hukuka dâhildir. Anayasamızın bu amir hükmüne rağmen çok uzun yıllar mevzuatımızı bu anlaşmalardaki normlara uyarlayamadığımız için ne yazık ki hâlâ çok fazla hak ihlali ile karşılaşmaktayız ve ülkemiz taraf olduğu anlaşmalar gereği çok defa mahkûm olmakta ve itibar kaybetmektedir. Esasen ulusal hukukta en üst norm olan anayasada yer alan hükümler mezkûr sözleşmelerden pek de farklı değildir. Örneğin Anayasa madde 25:

"Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir. Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz"

hükmünü içerir.

Yine 26. maddede de:

“Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükümü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.

Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sıralarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.

Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellemek kaydıyla, düşünceleri açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz.

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir”

denmektedir.

Görüldüğü gibi anayasal kurallar sözleşmelerin tekrarı niteliğindedir. Ancak belirttiğimiz gibi ifade özgürlüğü konusunda ülkemiz sürekli olarak ihlal yaptığı gerekçesiyle mahkûm olmaktadır. Bunun nedenleri anayasadan ziyade çeşitli kanunlarda aramak daha doğru olacaktır. Terörle Mücadele Kanunu<sup>10</sup>, Ceza Kanunu ve Basın Kanunu gibi kanunlar gerek içerdikleri norm ve gerek yanlış yorumlamalar nedeniyle çoğu zaman ifade özgürlüğünün başında Demokles’in kılıcı gibi sallanmaktadırlar. Örneğin Terörle Mücadele Kanunu’nda yer alan “propaganda” eyleminin somut olarak içinin doldurulabilmesi hiç de kolay olmamakta hatta çoğu kez yargılama makamlarının değerlendirmeleri yanlış görülerek ifade özgürlüğünün ihlaline karar verilmektedir.

<sup>10</sup> Terörle Mücadele Kanunu’nda 1995, 2003 ve 2006 yıllarında önemli değişiklikler yapılmıştır. Fakat böylesine önemli bir konuda hazırlanan değişikliklerde toplumsal mutabakat ne yazık ki sağlanamamıştır. Bu nedenle tartışmalar hâlâ sürmektedir ve muhtemelen gelecekte de birçok temel hak ve özgürlüğün ihlali ile karşılaşacağız.

Benzer sorunlar Ceza Kanunumuzdaki bazı muğlak ifadeler için veya Basın Kanunumuzdaki kusursuz sorumluluk halleri için de varlığını hâlâ korumaktadır.<sup>11</sup> Özellikle Basın Kanunu, basının etki alanının son derece geniş olması hasebiyle bir kat daha önem arz etmektedir. Uygulamada düşünce suçunun işlenmesi genellikle basın yoluyla olmaktadır.<sup>12</sup> Bu nedenle kanunun hem ulusal üstü belgelerdeki hem de anayasadaki normlara uygun olması zorunluluktur.<sup>13</sup>

## MAHKEME KARARLARINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

Herhangi bir hak ve özgürlüğün salt normatif düzenlemelerde yer alması şüphesiz o hak ve özgürlüğün varlığını göstermez. Bu hak ve özgürlüklere saygı gösterilmesi, soyut düzenlemelerin hayatın içinde somutlaştırılabilirliği ve sınırlarının belirlenebilmesi için yargılama makamlarının içtihatları çok önemlidir. Temel bir insan hakkı olan ifade özgürlüğüne ilişkin hem ulusal hem de uluslararası mahkemelerin kararlarına bu bağlamda değinmek yararlı olacaktır. Ancak bu konudaki kararların fazlalığı nedeniyle sadece belli başlı kararlara değinmek durumundayız.

### 1. Amerikan Yüksek Mahkemesi Kararları

#### a) Genel Olarak

Anglo-Sakson hukuk sisteminin genel özelliklerinden olan kısa ve öz düzenlemelerle kural belirlenmekte, uygulama ise zamanın ihtiyacına göre mahkemeler eliyle şekillenmektedir. Böylece ideal hukuka yaklaşmak daha kolay hale gelmektedir. Bu anlamda Amerikan Yüksek Mahkemesi [Supreme

<sup>11</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Çetin Özek, *Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına*, s. 36 vd.

<sup>12</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi ve “Basın Suçu” kavramı için bkz.: Adem Sözüer, *Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu*, s. 1 vd.

<sup>13</sup> 53 yıldır uygulanan 5680 sayılı eski Basın Kanunu yerine 5187 sayılı yeni Basın Kanunu’muz belirttiğimiz normlar çerçevesinde hazırlanarak 2004 yılında yasalasmıştır.

Court] verdiği kararlarla güncel meselelere ilişkin çok ciddi açılımlar sağlayan nadir mahkemelerdendir.

Yüksek Mahkemenin ifade özgürlüğünü ilişkin verdiği kararlarda değişmeyen bir argümanı vardır: "Fikirlerin Pazaryeri". Bu argümana göre, gerçeği elde etmenin yolu fikirlerin serbest pazarından geçer. Bir şekilde "yanlış" olduğu gerekçesiyle yasaklanan ya da bastırılan bir düşünce gerçek olabilir. Bu nedenle gerçeğe ya da doğruya ulaşmanın yolu fikirleri serbest ve yarışmacı bir ortamda sunmaktır. Gerçekliğin testini yapacak olanlar da, "fikirlerin pazaryeri"nde tezgâhları dolaşan müşteriler olacaktır.<sup>14</sup>

Bir diğer argüman ise devletin "hakikat bekçisi" olmadığı fikridir. Buna göre, halkı zararlı fikirlere karşı korumak devletin vazifesi veya hakkı olamaz.

## b) Örnek Kararlar<sup>15</sup>

### 10.11.1919 Karar Tarihli Abrams v. United States Davası

ABD-Almanya savaşı devam ederken birkaç genç, Rusya'daki devrimi öven ve Amerika'daki işçileri greve çağıran broşür dağıtmaları, ABD kapitalizmini eleştirip silah üretimini durdurmaya çalışmaları gibi nedenlerle mahkeme önüne çıkmıştır. Yüksek Mahkeme, hükümet şeklini eleştirip komünizmi savunan ve propaganda yapan gençlerin ifade özgürlüğünden yararlanamayacağını belirterek mahkûmiyet kararı vermiştir.

### 08.06.1925 Karar Tarihli Gitlow v. United States Davası

Herhangi bir eyleme teşvik edici olmayan akademik tartışma veya soyut doktrinler dışında; kurulu hükümeti güç, şiddet veya kanuni olmayan herhangi bir araçla devirme veya yıkma görevini, zorunluluğunu veya uygunluğunu tavsiye eden, destekleyen ve öğretenler ifade özgürlüğünden yararlanamaz.

### 01.06.1931 Karar Tarihli Near v. Minnesota Davası

Bir Minnesota kanunu, "kötü niyetli, alenen tahkir ve terzil edici bir gazete, dergi veya diğer mevkutenin mutaden ve düzenli olarak üretilmesi, yayınlanması vb. işiyle" uğraşan kimsenin huzur bozma suçunu işlemiş sayılarak hakkında kamu davası açılacağı ve söz konusu mevkutelerin kapatılabileceği, yayınlayanların da gelecekte aynı ihlali yapmalarının yasaklanacağı hükmünü ihtiva etmektedir. Dava konusu olayda *The Saturday Pres* adlı gazete, bazı kamu görevlilerini "alenen tahkir ve terzil edici" yayınlarda bulunduğu gerekçesiyle kapatılmıştır. Yüksek Mahkeme ise, yapılan yayın gerçeğe aykırı dahi olsa böyle bir kanunla basın üzerinde baskı kurmanın basın özgürlüğüne ve ifade özgürlüğüne aykırı olduğuna karar vermiştir.

### 17.06.1957 Karar Tarihli Yates v. United States Davası

Smith Yasasının 3. maddesi ve 18 U.S.C 371'e göre, California'da Komünist Parti liderleri olan 14 kişi, şartları en iyi şekilde değerlendirerek, en kısa zamanda, (1) Birleşik Devletler Hükümetinin güç ve şiddet kullanarak yıkılması yönünde propaganda yapmak ve eğitim vermek, (2) Birleşik Devletler Komünist Partisini kurarak, Hükümetin güç ve şiddet kullanarak yıkılmasını sağlama niyetiyle propaganda ve eğitim faaliyetinde bulunmak üzere teşekkül oluşturmak suçundan mahkûm edilmişlerdir. Yüksek Mahkeme ise, Smith yasının, soyut olarak, bir eylemi tahrik etmeye yönelik bir fiil olmaksızın, güç ve şiddet kullanarak hükümetin yıkılmasına yönelik propaganda yapmayı ve eğitim sunmayı yasaklamamaktadır gerekçesiyle hükmü bozmuştur.

### 07.04.2003 Karar Tarihli Virginia v. Black

Bay Black ve arkadaşları, "herhangi bir kimsenin bir başka kimseyi veya grubu yıldırma gayesiyle herhangi bir kişinin mülkünde, otobanda veya kamuya açık alanda haç yakmasını"<sup>16</sup> ağır bir suç kabul eden Virginia ka-

<sup>14</sup> Zühtü Arslan, *ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü*, s. 5.

<sup>15</sup> Tüm kararlar için bkz.: Arslan, a.g.e.

<sup>16</sup> Böylesi bir haç yakma eylemi, kişi veya kişileri yıldırma niyetinin aksi ispat edilinceye kadar geçerli bir delili olacaktır.



nunlarına muhalefetten mahkûm olmuşlardır. Yüksek Mahkeme ise, kural koyarak karine yaratıp ispat yükünü de kişilere vermeyi anayasaya aykırı bulmuş, kişilerin serbestçe düşünme ve ifade özgürlüğüne müdahale edilmeden ispat yükünün jüride ve iddia makamında olması gerektiğini belirlemiştir.

Birkaç örnekle dikkat çekmeye çalıştığımız Amerikan Yüksek Mahkemesinin ifade özgürlüğüyle ilgili yaklaşımı koşullara göre farklılık göstermektedir. Özellikle soğuk savaş döneminde fikir açıklamalarına temkinli davranan Mahkeme, sonraları daha özgürlükçü kararlara imza atmıştır. Özellikle son dönem kararları ifade özgürlüğü açısından son derece lehedir.<sup>17</sup>

## 2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

### a) Genel Olarak

Yukarıda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddesini zikretmiştik. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de bu konudaki başvuruları bu madde çerçevesinde değerlendirmekte, ifade özgürlüğünün ihlaline karar vermesi halinde taraf devlete yaptırım uygulamaktadır.

AİHM, kurulduğu günden bu yana verdiği kararlarla hep gündemde olmuş bir yargılama makamıdır. Temel insan hak ve özgürlükleri konusunda içtihatları son derece önemlidir. Bölgesel nitelikte olan Mahkeme, Avrupa Konseyi Belgeleri çerçevesinde temel hak ve özgürlükler hakkında değerlendirmeler de bulunmaktadır ancak ifade özgürlüğüne ilişkin kararlar ayrı bir yer tutmaktadır. 1998 yılında yeniden yapılanan AİHM, ifade özgürlüğüne verdiği önemi sembolik olarak göstermek amacıyla ilk kararını (Fressoz-Roire, 21.01.1999) ifade özgürlüğüyle ilgili olarak vermiştir.<sup>18</sup>

Mahkeme'nin ifade özgürlüğüyle ilgili vermiş olduğu kararlar da sadece bir veya

birkaç sabit ölçüt bulmak olanaksızdır. Elbette ki bazı ölçütler hemen her olayda kullanılabilir niteliktedir. Örneğin ifade özgürlüğünün sadece zararsız fikirler için değil, aynı zamanda kırıcı, şok edici veya rahatsız edici fikirler için de geçerli olduğu ölçütü birçok kararda değinilen temel bir ölçüttür. Fakat bunun yanında bazen taraf devletlerin içinde bulunduğu sosyal ve siyasal durumlar da değerlendirilerek istisnai ölçütler de kullanılmaktadır. Buna örnek olarak, özellikle 90'lı yıllardan itibaren Türkiye'nin Güneydoğu bölgesinde yaşanan olayları Mahkemenin dikkate alarak, bazı tedbirlerin ifade özgürlüğünü ihlal etmediğine karar vermesi gösterilebilir.<sup>19</sup> Her ne kadar Mahkeme bu neviden davalarda "meşru sınırlandırma" şeklinde değerlendirme yapsa da bu değerlendirmenin temelinde yukarıda bahsettiğimiz nedenlerin yattığı yadsınamaz.

Belirttiğimiz gibi Mahkemenin ifade özgürlüğüne ilişkin kararları oldukça fazladır. Bu nedenle aşağıda daha çok bu konuda temel ölçütlerin belirlendiği kararları aktarmaya çalışacağız.

### b) Örnek Kararlar<sup>20</sup>

#### 7 Aralık 1976 Tarihli Handyside v. Birleşik Krallık Davası

İngiliz yayıncı Handyside 1971 yılında "Küçük Kırmızı Okul Kitabı" başlıklı, cinsel konuları da içeren Danimarka kaynaklı bir kitabın İngilizce çevirisini yayınlama hazırlığına başlamıştır. Yayın öncesi kitap toplattırılmış ve yayıncıya para cezası verilmiştir. Mahkeme bu davada, ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumun en esaslı temellerinden birini oluşturduğunu, ifade özgürlüğünün sadece toplumda beğeni ve hoşgörüle karşılanan bilgi veya düşüncelerin açığa vurulmasını değil, aynı zamanda devleti ve halkın bir kesimini rahatsız eden, hatta şoka uğratan bilgi ve fikirleri de kapsadığını, çoğulculuğun, hoşgörü ve açık fikirliliğin gereği ifade özgürlüğü olmaksızın demokratik bir toplum düşünülemediği değerlendirilmesini yapmakla birlikte, somut olayda ifade özgürlüğüne yapı-

<sup>17</sup> 1989 sonrası kararları için bkz.: Arslan, a.g.e., s. 322 vd.

<sup>18</sup> Bıçak, a.g.e., s. 20.

<sup>19</sup> Örnek olarak Sürek v. Türkiye (No: 1), Zana v. Türkiye.

<sup>20</sup> Tüm kararlar için bkz.: Bıçak, a.g.e., s. 22 vd.

lan müdahaleyi demokratik bir toplumda ahlaki değerleri korumak için kabul edilebilir bulmuştur.<sup>21</sup>

Bu kararda ortaya konulan ölçüt; devletin hoş karşılanmayan ve hatta şok eden fikirlere karşı hoşgörülü olması, tahammül etmesidir. Mahkeme bu davadan sonraki davalarda da çok defa bu kararı hatırlatarak belirlediği ölçü- te dikkat çekmiştir.

**26 Nisan 1979 Tarihli  
Sunday Times v. Birleşik Krallık Davası**

Hamile kadınlar tarafından kullanılan bir ilacın bebeklerin sakat doğmasına yol açtığı gerekçesiyle ilaç firması aleyhine tazminat davaları açılmıştır. Yargılama devam ederken *Sunday Times* gazetesi, ilacın yol açtığı faciayı ayrıntılarıyla yayınladığını okuyucularına duyurmuştur. Görülmekte olan davayı etkileyeceği gerekçesiyle ilaç firması tarafından yapılan başvuru üzerine söz konusu yayın yasaklanmıştır. Olayı inceleyen Mahkeme, demokratik bir toplumda uyuşmazlıkların yargı organlarınca tartışılarak çözümlenmesinin, bunların özel yayınlar veya basın gibi başka forumlarda tartışılmasına engel teşkil etmeyeceğine işaret ederek konulan yayın yasağının ifade özgürlüğünün ihlali olduğu kararını vermiştir.<sup>22</sup>

**22 Mayıs 1990 Tarihli  
Weber v. İsviçre Davası**

Soruşturma devam ederken basın toplantısı yaparak gizliliği ihlal eden gazetecinin cezalandırılması ifade özgürlüğünün ihlalidir. Yani basın soruşturmanın gizliliğini ihlal edebilir.

**25 Kasım 1997 Tarihli  
Zana v. Türkiye Davası**

Bir ilin eski bir belediye başkanının gazetecilerle yaptığı bir görüşmede, bir terör örgütünün verdiği ulusal bağımsızlık mücadelesinin desteklediğini, ancak katliamdan yana olmadığını ifade eden beyanının günlük bir gazetede yayınlanması, beyanı yapan eski belediye başkanının mahkûmiyetine neden

olmuştur. Olayı değerlendiren Mahkeme, günlük büyük bir gazetede yayınlanan söyleşinin, ülkenin bir bölümünde terör örgütünün sivillere karşı yürüttüğü saldırıları arttırdığı bir zamana rastladığını; böyle hassas bir zamanda terör örgütünün mücadelesinin ulusal bağımsızlık mücadelesi olarak tanımlanmasının ortamı gerginleştireceğine ve terör olaylarının artmasına neden olabileceğini ifade ederek verilen cezanın sosyal bir ihtiyaçtan kaynaklandığını, dolayısıyla ifade özgürlüğünün ihlalinin söz konusu olmadığına karar vermiştir.<sup>23</sup>

**24 Şubat 1997 Tarihli  
De Haes ve Gijels v. Belçika Davası**

Birkaç hâkimin itibarını sarstıkları gerekçeyle iki gazetecinin tazminata mahkûm edilmesini Mahkeme, ifade özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirmiştir.<sup>24</sup>

**8 Temmuz 1999 Tarihli  
Sürek v. Türkiye (No: 3) Davası**

Haftalık bir dergide yayınlanan bir makalede, “özgürlük mücadelesini sonuna kadar sürdüreceğiz” gibi ifadeler kullanarak terör örgütüyle özdeşleşen bir tarzda düşüncelerini ifade eden yazarın başvurusu karşısında Mahkeme, ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirmeye imkân görmemiştir.

Mahkemenin ifade özgürlüğüne dair temel ölçütlerinin ekseriyeti aktardığımız kararlarla oluşmuştur. Dikkat edileceği gibi Mahkeme, bu konuda çok hassas davranmakta, birçok başvuruda taraf devlet eylemlerini ihlal olarak değerlendirmektedir. Bunun yanında özellikle AİHS madde 10/2 deki sınırlandırma ölçütlerini de dikkate almakta ve “ulusal güvenlik”, “ahlakın korunması” vb. nedenlerle yapılan sınırlamalarda taraf devletlere geniş takdir marjı sunmaktadır. Ancak sınırlamaların öngörülebilir olması ve en önemlisi demokratik bir toplumda zorunlu olması gerekir, varılmak istenen meşru amaç ile yapılan müdahale arasında orantı olmalıdır.

<sup>21</sup> Bıçak, a.g.e., s. 40.

<sup>22</sup> Bıçak, a.g.e., s. 23.

<sup>23</sup> Bıçak, a.g.e., s. 42.

<sup>24</sup> Bıçak, a.g.e., s. 22.

### 3. Yargıtay Kararları

#### a) Genel Olarak

Uzun yıllardır Yargıtay'ın ifade özgürlüğüne ilişkin verdiği kararlar çokça tartışılmaktadır. Şüphesiz yargılama makamlarının kararlarının tartışılması, demokratik bir toplumda son derece doğal olmakla beraber aynı zamanda gereklidir de. Fakat bu tartışmaları ilginç kılan bir nokta vardır. Yüksek mahkeme konuyla ilgili kararlarında diğer yüksek mahkemelerle hemen hemen aynı ölçütleri kullanmaktadır ki olması gereken de budur. Nitekim ülkemiz 1954 yılında AİHS'e taraf olmuş, yaklaşık 30 yıldır Avrupa Birliği'ne üye olabilmek için çaba harcamakta ve hâlihazırda adaylık yolunda mevzuat değişikliklerini sürdürmektedir. Dolayısıyla kullanılan ölçütlerin aynı olması yerindedir. Fakat buna rağmen özellikle Yargıtay kararlarının ve bazı Anayasa Mahkemesi'nin kararlarının<sup>25</sup> AİHM'de incelenmesi durumunda genellikle hak ihlali karar verilmektedir. Aynı ölçütler kullanılarak verilen kararlar arasındaki aşırı yorum farkının ise izahı mümkün olmasa gerektir. Bu konuda son zamanlarda verilen kararlarda ki titizliği de göz ardı edemeyiz. İlerleyen zamanlarda daha hassas olunacağı inancıyla bazı önemli kararlara değinelim.

#### 2. Örnek Kararlar<sup>26</sup>

##### Yarg. 8.CD. 9674/2695 Sayılı ve 22.03.1977 Tarihli Kararı

Bir hükümeti "... canileri kışkırtarak ve saldırtarak en iğrenç cinayetleri işlemekle" suçlamak suretiyle konuşma yapmak eleştiri olarak kabul edilemez.

##### Yarg. CGK., E.1979/2, K.1979/12-124 ve 29.03.1979 Tarihli Kararı

Miting esnasında Mahir Çayan'ın portesi ve "Devrim için sosyalist denmez" ibaresini havi pankart taşıyan sanığın eylemi, Mahir Çayan'ın herkesçe bilinen eylemlerinin meşru olduğu imajını yaratmakta olup bu eylemle halk isyana teşvik edilmektedir. Sanığın bu eylemi TCK 312/1 maddesi kapsamındadır.

##### Yarg. CGK., E.1978/502, K.1978/45 ve 23.09.1979 Tarihli Kararı

Sanık Halk Birliği Derneği yönetim kurulu üyelerinin yayınladıkları bildiriye "...faşist milliyetçi cephe hükümeti" ibaresini kullanmaları, düşünce özgürlüğünü tanımayan, kapitalizmi ayakta tutabilmek için yasal yola dayanmayan, kaba kuvvete ve diktatörlüğe yer veren bir rejimi ifade etmektedir. Bu nedenle bildiri ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilemez.

##### Yarg. CGK., E.1989/9-63, K.1989/165 ve 24.04.1989 Tarihli Kararı

Bir siyasi partinin toplantısında konuşma yapan Sanık; "Sayın Cumhurbaşkanı eğer efeyse Lozan'ı deldirtmesin... Lozan'ı deldirteceksin, halka karşı anayasayı deldirtmem diye efeleneceksin, olmaz böyle şey, hadi canım sen de... ortalığı karıştıracaksın... gafillik edeceksin..." demiştir. CGK sonuç olarak, ifadeler ağır da olsa eleştiri mahiyetindedir ve suç oluşmamıştır şeklinde karar vermiştir.

##### Yarg. 8. CD., E.2001/12263, K.2001/14853 ve 17.10.2001 Tarihli Kararı

Cumhurbaşkanına gönderdiği mektupta, "depremin merkez üssünün Gölçük'teki Orduevinin olması ve gece 03.00'te meydana gelmesi de üzerinde ibretle düşünülmesi gerekli bir husustur... Samimi dindar birçok insan fişlenmiş... dinin emri olan başörtüsünü takan öğrencilere, subay ve bürokrat hanımlarına baskı uygulanmış, bunların büyük kısmının başları açtırılmıştır..." şeklinde düşünceler içeren mektubun halkı din farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa açıkça tahrik suçunu oluşturmaktadır. Ceza verilmesi, ifade özgürlüğünün kısıtlanması olarak değerlendirilemez.

<sup>25</sup> Özellikle Anayasa Mahkemesi'nin bazı siyasi parti kapatma davalarında verdiği kararlar, AİHM tarafından ifade ve örgütlenme özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirilmiştir. Bu konuda kapsamlı bir çalışma için bkz.: Hacı Ali Özhan, *Siyasi Parti Kapatma Davaları Hakkında Bir Hukuki İnceleme*, (Çevrimiçi) [www.geocities.com/hacialiozhan/arastirma18.htm#a ihm](http://www.geocities.com/hacialiozhan/arastirma18.htm#a ihm), (son yararlanma) 22.06.2007.

<sup>26</sup> Tüm kararlar için bkz.: Hacı Ali Özhan-Bekir Berat Özipek, *Yargıtay Kararlarında İfade Özgürlüğü*.

Yarg. 8. CD., E.2001/14469,  
K.2001/16707 ve 03.12.2001  
Tarihli Kararı

Sanığın sorumlu yazı işleri müdürü olduğu dergide, emniyet güçlerine karşı giriştikleri silahlı saldırıda ölen TKP/ML, TMLGB ve TİKKO örgütlerinin militanlarını övmesi ve kahraman olarak vasıflandırması suç oluşturmakta olup, ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi olanaksızdır.

## TCK 301. MADDE

### 1. Genel Olarak

Ceza kanunları suçları çeşitli ölçütlere göre sınıflandırır. Değişik yaklaşımlara göre bu ölçütler; suçun manevî unsuru, failin saiki, failin sıfatı, pasif süje, ceza, hareket ve netice, zaman ve yer, suçun maddi konusu, suçun hukuki konusu vb. şeklinde ortaya çıkmıştır. Ancak bu ölçütlerin hiçbiri de sağlıklı ve tam bir sınıflandırma için tek başına yeterli olamamıştır.<sup>27</sup>

Suç teşkil eden fiilin, hukuki varlık ya da menfaatinin ihlal ettiği kişiye yani pasif süjeye göre yapılan sınıflandırmalar, genel olarak suç mağdurunun bireyler veya devlet oluşunu göz önünde bulundururlar. Aslında işlenen her suçta pasif süje devlet ise de asıl pasif süjeden maksat suçla ihlal edilen menfaatin asıl sahibidir. Dolayısıyla devlet bazı suçlarda doğrudan pasif süje iken bazı suçlarda dolaylı pasif süjedir. Devletin her halükarda suçtan etkilenen olması dolayısıyla suçların sınıflandırılmasında, genellikle, pasif süje tek başına ölçüt olarak alınmaz. Pasif süjeye ait olan ve suç tarafından ihlal edilen hukuki konuyla birlikte değerlendirilir ve suçlar buna göre sınıflandırılmaya tabi tutulur.<sup>28</sup> Çalışmamızın kapsamı açısından bu sınıflandırmaları sıralamayacağız fakat sadece TCK madde 301 ile ilgili değerlendirmelerde bulunacağız.

### 2. Suçun İncelenmesi

#### a) 765 sayılı Kanun Dönemindeki Yasal Düzenleme

301. madde, Türk Ceza Kanunu'nda "Özel Hükümler" in yer aldığı İkinci Kitapta, "Mille ve Devlete Karşı Suçlar" in yer aldığı Dördüncü Kısımın Üçüncü Bölümünde, "Devletin Egemenlik Alametlerine ve Organlarının Saygınlığına Karşı Suçlar" içinde düzenlenmiştir. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ise bu suç "Devletin Şahsiyeti Aleyhine Cürümler" kısmında düzenlendiğinden bazı kaynaklarda hâlâ bu tasnifte yer almaktadır. Niteliksel bir fark olmamakla beraber, biz de kanunun kullandığı sınıflandırmaya uygun olarak 301. maddeyi "Devlete Karşı Suçlar" kapsamında değerlendireceğiz. Bu anlamda, öncelikle bu suçların genel yapısına değinmek yararlı olacaktır.

Söz konusu suçlar, esas olarak devletin varlığını, devamını ve bununla ilgili düzenini konu almaları sebebiyle, devletin öz varlık ve menfaatlerini korumaktadırlar. Bunlar en üst politik menfaatleri ilgilendirirler. Bu suçlar devletin varlığına ve devamına yönelmiş fiiller olmalarından dolayı, en üst koruma konusuna tecavüz etmekte ve tarihin en eski çağlarından beri cezalandırılmaktadırlar. İsmi ne olursa olsun topluluklar birer organizasyon olarak biçimlenmeye başladıktan sonra, daima kendilerini koruma zorunluluğuyla karşılaşmışlar ve bu koruma topluluğun diğer menfaatlerinin de korunmasının ilk şartı olmuştur. İnsanların bir siyasi organizasyon içinde birleşmeleri ihtiyacı, organizasyonun varlığının ve devamının sağlanması zorunluluğunu yaratmıştır.<sup>29</sup> Bu zorunluluk nedeniyle başta devlet olmak üzere her organizasyon kendini koruyucu önlemleri almak durumundadır. Alınacak önlemlere ilişkin net olarak bir değerlendirmede bulunmak sanıldığı gibi kolay değildir. Gerçekten de organizasyonların, kendilerini koruyan her önlem esnasında bireylerin hak ve özgürlüklerini daralttıkları görülmektedir. Oysaki aslolan bu dengenin kurulmasıdır.

TCK madde 301 açısından değerlendirmede öncelikle bazı hususları belirtmemiz

<sup>27</sup> Türkan Yalçın Sancar, *Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları*, s. 23.

<sup>28</sup> Sancar, a.g.e., s. 24.

<sup>29</sup> Sancar, a.g.e., s. 28.

gerekmektedir. Yukarıda belirttiğimiz gibi 301. madde özelinde 5237 sayılı TCK ile 765 sayılı TCK arasında, ceza sınırları ve basit terminoloji değişikliği dışında, ciddi bir nitelik farkı yoktur. 301. maddenin 765 sayılı TCK'daki muadili olan 159. madde ise dönemin İtalya Adalet Bakanı'nın adıyla anılan 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nun [Zanardelli Kanunu] çevirisinden ibarettir. Liberal bir ortamda hazırlanan Zanardelli Kanunu, 1930 yılında daha devletçi bir anlayışın ürünü olan Rocco Kanunu ile sertleştirilmiştir. Aynı değişiklik TCK'ya da yansımış ve uzun yıllar aynı düzenleme muhafaza edilmiştir. Bu konudaki ayrıntılara aşağıda daha geniş yer vereceğiz ancak maddenin tarihi serüvenine de kısaca değinmek yararlı olacaktır.

765 sayılı TCK'nın ilk halinde 159. madde metni şu şekildedir;

“Büyük Millet Meclisini veya Hükümetin şahsı manevisini veya ordu ve donanmasını yahut Türklüğü tahkir ve tezyif edenler hakkında dahi bundan evvelki madde<sup>30</sup> ahkâmı tatbik olunur.

Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına sövenler altı ayı geçmemek üzere haps olunur ve otuz liradan yüz liraya kadar ağır cezayı nakdiye mahkûm olur.”

Bu suçların soruşturulması ise 160. madde gereği Millet Meclisi Başkanlığının iznine bağlanmıştır.

1936 yılında 3038 sayılı kanunla yapılan değişiklikten sonra madde şu şekli almıştır;

“Türklüğü, Büyük Millet Meclisini, Cumhuriyeti, Hükümetin manevi şahsiyetini alenen tahkir ve tezyif edenler bir seneden altı seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Devletin silahlı kuvvetlerini veya Adliyenin manevi şahsiyetini alenen tahkir ve tezyif edenlere de aynı ceza verilir.

Türkiye Cumhuriyeti Kanunlarına alenen sövenler altı ayı geçmemek üzere haps olunur ve otuz liradan yüz liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır.

<sup>30</sup> Adı geçen 158. madde; “*Reisicumhura karşı muvacehesinde hakaret edenler veya reisicumhur aleyhine tecavüzkarane neşriyatta bulunanlar üç seneden aşağı olmamak üzere ağır hapse konulur. Reisicumhur aleyhine gıyabında lisanen tecavüzatta bulunanlar bir seneden üç seneye kadar haps olunurlar.*”

Türklüğü tahkir ve tezyif, yabancı memlekette bir Türk tarafından işlenirse ceza üçte birden eksik olmamak üzere arttırılır.”

160. maddede yapılan değişiklikle de izin makamları; birinci ve ikinci fıkralardaki “Hükümeti”, “Adliyenin manevi şahsiyetini” ve “Cumhuriyeti” tahkir ve tezyif için Adalet Bakanlığı, “Türklüğü” ve “Büyük Millet Meclisini” tahkir ve tezyif için Millet Meclisi Başkanını, “Devletin silahlı kuvvetlerini” tahkir ve tezyif için ise Milli Savunma Bakanlığı olarak değiştirilmiştir. 1946 değişikliği ile de izin makamı sadece Adalet Bakanlığı olarak değiştirilmiştir.<sup>31</sup>

1946 yılında 4956 sayılı kanunla yapılan değişiklikle, Bakanlıklara sövmek, Meclisin Meşruiyeti hakkında suizanda bulunmak ve Meclis Kararlarına sövmek de maddeye alınmış bundan başka metinde ciddi bir değişiklik yapılmamıştır ancak çok farklı bir ilave yapılmıştır. Buna göre; suç işlenirken tahkir veya tezyife uğrayanın adı açıkça zikredilmese veya üstü kapalı olarak geçirilirse bile maddede belirtilen kişi ve kurumların hedef alındığı açıkça anlaşılmalıkta ise suç işlenmiş sayılır. “Matufiyet” denilen bu kurum böylece bu suç açısından kanunumuza girmiştir.

Matufiyet kurumu ile ilgili doktrinde ciddi tartışmalar yapılmış, saptanmasının zorluğu nedeniyle endişe duyulmuştur. Gerçekten de ceza hukuku açısından tehlikeli bir kurum olduğu son derece açıktır.<sup>32</sup> Ne yazık ki uygulamada da sıklıkla bu kuruma başvurulduğu mahkeme kararlarından anlaşılmaktadır.<sup>33</sup>

<sup>31</sup> İzin makamı olarak “Adalet Bakanlığı” ibaresi uygulamada bazı sorunlara yol açmıştır. Metinden sadece “Bakan”ın izin vermeye yetkili olduğu anlaşılrsa da, Yargıtay 9. CD. E.1978/1069, K.1978/1058, 09.03.1978 tarihli kararında bu yetkinin Bakan’ın şahsına verilmemesi, fakat Bakanlığı temsil yetkisi olanların da (Müsteşar gibi) izin verebileceğini belirtmiştir.

<sup>32</sup> Matufiyet konusunda detaylı bilgi için bkz.: Sancar, a.g.e., s. 244 vd.

<sup>33</sup> Bu konuda örnek olarak bkz.: Yargıtay 8. CD. E.2001/12489, K.2001/17422, T.24.12.2001.

Dava konusu olayda; sanık imam, “... bunlar Yahudi tohumudur, bizleri yönetenler, üstteki eşekler bu düzeni düzeltmezler, bu düzen İslam nizamının gelmesi halinde düzelir...” şeklinde hutbe vermiş, Daire matufiyet itibarıyla hükümetin manevi şahsiyetinin tahkir ve tezyif edildiğine karar vermiştir.

Matufiyet kurumu 5237 sayılı TCK ile bu suç açısından kaldırılmıştır.

1961 yılında 235 sayılı kanunla yapılan değişiklikle metin şu halini almıştır;

“Türklüğü, Cumhuriyeti, Büyük Millet Meclisini, Hükümetin manevi şahsiyetini, Bakanlıkları, Devletin askeri veya emniyet muhafaza kuvvetlerini veya Adliyenin manevi şahsiyetini alenen tahkir ve tezyif edenler bir seneden altı seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Birinci fıkrada beyan olunan cürümlerin irtikâbında, muhatap sarahaten zikredilmemiş olsa bile onlara matufiyetinde tereddüt edilmeyecek derecede karineler varsa tecavüz sarahaten vukubulmuş addolunur.”

Bu değişiklikle Matufiyet ilkesi korunmuş fakat 1946 yılında eklenen “Meclisin Meşriyeti Hakkında suizanda bulunmak” ibaresi madde metninden çıkartılmıştır. Bunun gerekçesi olarak, demokratik bir rejimde bu hükmün çok tehlikeli olacağı, seçimlerin şaibeli olması halinde dahi bunun dile getirilmeyeceği gibi nedenler sıralanmıştır.<sup>34</sup>

2002 yılında 4744 sayılı kanunla yapılan değişiklikle sadece cezalar indirilmiş olup içeriğe ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır.

2002 yılında 4771 sayılı kanunla yapılan değişiklikle ise çok önemli bir ilave yapılmıştır. Buna göre;

“... sayılan organları veya kurumları tahkir ve tezyif kastı bulunmaksızın, sadece eleştirmek maksadıyla yapılan yazılı, sözlü veya görüntülü düşünce açıklamaları cezayı gerektirmez.”

Esasen bu değişikliğin gereksiz olduğu, gerek ulusal üstü belgelerde gerek anayasada yer alan ifade ve eleştiri özgürlüğünün bu korumayı zaten sağladığı düşünülebilir. Nitekim henüz bu fıkra yokken dahi Yargıtay eleştiri hakkını kullananların cezalandırılmayacağını belirtmekteydi.<sup>35</sup> Ancak değişikliğin yapıldığı dönemlerde sıklıkla şikâyetler yapılması ve yerli yersiz soruşturmalar açılması değişikliği zorunlu kılmıştır denilebilir. Ancak bu değişiklikten sonra dahi kanun koyucunun istediği ortam bir türlü sağlanamamış ve günümüzde de benzer sorunlar hâlâ yaşanmaktadır.

2003 yılında 4963 sayılı kanunla yapılan değişiklikle birinci fıkradaki cezanın alt sınırı bir seneden altı aya indirilmiş, bundan başka içeriğe ilişkin bir değişiklik yapılmamıştır.

## b) 5237 Sayılı Kanun Düzenlemesi

### Maddenin İlk Hali ve Gerekçesi

5237 sayılı Türk Ceza Kanunundaki ilk düzenleme ve gerekçesi şu şekildedir;

#### Türklüğü, Cumhuriyeti, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama

##### Madde 301:

- 1) Türklüğü, Cumhuriyeti veya Türkiye Büyük Millet Meclisini alenen aşağılayan kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
- 2) Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini, Devletin yargı organlarını, askeri veya emniyet teşkilatını alenen aşağılayan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
- 3) Türklüğü aşağılamanın yabancı bir ülkede bir Türk vatandaşı tarafından işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte bir oranında artırılır.
- 4) Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz.

Bu maddenin gerekçesi ise şu şekildedir;

#### GEREKÇE:<sup>36</sup>

“Maddenin birinci fıkrasında, Türklüğü, Cumhuriyeti veya TBMM’yi alenen aşağılamak, suç olarak tanımlanmıştır.

Maddede geçen Türklük deyiminden maksat, dünyanın neresinde yaşarsa yaşasınlar Türklere has müşterek kültürün ortaya çıkardığı ortak varlık anlaşılır. Bu varlık Türk Milleti kavramından geniştir ve Türkiye dışında yaşayan ve aynı kültürün iştirakçileri olan toplumları da kapsar. Cumhuriyet deyiminden, Türkiye Cumhuriyeti Devleti anlaşılmalıdır.

Suçun maddi unsuru aşağılamaktır. Bu aşağılamanın alenen gerçekleşmesi gerekir. Aşağılamak, suçun konusunu oluşturan değerlere duyulan saygınlığı azaltmaya yönelik davranışlardan ibarettir.

<sup>34</sup> Sancar, a.g.e., s. 51.

<sup>35</sup> Yargıtay CGK. E.1976/8-13, K.1976/28, T.2.2.1976, Yargıtay CGK. E.1998-9/70, K.1998/156, T.5.5.1998.

<sup>36</sup> Gerekçe için bkz.: İzzet Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Genel Hükümler*.

Maddenin ikinci fıkrasında, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini, Devletin yargı organlarını, askeri veya emniyet teşkilatını alenen aşağılamak, ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır.

Bu hüküm karşısında, örneğin iktidarın tahkir veya tezyifi halinde fiilin Hükümete yönelik bulunduğu hususunda duraksanmayacak işaret ve alametler varsa, fiilin Hükümete yönelik olduğu kabul edilecektir.

Üçüncü fıkrada bu suçun konusu, işlendiği yer ve faili bakımından daha ağır cezayı gerektiren bir nitelikli hâli kabul edilmiştir. Buna göre, Türklüğü aşağılamanın yabancı bir ülkede bir Türk vatandaşı tarafından işlenmesi hâlinde ceza artırılabacaktır.”

Son fıkra ise maddenin mecliste görüşülmesi esnasında bir grup milletvekili tarafından önerilmiş ve maddeye eklenmiştir. Gerekçesi aşağıdaki gibidir;

“Eleştiri hakkı Anayasamızda güvence altına alınan ifade özgürlüğünün doğal bir parçası olup, kişilerin bu hakkı kullanmaları sonucu ortaya koydukları düşüncelerin suç oluşturmayacağı açıktır. Yargıtay ve AİHM'nin kararlarında da belirtildiği üzere, ağır, sert veya incitici nitelikte de olsa, eleştiri hakkı kullanıldığında kişiye yaptırım uygulanamayacağı, çoğulcu demokrasilerin vazgeçilmez bir gereğidir. Kuşkusuz ki, eleştiri hakkının kullanıldığı bütün hallerde suç oluşmayacağı; diğer bir deyişle, söz konusu hakkın sadece bu maddedeki suçlar yönünden değil, tüm suçlar için gerekli olduğu açıktır. Nitekim Tasarının 26. maddesinde de “hakkını kullanan kimseye ceza verilmeyeceği” öngörülerek, eleştiri hakkı da dâhil olmak üzere bu konuda genel bir hüküm bulunmaktadır. Ancak, 30.07.2003 tarihli ve 4963 sayılı kanunla, 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 159. maddesine eklenen son fıkrasına, Tasarıda verilmemesinin yanlış anlamalara ve uygulamalara neden olabileceği düşünülmüş, maddeye bu hususun dördüncü fıkra olarak açıkça yazılması gerekmiştir.”

#### **30.04.2008 Tarihli Değişiklik Sonrası**

5237 sayılı TCK'nın 301. maddesi 30.04.2008 tarihinde 5759 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle değişikliğe uğramıştır. Sonuç bölümünde de açıklayacağımız üzere bu değişikliğin hukuki bir gereksinimden kaynaklan-

dığını söylemek oldukça zordur. Özellikle 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girdiği tarihten sonraki süreçte ülkemizde gerçekleşen birtakım siyasi gelişmeler ve adli olaylar nedeniyle 301. madde üzerinde son derece hararetli tartışmalar yaşanmış ve toplum adeta bu madde üzerinden kamplara ayrılmıştır. Yasama organı böylesi bir ortamda tercihini madde üzerinde değişiklik yapmaktan yana kullanmıştır.<sup>37</sup> Biz de bu bölümde herhangi bir açıklama yapmaksızın maddenin değişik son haline ve gerekçesine yer vereceğiz. Devam eden bölümlerdeki açıklamalarımız ise 5237 sayılı TCK dönemindeki maddenin ilk hali ile halen yürürlükte olan son haline ilişkin olacaktır.

#### **Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama**

##### **Madde 301:**

(Değişik: 30/4/2008-5759/1 madde)

- 1) Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Türkiye Büyük Millet Meclisini, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ve Devletin yargı organlarını alenen aşağılayan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
- 2) Devletin askerî veya emniyet teşkilatını alenen aşağılayan kişi, birinci fıkra hükmüne göre cezalandırılır.
- 3) Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz.
- 4) Bu suçtan dolayı soruşturma yapılması, Adalet Bakanının iznine bağlıdır.

#### **c) Suçun Faili**

Madde metninden de anlaşılacağı gibi, Cumhurbaşkanının ve Yasama Meclisi üyelerinin sorumsuzluk halleri dışında, herkes bu suçun faili olabilir.

<sup>37</sup> TBMM tutanakları da açıkça göstermektedir ki; toplumda maddenin ilk haliyle korunması, son haline dönüştürülmesi ve hatta tamamen kaldırılması yönünde bir mutabakat sağlanamamıştır. Fakat Meclis çoğunluğu ile madde son haline değiştirilmiştir. Tartışmalar için bkz.: (Çevrimiçi) [http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak\\_g\\_sd.birlesim\\_baslangic?P4=20147&P5=B&PAGE1=55&PAGE2=122](http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_g_sd.birlesim_baslangic?P4=20147&P5=B&PAGE1=55&PAGE2=122) (son yararlanma) 22.07.2008.

#### d) Suçun Hukuki Konusu

Suçun ihlal ediciliği kaynağını hukuki konudan alır. Her suçta nasıl bir fail varsa, bir de hukuki konu vardır. Suçun hukuki konusu, suç tarafından ihlal edilen hukuki varlık veya menfaattir. Varlık, insanın ihtiyaçlarını tatmine elverişli her şeyi ifade eder. Menfaat ise kişi ile varlık arasında ve kişinin bir ihtiyacını gidermek için varlığı kullanmasına imkân veren ilişkidir.<sup>38</sup>

TCK madde 301 açısından hukuki konunun tespiti çok kolay olmamakla beraber maddenin düzenlendiği yer ve maddede yer alan tüm unsurlar dikkate alındığında suçun konusunun “Devletin öz varlık ve menfaatleri” olduğunu söylemek yerinde olacaktır.<sup>39</sup>

#### e) Korunan Değer ve Kurumlar

##### Türklük ve Türk Milleti

Her ne kadar 30.04.2008 tarihli değişiklikten sonra “Türklük” kavramı korunan değer olmaktan çıkmış ise de, biz bu başlık altında her iki kavramın da incelenmesinin daha yerinde olacağı kanaatindeyiz. Bunun birinci nedeni; 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren “Türklük” kavramına ilişkin çok sayıda tartışmanın yapılmasıdır. Bu tartışmaların nedeni hakkında fikir sahibi olabilmek adına bu kavramın da incelenmesi gerekmektedir.

İkinci neden ise; kanaatimizce kanunkoyucunun korumak istediği temel değer “Türklük” iken, sadece toplumsal tepkinin şiddetini azaltmak adına bu değer “Türk Milleti” olarak değiştirilmiştir. Gerçekten de “Türklük” ibaresi 765 sayılı TCK'ya girdiği 1936 yılından 13.11.2005 tarihine kadar fasılasız olarak hukukumuzda zaten vardı. Yani kanunkoyucu iradesini 1936 yılından beri açıkça ortaya koymuş iken yapılan son değişikliğin izahı; belirttiğimiz gibi toplumsal tepkiyi azaltmak olsa gerektir. Detaylarını son bölümde açıklayacağımız üzere esasen bu iki kavram arasında zannedildiği gibi büyük bir farkın da olmadığını düşünmekteyiz. Bu nedenlerle korunan

değer olarak öncelikle “Türklük” kavramını işleyip sonrasında “Türk Milleti” kavramını işleyeceğiz.

Kelime olarak; (1) Türk olma durumu, (2) Türklere özgü nitelik, (3) Türklerin meydana getirdiği topluluk anlamına gelen “Türklük”, tarihi, sosyolojik ve kültürel açıdan değerlendirilebilen bir kavramdır. Gerçekten bu kavramla aynı tarihi süreci yaşamış ve aynı kültüre ait bir toplum ifade edilmektedir. Pekî, acaba “Türk” derken kastedilen kimdir ve bunun tanımı nasıl yapılacaktır? Tanım yapılırken nerede durulacak ve hangi topluluğa karşı bakılacaktır?

Her şeyden önce şunu belirtelim ki, yukarıdaki sorularla hiç uğraşmadan, mevcut kavram kargaşasından faydalanarak ve sırtımızı da Anayasaya dayayarak (!); “Türk Devletine vatandaşlık bağıyla bağlı olan herkes Türk'tür” diyerek bu sorunu halletmiş görünebiliriz. Ancak bu yaklaşım, sorunu sadece hukuki açıdan çözmeye yöneliktir, oysa sorun çok daha fazla sosyolojiktir. Şu halde “Türk” kime denir sorusunun yanıtını Anayasada aramak zannedildiği gibi<sup>40</sup> bizi daha doğru bir sonuca götürmez, sadece hukuki bir sonuca götürebilir ki, belirttiğimiz gibi sorun hukuki değildir.

Bu konunun ayrıntılarını aşağıda “Sonuç ve Önerilerimiz” kısmında tartışacağımızı belirterek şimdilik “Türklük” kavramı için, yukarıda da zikredilen, kanunun gerekçesindeki açıklamayı referans alacağımızı belirtelim. Buna göre; Türklük deyiminden maksat, dünyanın neresinde yaşarsa yaşasınlar Türklere has müşterek kültürün ortaya çıkardığı ortak varlık anlaşılır. Bu varlık Türk Milleti kavramından geniştir ve Türkiye dışında yaşayan ve aynı kültürün iştirakçileri olan toplumları da kapsar.

“Türk Milleti” kavramı ise bir açıdan “Türklük” kavramından dar, bir başka açıdan ise daha geniştir. Gerçekten de sözlük anlamı “çoğunlukla aynı topraklar üzerinde yaşayan, aralarında dil, tarih, duygu, ülkü, gelenek ve görenek birliği olan insan topluluğu, ulus” olan “millet” kavramı öncelikle belli bir coğrafya ile sınırlıdır. Bu nedenle Türk Milleti

<sup>38</sup> Sancar, a.g.e., s. 63.

<sup>39</sup> Sancar, a.g.e., s. 64.

<sup>40</sup> Fatih Birtek, *İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Kanunu'nun 301. Maddesinin Bu Kavram Işığında Değerlendirilmesi*.



denildiğinde akla öncelikle Türkiye’de yaşayan insanlar gelir. Oysa “Türklük” kavramıyla kapsanmak istenenin tüm dünya üzerindeki Türkler olduğu gerekçede açıkça belirtilmiştir. Bu anlamda “Türk Milleti” kavramı “Türklük” kavramından daha dardır denilebilir. Bunun yanında gerekçede yer alan “Türklük deyiminden maksat, dünyanın neresinde yaşarsa yaşasınlar Türklere has müşterek kültürün ortaya çıkardığı ortak varlık...” ifadesi esasen bu kavramın “ırk” bağlamında değerlendirildiğini göstermektedir. Gerçekten de “Türklere has müşterek kültür” ile kapsama alınanlar açıkça Türk ırkından olanlar olsa gerektir. Türk Milleti ise Türklere has müşterek kültüre ait olmasa bile Türklerle birlikte ortak yaşama iradesine sahip başka ırklardan olan insanları da kapsamaktadır. Bu açıdan ise “Türklük” kavramından daha geniştir.

Bu açıklamalarımızdan sonra şunu da belirtmek gerekir ki; bu değişikliğin uygulama açısından en ufak bir kıymeti harbiyesi yoktur. Zira sonuç kısmında tartışacağımız üzere Yargıtay yıllardır “Türklük”ten maksadın “Türk Milleti” olduğunu “Cumhuriyet”ten maksadın da “Türkiye Cumhuriyeti Devleti” olduğunu belirtmektedir.<sup>41</sup>

### Türkiye Cumhuriyeti Devleti

30.04.2008 tarihli değişiklikten önce “Cumhuriyet” olan ibare “Türkiye Cumhuriyeti Devleti” olarak değiştirilmiştir. Esasen bu değişiklikten önce de Cumhuriyetten kastedilenin Türkiye Cumhuriyeti Devleti olduğu hususunda ihtilaf mevcut değildi. Nitekim Yargıtay CGK’nın 05.10.1987 Tarih ve 9-167/422 sayılı kararında, sanığın Muğla Şehirlerarası Otobüs Terminalinde bilet almaya giderken beton zemin üzerinde çocukların ve bazı şahısların yattığını görünce, üzüntüye kapılıp “Böyle Türkiye Cumhuriyetinin s... koyarım” şeklinde küfredmesini “Cumhuriyet”i tahkir ve tezyif olarak değerlendirmiştir.

### TBMM

Yasama organının bir bütün olarak korunması amacıyla maddede sayılmıştır. Tek tek

Meclis üyelerini tahkir ve tezyif bu kapsama girmemekle beraber bütün üyeler ifade edilerek Meclis hedef alınmışsa, suç oluşmuş sayılacaktır.<sup>42</sup> Ancak bu noktada düzenlemeye yöneltilecek ciddi bir eleştiriden de bahsetmek faydalı olacaktır. Kanunkoyucunun iradesinin yasama organını korumak olduğunu belirtmiştik. Bu iradenin maddeye yanlış yansıtıldığı, “TBMM”nin günümüzde ülkemizdeki tek yasama organı olduğu ancak yasama organıyla aynı anlama gelmediği, gelecekte iki meclisli yapıya tekrar dönülmesi halinde yeniden bir değişikliğe ihtiyaç duyulacağı ve bu nedenle olması gereken ifadenin “Yasama Organı” olduğu yönündeki eleştiriye katılmamak elde değildir.<sup>43</sup>

### Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti

Önceki düzenlemelerde “Hükümetin manevi şahsiyeti” olarak yer alan ibare 5237 sayılı TCK’da “Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti” olarak yer almaktadır. Esasen bu değişiklikle hangi amacın güdüldüğünü anlamak imkânsızdır. Zira “Hükümet” kavramı tanımlanmamaktadır. Önceki düzenleme döneminde manevi şahsiyetten neyin kastedildiği çok ciddi tartışmalara neden olmuştu. Gerçekten de hükümet bir tüzel kişilik olmadığı halde manevi şahsiyeti ile ne kastedilmiş olabilir? Bu konuda söylenebilecek en gerçekçi ifade, Sancar’ın belirttiği “... sadece kavramlara daha bir ulvilik katmak” olsa gerektir.

Bu konuda doktrinde farklı görüşler<sup>44</sup> ileri sürülmekte ise de esas belirleyici ölçütleri Yargıtay kararlarından çıkarmak daha kolaydır. Örneğin; 9. CD, 8.5.1985 tarih ve 1253/2582 sayılı kararda belirtildiği üzere, ‘iktidar’ sözcüğü bu suç açısından “hükümetle” eş anlamlı değildir. Bir başka kararda CGK, “MC Hükümeti değil halka bir şeyler götürmek, elle-

<sup>41</sup> Yargıtay’ın bu konudaki en tafsilatlı kararı için bkz.: “Yargıtay CGK. 11.07.2006 Tarih ve 2006/9-169 E. 2006/184 K.”

<sup>42</sup> Yargıtay CGK., 20.9.1976 Tarih ve 8-345/379 Sayılı kararında “... yazıda TBMM’nin bir kısmının değil, tümünün hedef alındığı anlaşıldığından suç oluşmuştur” denilerek, hedefin her somut olayda araştırılması gerektiği belirtilmiştir.

<sup>43</sup> Sami Selçuk, “*Türk Ceza Yasası’nın 301. Maddesi Değişiyor (mu?)-II*”. (Çevrimiçi) <http://www.stargazete.com/gazete/yazar/turk-ceza-yasasi-8217-nin-tcy-301-maddesi-degisiyor-mu-ii-99377.htm>, (son yararlanma) 13.08.2008.

<sup>44</sup> Faruk Erem, *Türk Ceza Kanunu Şerhi, Özel Hükümler*, C: II, s. 1105.

rinde olanları da almak için hayâsızca icraat yapıyor” sözünün hükümete yönelik olduğundan bahisle suçun oluştuğuna hükmetmiştir.<sup>45</sup> Bunun yanında Yargıtay CGK, E.1976/9, K.1976/247-258 ve 24.5.1976 tarihli kararında ise, “boğazı kuruyan ve kana susayan faşizm” sözleri ile “onların tankı, tüfeği, panzeri, faşizmi varsa” ifadelerini hükümete yönelik olarak değerlendirmemiştir. Yine sadece bir veya birkaç bakanın veya başbakanın tahkir ve tezyifinin de hükümetin tahkir ve tezyifi sayılamayacağına ilişkin kararlar da mevcuttur.

Özetle belirtmek gerekirse bu maddede korunan organ devletin yürütme organıdır. Yani ne tek başına başbakan ne de bakanlar ve hatta bazı hallerde bakanlar kurulu değil yalnızca bir bütün olarak yürütme organının tahkir ve tezyifi suç sayılmaktadır.

### Devletin Yargı Organları

Bu ibareyle korunan organ genel olarak yargı teşkilatının bütünüdür. İlk defa 1936 yılında 3038 sayılı kanunla yapılan değişiklikle kanuna giren bu hükmün gerekçesinde de açıkça belirtildiği gibi “... adliyenin manevi şahsiyetini tahkir cürmünün husul bulabilmesi için, tecavüz ve hakaret fiillerinin geniş manada (...) memleketin adli kuvveti aleyhine tevcih olunması icab eder. (...) bir mahkeme veya adli heyete karşı yapılacak hakaret fiilleri bu maddenin değil, kanunda idari veya adli heyetlere hakareten bahsedilen maddenin şümulü içine girmek iktiza eder.”<sup>46</sup>

Yargıtay’ın bu konudaki kararları konunun anlaşılmasına yardımcı olacaktır. Yargıtay CGK, E.1978/9-531, K.1979/11 ve 12.3.1979 tarihli kararında, “DGM’lerin belli bir sınıfın yararına yargı görevinde bulunduğu ve Faşizmle eşdeğer olduğunun ifade edilmesi” adliyenin manevi şahsiyetini tahkir ve tezyif suçunu oluşturmaktadır. Yine CGK, E.1995/9-127, K.1995/157 ve 02.05.1995 tarihli kararda, sanığın girmiş olduğu davaların uzaması nedeniyle dava hakimiyetle tartışması ve bu olayı başka yerde anlatırken “bu hakimlerin hepsinin erkekleri kavat, pezevenk, kadınları

orospu” demesi adliyenin manevi şahsiyetini tahkir ve tezyif sayılmalıdır.

### Askeri ve Emniyet Teşkilatı\*

Bu kapsamda korunan organlar, Türk Silahlı Kuvvetleri ve Genel (Polis-Jandarma) ve Özel Kolluk (Gümrük Muhafaza-Orman Muhafaza vs.) teşkilatlarıdır. Yargıtay kararlarından anlaşıldığı kadarıyla; Milli Güvenlik Kurulu, Sıkıyönetim İdaresi, Yüksek Askeri Şûra, Milli İstihbarat Teşkilatı da bu teşkilatlara dâhildir.

### Soruşturma İzni

765 sayılı TCK’nın 159. maddesinin ilk halinde soruşturma için izin verilmesi hususu düzenlenmişti. Bu mercii ilk olarak Millet Meclisi Başkanlığı idi. 1936 yılında 160. maddede yapılan değişiklikle de izin makamları; “Hükümeti”, “Adliyenin manevi şahsiyetini” ve “Cumhuriyeti” tahkir ve tezyif için Adalet Bakanlığı, “Türklüğü” ve “Büyük Millet Meclisini” tahkir ve tezyif için Millet Meclisi Başkanını, “Devletin silahlı kuvvetlerini” tahkir ve tezyif için ise Milli Savunma Bakanlığı olarak değiştirilmiştir. 1946 değişikliği ile de izin makamı sadece Adalet Bakanlığı olarak değiştirilmiştir.

5237 sayılı TCK’nın 301. maddesinin ilk halinde ise izin sistemi kaldırılmış olup soruşturma yapılması genel usullere tabi kılınmıştır. Ancak ülkedeki siyasal ve toplumsal gelişmeler neticesinde bu husus son derece tartışılır hale gelmiş ve açılan çok sayıda soruşturmanın yarattığı rahatsızlıklar neticesinde soruşturmaların izne bağlanması görüşleri dile getirilmeye başlanmıştır. Nihayet 30.04.2008 tarihli değişiklikle soruşturmanın izne bağlanması usulüne geri dönmüştür. İzin mercii konusunda da tartışmalar yaşanmış, bir görüş tarafsızlığı nedeniyle Cumhurbaşkanı’nın izin mercii olması gerektiğini savunmuş ve yasa organı da başlarda bu görüşü benimsemiş de neticede izin mercii olarak Adalet Bakanı kabul edilmiştir.

İzin konusunda yapılan eleştirilerden biri de iznin soruşturma için aranan bir şart olmasıdır. Oysaki soruşturma suç şüphesi ile başlayan bir süreçtir. Cumhuriyet savcılarının suç şüphesi üzerine soruşturmaya başlarlar ve lakin bu şüphe hukuka uygun delillerle yeterli

<sup>45</sup> Yargıtay CGK., E.1979/9, K.1979/504-40, K. T. 29.01.1979.

<sup>46</sup> Sancar, a.g.e., s. 148’den naklen.

boyuta ulaşmaz ise kovuşturmaya yer olmadığına (Takipsizlik) karar verirler. Şu halde ortada kovuşturmaya değer bir fiil olup olmadığı bile belli değilken izin merciine başvurmak ne usul ekonomisine ne de hukuk mantığına uygun sayılabilir. Olması gereken pek tabii ki iznin kovuşturma öncesi istenmesidir.

## f) Suçun Unsurları

### Maddi Unsur

Suçların maddi unsuru, kanuni tipe uygun bir hareketin bulunması ve aynı zamanda olayda hukuka uygunluk nedenlerinin de bulunmaması halinde oluşur. Fakat hareket tek başına maddi unsuru oluşturmamakta aynı zamanda bir sonucun da gerçekleşmesi gerekmektedir.<sup>47</sup>

TCK madde 301 açısından değerlendirecek olursak; suçun maddi unsuru, maddede sayılan değer, kurum ve organların alenen aşağılanmasıdır. Burada aleniyet kavramı, fiilin basın yoluyla ya da herkesin bulunabileceği yerlerde<sup>48</sup>, birden çok kimse huzurunda işlenmesidir.<sup>49</sup> Aşağılama ise söz konusu değer, organ ve kurumların toplumdaki itibarını zedeleyici, değersizleştirici ve küçültücü ifadeler kullanılmasıdır.

### Manevi Unsur

TCK madde 301'de düzenlenen suç kastten işlenebilen suçlardandır. Bu hem suçun niteliğinden hem de açıkça taksirli halinin

düzenlenmeyişinden anlaşılmaktadır. Suçun kastten işlenebileceğini belirttikten sonra manevi unsurun tespitine çalışabiliriz.

Bilindiği üzere, bir suçun maddi unsurunun bilinerek ve istenerek işlenmesi halinde 'genel kast'la işlenen suçlardan bahsedilir. Kural olarak suçlar genel kastla işlenir zira failin amacı genellikle önem taşımaz. Fakat kanunkoyucu bazı hallerde failin hangi amaçla maddi unsuru işlediğine de önem atfedebilir. İşte bu halde yani maddi unsurun belli bir amaç doğrultusunda işlenmesi halinde 'özel kast'la işlenen suçtan bahsedilir.

TCK madde 301 açısından suçun manevi unsuru yani genel kastla mı yoksa özel kastla mı işleneceği hususu son derece tartışmalıdır. Bu tartışmalara girmeden sadece şunu belirtelim ki mehz İtalyan Ceza Kanunu uygulamalarında ve İtalyan doktrininde suçun genel kastla işleneceği görüşü hâkimdir.<sup>50</sup> Fakat Yargıtay ve Askeri Yargıtay bu suç için özel kastın varlığını aramaktadır.<sup>51</sup>

## 3. Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Farklı Ülkelerdeki Düzenlemeler

### a) Alman Hukuku

Alman Ceza Kanunu, "devlet başkanına hakaret" (madde 90), "devlete ve sembollere hakaret" (madde 90/a) ve "anayasal organlara hakaret" (madde 90/b) suçlarını ayrı ayrı düzenlemiştir. Bizdeki 301. maddede düzenlenen suç tipine tekabül eden "anayasal organlara hakaret suçu; yasama organını, hükümeti veya Federal Anayasa Mahkemesini veya Federe Devletler Anayasa Mahkemelerini veya bu organların üyelerini tahkir etmeyi suç saymaktadır. Bunlar dışında herhangi bir organ sayılmamıştır.<sup>52</sup>

(<sup>1</sup>) İfadenin yanlış yazıldığına ilişkin bkz.: Sami Selçuk, "Türk Ceza Yasası'nın (TCY) 301. Maddesi Değiştirdi mi? -III". (Çevrimiçi) <http://www.stargazete.com/gazete/yazar/turk-ceza-yasasi-8217-nin-tcy-301-maddesi-degisti-mi-iii-100599.htm>, (son yararlanma) 13.08.2008

<sup>47</sup> Sancar, a.g.e., s. 156.

<sup>48</sup> Herkesin bulunabileceği yer; park, fuar, yollar olabileceği gibi, okul, plaj, otel gibi belli koşullarla yararlanılabilecek yerler de olabilir.

<sup>49</sup> Burada kastedilenin ihtilat olmadığını da belirtmekte fayda var. Örneğin tek bir kişinin bulunduğu bir park aleniyet unsurunu için yeterli iken ihtilat için yeterli değildir. Aleniyet hususunda örnek kararlar için bkz.: Yargıtay 9. CD., E.2002/930, K.2002/1029, K. T. 13.05.2002, Yargıtay CGK., E.1999/9-74, K. 1999/104, K. T. 11.05.1999.

<sup>50</sup> Tartışmalar ve İtalyan Yüksek Mahkemesi kararları için bkz.: Sancar, a.g.e., s. 181 vd.

<sup>51</sup> Örnek kararlar için bkz.: Askeri Yargıtay 2. D. 15.07.1971, 314/314, Askeri Yargıtay DKK, 03.09.1971, 66/57, Yargıtay 9. CD., 18.12.1992, 11035/11174, Yargıtay 9. CD., 10.07.1991, 2719/2939, Yargıtay CGK., E.1998-9/70, K.1998/156, K. T. 05.05.1998.

<sup>52</sup> Sancar, a.g.e., s. 42.

Bunun dışında devlete ve sembollere hakareti düzenleyen 90/a maddesi ise aşağıdaki gibidir:

Alman Ceza Kanunu madde 90/a:

“Her kim aleni olarak bir toplantıda Almanya Federal Cumhuriyetini, eyaletlerden birisini, onun anayasal düzenine sövse, milli marşını, bayrağını, armasını ve düzenini kötü niyetli olarak küçük düşürecek olursa 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezası verilir.”

### **b) Fransız Hukuku**

Bu konudaki düzenleme Fransız Basın Kanununda yer almaktadır. 30. maddeye göre, “mahkemelere, silahlı kuvvetlere, resmi kurumlara, kamu idarelerine yönelik onur ve haysiyet kırıcı fiiller” cezalandırılmaktadır. Bu fiiller mutlaka kamuya açık yerlerde işlenmeli ve ilgili kurumun genel kurulu veya başındaki idari ajanın soruşturma açılmasını talep etmesi de gerekmektedir. Yani re’sen soruşturma mümkün değildir.<sup>53</sup>

### **c) Polonya Hukuku**

6 Haziran 1997 tarihli Polonya Ceza Kanununun 133. maddesi:

“Her kim Polonya milletini veya Cumhuriyetini alenen aşağılarsa, üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”

şeklinde.

### **d) Avusturya Hukuku**

Avusturya Ceza Kanununun 283. maddesi şöyledir:

“Ülkede bulunan kilise veya din gruplarına veya bir ırka veya bir halka veya halk grubuna karşı, kamu düzenini bozmaya elverişli biçimde alenen düşmanca bir eyleme girişilmesi çağrısını yapan veya bunu tahrik eden kimseye bir yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza verilir.

Yukarıdaki fıkrada açıklanan gruplara karşı alenen kışkırtmada bulunan ve insan onurunu zedeleyecek biçimde söven veya aşağılayan kimseye aynı ceza verilir.”

## **5. İtalyan Hukuku**

İtalyan Ceza Kanununun 290. ve 291. maddeleri TCK’daki 301. maddenin karşılığıdır. Bu maddelerin içeriği şöyledir:

### **Madde 290:**

“Her kim Cumhuriyeti, kurucu meclisi veya yasama meclislerini veya bunlardan birini ya da hükümeti veya adli düzeni alenen tahkir ve tezyif ederse altı aydan üç yıla kadar cezalandırılır.

Aynı ceza devletin silahlı kuvvetlerini veya kurtuluş kuvvetlerini alenen tahkir ve tezyif edenlere de uygulanır.”

### **Madde 291:**

“Her kim, İtalyan Milletini alenen aşağılarsa, bir yıldan üç yıla kadar hapis ile cezalandırılır”

## **SONUÇ VE ÖNERİLERİMİZ**

İfade özgürlüğü, üzerinde objektif yargılara varılması oldukça güç olan bir temel insan hakkıdır. Niteliği itibariyle düşünsel ve teknik ilerlemenin vazgeçilmez bir unsuru olsa da tüm insanlar için aynı anlamı içermediği de bir gerçektir. Tüm devlet sistemlerinin, toplumsal yapıların, kültürel organizasyonların ve hatta ekonomik birliklerin bu konudaki algıları, benzer nedenlerle olmasa bile, birbirinden farklıdır.

Toplumsal kalkınmanın her boyutu öncelikle fikri sağlam bireylere ihtiyaç duyar. Bunun için ise bireylerin özgür bir ortamda bilgilenmeleri, sonrasında fikir sahibi olmaları ve nihayet fikirlerini de açıklayabilmeleri gerekmektedir. Bilgi sahibi olup fikir üretmek içe dönük olduğundan toplumsal yapıyı etkileyen bir yönü yoktur. Oysaki bu fikirlerin dışa yansıtılması süreci olan “ifade etme” eylemi dışa dönük olup sosyal etki yaratma potansiyelindedir. İşte ifade özgürlüğünün anlam kazandığı “an” bu süreçtir.

Tarihi süreç içerisinde her insan topluluğu ilerleme temayülünde olmuştur. En ilkel topluluklardan itibaren bu ilerlemenin tek kaynağı, bizatihi insanın kendisidir. Zira insan, doğası itibariyle ilerlemecidir. İlerlemenin temel şartı da her alanda gelişme gösterip üretim

<sup>53</sup> Sancar, a.g.e., s. 43.

yapabilmektir. İfade özgürlüğü bu anlamda da vazgeçilmez niteliktedir.

Aydınlanma sonrası daha çok dile getirilen ifade özgürlüğü, özellikle İkinci Dünya Savaşından sonra hazırlanan uluslararası ve bölgesel belgelerde yer edinmiş ve günümüze kadar artan derecede önemle var olagelmıştır. Ulusal düzenlemelerde de önemli yere sahip olmakla beraber, ülkemizde olduğu gibi, bu konudaki tartışmaların da ardı arkası gelmemektedir. Elbette ki bu tartışmaların son derece önemli ve gerekli olduğu da gözden kaçırılmamalıdır ki ideal hukuka ancak bu sayede ulaşılabilir.

Yukarıda değindiğimiz tartışmalar, belirttiğimiz gibi, ülkemizde de hep süregelmiştir. Özellikle son dönemlerde tartışmaların merkezi TCK'nın 301. maddesine taşınmıştır. Esasen yapılan tartışmaların kahir ekseriyeti siyasi nitelikte olsa da, süjenin hukuki bir metin olması nedeniyle, hukuki değerlendirmelerde bulunmak da zaruret halini almıştır. Biz de bu bölümde 301. maddeyle ilgili düşüncelerimizi belirteceğiz.

Karşılaştırmalı olarak yaptığımız değerlendirmede birçok ülkede TCK madde 301 benzeri düzenlemeler olduğunu gördük. Esasen düzenlemelerin yapıldığı ülkelerdeki algılaşmaları, ülkelerin siyasal ve toplumsal yapıları göz önüne alındığında çok da benzer olduğunu söylemek doğru olmayacaktır. Örneğin Rocco dönemi faşist İtalyan Ceza Kanununda İtalyan milletini aşağılamanın suç sayılmasından daha tabii bir şey düşünülemez. Buna rağmen birçok ülkede benzer kurum ve organların özel olarak korunmaya çalışıldığı da göz ardı edilemez. Bu düzenlemelerdeki temel saikin söz konusu kurum ve organların saygınlığını korumak olduğu açıktır. Nitekim TCK'daki düzenlemelerinde aynı saikle gerçekleştirildiğini kanun gerekçesinden öğrenebiliyoruz. Peki, acaba gerçekten de böylesi yüce kurum ve organların bu şekilde korunmasıyla saygınlık kazanacağı tezi gerçeği yansıtmakta mıdır? Örneğin yasama meclisinde birbirlerine hakaret eden ve hatta gerektiğinde kavga etmekten bile çekinmeyen temsilcilerin davranışlarıyla zedelenmeyen (!) saygınlık, sıradan bir vatandaşın hakaretiyle daha mı çok zedelenmektedir? Başka bir açıdan bakacak olursak, kurum veya organların saygınlığı kanunkoyu-

cunun düzenlemesiyle ne kadar gerçekleştirilecektir, esasen saygınlığın işlevsel olarak kazanılması gerekmez mi?

Bunun yanında ülkemizin etnik yapısını da düşündüğümüzde bu hükmün adaleti sağlamaktan ne kadar uzak olduğunu anlayabiliriz. Belirttiğimiz gibi İtalya ve Polonya'nın ceza kanunlarında benzer hükme yer vermeleri ile bizdeki düzenleme aynı sosyal etkiyi yaratmamaktadır. Zira ülkemizde birden çok millet bir çatı altında yaşamaktadır.<sup>54</sup> Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olup değişik etnik kökenden olanlar ile ülkemizde yaşayan yabancılar açısından 301. maddenin çifte standart yaratacağı açıktır. Örneğin Arap kökenli bir **vatandaşımıza** veya **vatandaşlarımızdan** oluşan bir topluluğa karşı "Hain Araplar" şeklinde bir hitap, duruma göre TCK 125 kapsamında üç aydan iki yıla kadar veya TCK 216/2 kapsamında altı aydan bir yıla kadar cezayı gerektirmekte iken, aynı ifadenin Türk kökenli bir **vatandaş** için kullanılması halinde TCK 301 kapsamında altı aydan iki yıla kadar bir ceza verilmesi söz konusu olacaktır. Oysa modern ceza hukukunda aslanan tebaa veya etnik köken değil insandır.

301. madde özelinde çok tartışılan bir başka husus da, maddenin muğlak ifadeler içermesidir. Gerçekten de, yukarıda değindiğimiz "Türk Milleti", "Türkiye Cumhuriyeti Devleti", "Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti" gibi kavramların tam olarak neyi içerdiklerinin tespiti kolay olamamaktadır. Son değişikliklerle "Türklük" ibaresinin "Türk Milleti", "Cumhuriyet" ibaresinin "Türkiye Cumhuriyeti Devleti" şekline dönüştürülmesi de genel inanın aksine bu muğlaklığı giderememiştir. Zaten Yargıtay gerek 765 sayılı TCK döneminde gerek 5237 sayılı TCK döneminde sayısız defa "Türklük"ten maksadın "Türk Milleti" olduğunu belirtmiştir. Şu halde değişikliğin izahı mümkün müdür? Ancak hiç şüphemiz yok ki hukuki bir izah en azından kanunkoyucu tarafından bilinmektedir. Zira bu ülke-

<sup>54</sup> Anayasaya göre vatandaşlık bağı olanlar Türk olarak nitelendirilse de, bu ancak hukuki bir nitelendirme olup, hiçbir sosyolojik temeli yoktur. Zira etnik köken dayatılan değil edinilen bir değerdir. Bu nedenle 1924 Anayasasından beri var olan mezkûr hükmü, genç cumhuriyetin bir refleksinin ürünü olarak değerlendirmek daha yerinde olur.

de kanunkoyucu asla ve kat'a abesle iştiğal etmez(!)

Tüm bu açıklamalarımızdan hareketle TCK'nın 301. maddesinin, bu haliyle, hizmet edeceği amaca, yani bazı değer, organ ve kurumların saygınlığını korumaya elverişli olmadığını belirtmek zorundayız. Gerek içeriği, kapsadığı kurum ve organlar, gerek algılanışı ve gerekse uygulanışı yönünden bu elverişsizlik gelecekte de devam edecektir. Kanaatimizce, maddenin tamamen kaldırılması halinde herhangi bir boşluk doğmayacaktır. Ancak bazı çevrelerce dile getirilen; maddenin kaldırılması halinde "Türk Milleti"ni veya "Devlet"i tahkir edenlerin cezalandırılmayacağı veya yeterli cezanın verilemeyeceği ve bu nedenle bazı grupların/organizasyonların yoğun baskıları/kışkırtmaları ile birtakım lümpenlerin "kendi adaletlerini" sağlamaya çalışacakları eleştirisi çerçevesinde, hükmün, efradını cami, ağyarını mani olacak şekilde yeniden düzenlenmesi de mümkün olabilir.

Bu durumda TCK 125. maddesinde düzenlenen "Hakaret" suçuna yeni bir fıkra eklenerek 301. maddede sayılan organ ve kurumlara yönelik "açık hakaret" halinde de ceza verileceği düzenlenebilir. Böylece 301. maddede yer aldığı şekliyle "aşağılama" değil "hakaret" cezalandırılır. Zira "aşağılama" eyleminin belirsizliğine yönelik ciddi tedirginlikler de mevcuttur.

Son olarak "Türk Milleti" kavramının da modern ceza hukuku ölçütleri çerçevesinde ülkemiz için efradını cami nitelikte olmadığını belirtmiştik. Değindiğimiz şekilde bir değişiklik halinde vatandaş olsun-olmasın, Türk olsun-olmasın, TCK'nın üzerinde hüküm ifade ettiği herkesi kapsayan/koruyan/kollayan bir düzenleme getirilmelidir. Hangi millete, ulusa, halka, zümreye karşı yapılırsa yapılsın, hakaret aynı sonucu doğurur ve aynı cezayı gerektirir kanaatindeyiz.

## Kaynakça

- Adem Sözüer, *Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu*, Alfa Yay., İstanbul 1996.
- Çetin Özek, *Basın Özgürlüğünden Bilgilendirme Haklarına*, Alfa Yay., İstanbul 1999.

Fatih Birtek, *"İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Kanunu'nun 301. Maddesinin Bu Kavram Işığında Değerlendirilmesi"*, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 81, Sayı 2007/2.

Frederick Schauer, *İfade Özgürlüğü: Felsefi Bir İnceleme*, çev.: M. Bahattin Seçilmişoğlu, Liberal Düşünce Topluluğu Yay., Ankara 2002.

H. Özhan-B. Özipek, *Yargıtay Kararlarında İfade Özgürlüğü*, LDT Yay., Ankara 2003.

Hacı Ali Özhan, *"Siyasi Parti Kapatma Davaları Hakkında Bir Hukuki İnceleme"*, (çevrimiçi) [www.geocities.com/hacialiozhan/arastirma18.htm#aih](http://www.geocities.com/hacialiozhan/arastirma18.htm#aih) (son yararlanma) 22.06.2007.

İzzet Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Genel Hükümler*, TC Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara 2006.

Mehmet S. Gemalmaz, *Ulusal Üstü İnsan Hakları Belgeleri (Uluslararası ve Bölgesel Sistemler)*, Genişletilmiş 2. Bası, Beta Basım Yayın, İstanbul 2000.

Muharrem Balcı, *Eğitim ve Öğretimde Haklar ve Yükümlülükler*, 1. Baskı, Danışman Yay., İstanbul 1998.

Muharrem Balcı-Gülden Sönmez, *Temel Belgelerde İnsan Hakları*, 1. Baskı, Danışman Yay., İstanbul 2001.

Sami Selçuk, *"Türk Ceza Yasası'nın (TCY) 301. Maddesi Değiştii (mi?)-III"*, (Çevrimiçi) <http://www.stargazete.com/gazete/yazar/turk-ceza-yasasi-8217-nin-tcy-301-maddesi-degisti-mi-iii-100599.htm>, (son yararlanma) 13.08.2008.

Sami Selçuk, *"Türk Ceza Yasası'nın 301. Maddesi Değişiyor (mu?)- II"*, (Çevrimiçi) <http://www.stargazete.com/gazete/yazar/turk-ceza-yasasi-8217-nin-tcy-301-maddesi-degisiyor-mu-ii-99377.htm>, (son yararlanma) 13.08.2008.

Türkan Y. Sancar, *Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları*, Seçkin Yay., Ankara 2006.

Vahit Bıçak, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü*, Liberal Düşünce Topluluğu Yay., Ankara 2002.

William Blum, *"The Anti-Empire Report Some things you need to know before the world ends - Does the United States have an opposition media?"* (Çevrimiçi) <http://www.atlantfreepress.com/content/view/1742/1/> (son yararlanma) 12.06.2007.

Zühtü Arslan, *ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü*, Liberal Düşünce Topluluğu Yay., Ankara 2003.



# *Gizliliği İhlal ve Adil Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs Suçları Bağlamında Basın Özgürlüğü*

*Gökhan TÜRKÖĞLU*



## **GİRİŞ**

**K**işiyi suç isnadının söz konusu olduğu yani kişinin hukuk dışına çıktığı her durumda, ulusal ve uluslararası düzenlemelerle güvence altına alınan ve kişi hakkında bir yargıya varma sürecinin her parçasında etkin olan adil yargılanma hakkının bir uzantısı olarak;

- soruşturmanın gizliliği,
- kovuşturmanın aleniyeti ve istisnaları,
- masumiyet karinesi,
- yargılamanın iç ve dış etkilere kapalı ve sükûnet içinde gerçekleşmesi ve
- ceza adaletinin doğruluk, dürüstlük ve gerçeğe ulaşma amacı

çerçevesinde işlemesi ilkelerinin somut düzlemde gerçekleşmesi amacıyla 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu<sup>1</sup> "gizliliği ihlal" ve "adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs" suçlarını düzenlemiştir.

Her iki suç da korunan hukuki değer olarak, bahsedilen temel insan haklarını esas almaktadır. Mezkûr suç tipleri bireyin sahip olduğu hakların devlet tarafından korunma altına alınması zorunluluğunun sonucudur. Yapılan düzenlemelerde kavramlar, hem ilkel bazda hem de pozitif mevzuat açısından ceza muhakemesinin işleyişine dair olduğundan, maddi unsur açısından bunların ortaya konulması önem taşımaktadır.

Maddi unsur ortaya konurken açığa çıkan sorunun bir yönü ise bu fiillerin modern

insan hakları bağlamında önemli bir yere sahip olan basın tarafından işlenmesinin mümkün olduğudur. Gerçekten de ifade, haber verme, eleştiri yapma ve haber alma özgürlüklerinin merkezinde yer alan basın özgürlüğünün bu suçların koruduğu hak ve özgürlükler ile arasında ince bir perde vardır. Bir yanda masumiyet karinesi ve soruşturmanın gizliliği ilkeleri, diğer yanda kamu menfaati gereği güncel ve gerçek haberi verme hakkına sahip basın ve basın özgürlüğü yer almaktadır.

Görüldüğü gibi konuya giriş meyanında yazılan her bir cümle bilimsel çalışma konusu olabilecek niteliktedir. Konu ulusal ve ulusüstü insan hakları ve ceza muhakemesi hukuku bağlamında temel ilkelerin üzerine oturmaktadır. Biz bu çalışmamızda TCK 285. ve 288. maddelerinde düzenlenen suçların incelenmesi ve bu incelemenin gerektirdiği genişlikte basın özgürlüğünün ele alınmasına çaba gösterdik. Amacımız bu suçların incelenmesi ve bu suçlar bakımından basın özgürlüğünün ele alınmasıdır. Yoksa geniş anlamda bir temel hak ve özgürlükler çalışması değildir. Konunun sınırları içinde temel çatışma alanları belirlenecek, bu belirlemeler için suçlar ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

Konuya bir perspektif olması bakımından, inceleme konusu suçların adliye karşı suçlar olması dolayısıyla önce adliye karşı suçların koruduğu hukuki değer olarak ele alınacaktır. Daha sonra konunun aydınlatılması açısından bazı temel hukuki değerler ve bu hukuki değerler arasındaki ilişki ortaya konacaktır. Bahse konu olan suçlar unsurlarıyla incelenecek ve bu unsurlar bağlamında basın özgürlüğü açıklanacaktır. Bu konuyu ele alırken düzenlenen suçlar ile 5187 sayılı

<sup>1</sup> *Resmî Gazete*, Tarih 12.10.2004, Sayı 25611.

Basın Kanunu'nda<sup>2</sup> yer alan düzenlemeler tartışılacak, hukuka uygunluk nedeni olarak basının haber verme hakkı değerlendirilecektir. Konu kapsamında bahsedilen ilkelerin çatışma alanları ve anlamları değerlendirilecektir.

## HUKUKİ DEĞERLER VE HAKLARIN ÇATIŞMASI

### 1. Adliye Karşı Suçların Koruduğu Hukuki Değer

Tarihte belirli normların bulunmadığı, bir hukuk düzenin var olmadığı, eylemlerin yaptırımlara bağlanmadığı bir insan topluluğuna rastlanmamıştır. Adaletin tecelli etmesine yönelik bir çaba olarak en ilkel yöntem olan, kişilere zarar veren eylemlerin bizzat suçun mağduru veya zarar göreni tarafından faile uygulanacak yaptırım ile cezalandırılmasından, egemenlik hakkına sahip toplum düzeninin sağlanmasında çıkarı bulunan bireyler üstünde otoriteye haiz devletin, suçları ve cezaları belirlemesi ve uygulaması aşamasına gelmiştir.<sup>3</sup>

Toplum içinde siyasal egemenliğe, yönetime yetkisine ve yargılama hakkına sahip olan üstün güce sahip devletin, klasik görüş bağlamında korunması gereken kendine özgü çıkarları “siyasal çıkarlar”, “yönetimsel çıkarlar” ve “adli çıkarlar” olarak belirlenmektedir.<sup>4</sup> Kişilerin dışında varlığa sahip otoritenin adli fonksiyonu, devlet egemenliğinin bir gereği olarak görülmüş ve bu fonksiyonun norma aykırılığı sonucunu yaratan hukuka aykırı eylemler devlete karşı suç kapsamında adlandırılmıştır. Sonuçta adli fonksiyonlar da hukuk kuralları ile belirlenmektedir. Bu dönemde yargılamanın norma aykırılığı, yargılama fonksiyonunun kamu idaresinin bütünü içinde barındığı düşüncesi ile kamu idaresine karşı suçlar kapsamında değerlendirilmiştir.<sup>5</sup>

Anayasal devlet ilkesinin kabulü ve üstün güç olan devletin, birey haklarının korunması amacıyla sınırlanması, bunun yanında devletin yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarının birbirini dengelemesi ve frenlemesi esasını getiren kuvvetler ayrılığı prensibinin<sup>6</sup> kabul edilmesi ile yargılama işlevi devlet egemenliği bütününden —egemenlik yetkisinin kullanılması anlamında olmasa da— fonksiyon olarak bağımsızlaşmış ve insan hak ve özgürlüklerinin teminat altına alınması noktasında ileri bir adım atılmıştır. Böylece yargı bağımsızlığının kabul edilmesiyle birlikte adliye karşı suçların kamu idaresine karşı suçlardan ayrışması gerçekleşmiştir. Bu durumda bireyin haklarının korunması güvencesini sağlama adına yargılama fonksiyonunun norma aykırılığı durumunda, adliye karşı suçların oluşması söz konusu olacaktır. Böylece adli fonksiyon bireyin haklarının korunmasını sağlayacaktır.

Çağdaş anlayış ise adli fonksiyonların korunması açısından soruna insan haklarının korunması noktasından yaklaşmaktadır. Devlet ve devlete karşı suç kavramındaki değişimler, bireyin haklarının, özgürlüğünün ve kişiliğinin korunmasını temel amaç haline getirmiştir.<sup>7</sup> Bireye karşı suç iddiasından başlayıp, yargılama ve infaz aşamalarına kadar birey yargı güvencesi altında adil yargılanma hakkına sahiptir. Siyasal iktidar her aşamada insan haklarını gerçekleştirmeyle görevli yükümlü ve bağımlı bir iktidardır. Adil yargılanma hakkı bireye ait bir hak, adil yargılama ise hakkın pozitif korunması açısından soruşturma ve kovuşturma makamları üzerinde bir yükümlülüktür.<sup>8</sup>

Bu durumda adliye karşı suçlar ile korunan esas hukuki değer, bireyi hakkın konusu olmaktan çıkarıp hakkın süjesi haline getiren adil yargılanma hakkıdır.<sup>9</sup> Çağdaş anlayış çerçevesinde, yargılamanın norma uygunluğu, yargılama fonksiyonunun korunması ve adliye karşı suçların kapsamı adil yargılama hakkının gerçekleşmesine matuftur.<sup>10</sup> Bireyler temel hak olarak adil yargılanma hakkının

<sup>2</sup> *Resmî Gazete*, Tarih 26.06.2004, Sayı 25504.

<sup>3</sup> Nur Centel-Hamide Zafer-Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 7 vd.

<sup>4</sup> Çetin Özek, *“Adliye Karşı Suçların Hukuksal Konusu”*, s. 16.

<sup>5</sup> Özek, a.g.m., s. 20.

<sup>6</sup> Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 40.

<sup>7</sup> Özek, a.g.m., s. 28.

<sup>8</sup> Veli Özer Özbek, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 66.

<sup>9</sup> Yener Ünver, *Adliye Karşı Suçlar*, s. 11.

<sup>10</sup> Özek, a.g.m., s. 33; Ünver, a.g.e., s. 11.



sahibidir, devlet ise bu hakkın gereklerine uygun hukuki düzenlemeleri yapmak ve bu düzenlere aykırı davranışları cezalandırmakla yükümlüdür. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, çağdaş eğilimler doğrultusunda bu hakkı ihlal eden eylemleri cezalandırmak amacıyla “Adliyeye Karşı Suçlar” başlığı altında suç tipleri ihdas etmiştir.<sup>11</sup>

## 2. Adil Yargılanma Hakkının Çerçevesi

Adil yargılanma hakkı ceza muhakemesinde birçok ilkenin ana kaynağını oluşturmaktadır. Kişinin suçluluğu tamamen kanıtlanıncaya kadar suç isnadı ile lekelenmemesini ve toplum nezdinde damgalanmamasını sağlamak üzere masumiyet karinesi, duruşmaların aleni olması ve bu aleniyetin istisnaları, yargılamanın dürüstlük, eşitlik ve iç-dış etkilere kapalı olarak sürmesinin özü kişinin adil yargılanma hakkından kaynağını almaktadır. Adil yargılanma hakkını, uyuşmazlıkların ve kendilerine yöneltilen suç isnadının karara bağlanmasında herkesin sahip olduğu haklar bütünü olarak tanımlamak mümkündür.<sup>12</sup> Gerçekten de adil yargılanma hakkı kişinin sahip olduğu hakların yargılama sürecindeki bütünlüğünün ismidir.

<sup>11</sup> Bununla birlikte çağdaş anlayışın gereklerinin bu düzenlemeler ile tam anlamıyla gerçekleşmesi mümkün değildir. Bazı suç tipleri klasik anlayış çerçevesinde başka başlıklar altında yer almıştır. Buna karşılık bu başlık altında yer alan maddelerin gerekçelerinde adil yargılanma hakkından bahsedilmesi bu perspektifi ortaya koymaktadır. Bazı madde başlıkları ise bizzat adil yargılanma hakkını içermektedir. Bu konu hakkında görüşler için bkz.: Ünver, a.g.e., s. 10 vd. Türk doktrininde klasik anlayış çerçevesinde adliyeye karşı suçların “Adliye İdaresine Karşı Suçlar” olarak sınıflandırılması gerektiğini öne süren görüşler de vardır. Örneğin Gözübüyük, adliye idaresine karşı cürümler olarak isimlendirmekte ve bunu 1889 ve 1930 İtalya Ceza Kanunları ile 1937 İsviçre Ceza Kanunu’nda aynı şekilde isimlendirildiğini gerekçe göstermektedir. Fakat bu görüş değerlendirilirken 1969 yılında dile getirildiği göz önüne alınmalıdır. Görüşler için bkz.: Abdullah Pulat Gözübüyük, *Adliyeye Karşı Cürümler*, s. 475 vd. Adliyeye karşı suçlar 5237 sayılı Kanun kapsamında “Mille ve Devlete Karşı Suçlar” kısmının alt başlığı olarak yer almaktadır. Bunda tarihsel sürecin etkin olduğu söylenebilir, fakat devlete karşı suçlar başlığından tamamen bağımsızlaşma yolunda bir adım atıldığı da görülmektedir. Alman hukukunda da aynı durum geçerlidir; bkz.: Hans-Heinrich Jescheck, *Almanya Federal Cumhuriyeti Ceza Hukukuna Giriş*, Çev.: Feridun Yenisey, s. 142.

<sup>12</sup> Başar Başaran, *Adil Yargılanma Hakkı*, s. 2.

Diğer bir ifadeyle adil yargılanma hakkı kişiye suç isnadı doğuran şüphenin oluşmasından, bu şüphenin olumlu ya da olumsuz şekilde ortadan kalkmasına kadar geçen süreçte egemen olan hakların tümüdür.

Adil yargılanma hakkı ulusalüstü düzeyde ilk defa İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nde mahkemeye müracaat hakkı, bağımsız ve tarafsız mahkemelerce yargılanma hakkı, yargılamanın eşit, yansız bir şekilde yapılması, yargılamanın aleni olması, masumiyet karinesi gibi düzenlemeler ile yer almıştır. (İHEB, madde 9-11) Daha sonra uluslararası düzeyde bağlayıcılığı söz konusu olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesi “Adil Yargılanma Hakkı” başlığıyla bu hakkı şöyle ifade etmiştir;

“Her kişi, özel hukuk uyuşmazlıklarında medeni hak ve yükümlülüklerinin yahut ceza hukuku alanında kendisine yöneltilen herhangi bir suçlamanın karara bağlanmasında, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından, makul süre içerisinde adil ve aleni olarak yargılanma hakkına sahiptir.”<sup>13</sup>

Adil yargılanma hakkının kapsamı;

- silahların eşitliği ilkesini,
- dürüst işlem ilkesini,
- meram anlatma ilkesini,
- bağımsız ve tarafsız mahkeme tarafından yargılanma hakkını,
- doğal hâkim tarafından yargılanma hakkını,
- makul süre içinde yargılanma hakkını,
- duruşmanın aleniyeti ilkesini,
- masumiyet karinesini,
- şüpheden sanık yararlanır ilkesini,
- suçlamayı öğrenme,
- savunma ve müdafii yardımından yararlanma hakkını,
- muhakemeye yön verme ve tercüman yardımından yararlanma hakkını

<sup>13</sup> Mehmet Semih Gemalmaz, *Açıklamalı İçtihatlı Karşılaştırmalı Ulusalüstü İnsan Hakları Usul Hukuku Mevzuatı*, s. 40.

içine almaktadır.<sup>14</sup>

Görüldüğü gibi adil yargılanma hakkı çok geniş bir kapsama sahiptir. Gizliliği ihlal ve adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçları açısından bizi somut olarak ilgilendiren masumiyet karinesi, duruşmanın aleni olması ve bağımsız ve tarafsız mahkeme önünde yargılanma hakkıdır.

Adil yargılanma hakkı bireylere ait bir hak-tır ve devlet bu hakkın gerekleri üzere, yargı-lamanın norma uygun olmasını sağlamak ve adil yargılanma hakkının gerçekleşmesini en-gelleyici, masumiyet karinesini ihlal eden ve mahkemenin bağımsızlığını ve tarafsızlığını, iç-dış etkilenmelere kapalılığını ihlal eden eylemleri önlemek ve cezalandırmak yüküm-lülüğündedir. Adil yargılanma hakkının içeriği sınırlayıcı bir yöne sahip olmadığından<sup>15</sup>, bu hakkı zamanla değişen hukuksal pratikte ihlal eden eylemlere karşı her zaman yeni önlem-ler almak gerekecektir.

### 3. Basın Özgürlüğü

Günümüzde temel insan hakkı olarak de-ğerlendirilen diğer bir husus ise basın özgür-lüğüdür. Düşünce ve ifade özgürlüğünün kul-lanılan araçlar bakımından farklı bir görünümü olan<sup>16</sup> basın özgürlüğü haber, fikir ve düşün-celerin iletişim araçlarıyla serbestçe açıklan-masını ve yayılmasını ifade eder.<sup>17</sup> Basın kav-ramı, olay, duygu ve düşüncelerin teknik vası-talarla yazı, resim şeklinde yani basılmış eser-lerle kamuya iletilmesini kapsamaktadır.<sup>18</sup> Radyo, televizyon, tiyatro, film ve internet gibi kitle iletişim araçlarının bütününe tabi olduğu hukuki rejimi ifade eden kitle haber-leşme özgürlüğünün<sup>19</sup> sadece bir yönünü oluşturmaktadır.

Basın özgürlüğü, düşünce ve kanaat sahibi olma ve ifade özgürlüğünün bir görünümü olarak demokratik sistemlerin vazgeçilmez bir unsurudur. Basın özgürlüğü haberlere, dü-şünce ve bilgilere ulaşma hakkını, haber, dü-şünce ve bilgileri yorumlama ve eleştirme hakkını, haber, bilgi ve düşünceleri basabilme ve dağıtabilme hakkını<sup>20</sup> ve yaratma hakkını<sup>21</sup> mündemiçtir. Bu haklardan birinin olmadığı bir zeminde basın özgürlüğünün tanındığı söylenemeyecektir. Bilgi, düşünce ve haberle-rin yorumlanması ve eleştirilebilmesi için ön-celikle onlara ulaşma yollarının açık olması ve öğrenilebilir olması gereklidir.<sup>22</sup> Bu hakka bağlı olarak bilgi, düşünce ve haberleri yorumlama ve analiz edebilme ve herhangi bir kısıtlamaya tabi olmaksızın onları basabilme ve yayınlaya-bilme hakkı söz konusu olacaktır.

Basın özgürlüğü, basın mesleğini yerine getiren kişilere haklarının kullanılması bağla-mında çeşitli ayrıcalıklardan yararlanmalarını sağlar ve hakların kullanılması basın mensu-bu kişiler açısından hukuka uygunluk sebebi teşkil eder.<sup>23</sup> Hakkın icrası sınırları içinde kalındığı müddetçe haber vermek hakkı hu-kuka aykırılık teşkil etmeyecektir.<sup>24</sup> Bu du-rumda hakkın icrası sınırlarının çizilmesi ge-rekmektedir.

Günümüzde basının haber verme hakkını kullanırken adli olaylara karşı ilgi duyduğu, ceza yargılaması sürecinin başından sonuna kadar izlediği, kişiler hakkında yargılamayı kamunun vicdanında yaptığı bir gerçektir. Yargılamanın norma uygun gerçekleşmesi, masumiyet karinesinin korunması ve yargı mercilerinin iç-dış etkilenmelere kapalı ve tarafsız olarak görevlerini ifa edebilmeleri için adil yargılanma hakkı ile basın özgürlü-ğünün çatışan değerlerinin tespit edilmesi ve dengelenmesi gereği ortadadır. Bunun sağ-lanması için mevzuatımızda hakların kulla-nılması düzenlenmiş ve inceleme konusu yapılmıştır.

<sup>14</sup> Özbek, a.g.e., s. 67.

<sup>15</sup> Erdinç Toklu, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çer-çevesinde Adil Yargılanma Hakkı*, s. 29.

<sup>16</sup> Salih Paşaoğlu, *Türkiye'de Basın Özgürlüğü*, s. 15.

<sup>17</sup> İlhan Üzülmöz, *Suçsuzluk Karinesi ve Basın Özgürlü-ğü*, Fahiman Tekil'in Anısına Armağan, s. 929.

<sup>18</sup> Hamide Zafer, *Medya Özgürlüğü ve Adli Haberlerin Verilişi*, Selahattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Arma-ğan, s. 753.

<sup>19</sup> A.g.e., s. 752.

<sup>20</sup> Sulhi Dönmezer, *Basın Hukuku*, s. 69.

<sup>21</sup> Paşaoğlu, a.g.t., s. 33.

<sup>22</sup> Dönmezer, *Basın Hukuku*, s. 16.

<sup>23</sup> Zafer, a.g.m., s. 761.

<sup>24</sup> Duygun Yarsuvat, *Kitle İletişim Araçlarının Ceza Adaletine Etkisi*, Nurullah Kunter'e Armağan, s. 471.

#### 4. Masumiyet Karinesi

Masumiyet karinesi, üzerinde suç şüphesi bulunan kişinin suçluluğu mahkeme kararıyla sabit oluncaya kadar suçsuz sayılmasını ifade eder.<sup>25</sup> AİHS 6. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca kendisine bir suç isnat edilen her kişi, yasa uyarınca suçluluğu kanıtlanana dek masum sayılacaktır. Soruşturmanın gizliliği ve kişinin suçlu olarak damgalanmasını sağlayacak şekilde görüntülerinin verilememesinde temel yarar masumiyet karinesinin korunmasıdır. Aynı şekilde 1982 Anayasası 38/4. maddesi gereği kimse suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar suçlu addedilemez. TCK “gizliliği ihlal” başlıklı 285. maddesinin her bir fıkrasında masumiyet karinesi korunan temel hukuki değerdir.

Masumiyet karinesi esas olarak iki temel unsurunda barındırır. Bunlardan birincisi şüpheden suçlu yararlanır ilkesidir. Bu ilke şüpheli veya sanığın suçsuzluğunu ispat etme zorunluluğunu ortadan kaldırmaktadır.<sup>26</sup> Kişi kendisine isnat edilen suçtan dolayı duyulan şüpheleri ortadan kaldırmak, yani kendi lehine olan delilleri ileri sürebilmek ve bu delillerin toplanmasını talep edebilmek hakkına sahip olmakla birlikte<sup>27</sup>, suçsuzluğunu ispat etmek yükümlülüğünde değildir. Karinenin diğer unsuru ise susma hakkıdır.<sup>28</sup> Şüpheli ya da sanığın susmasından kendisi aleyhinde delil ve suçluluk çıkarılmayacağını ifade eden bu hak, şüpheden suçlu yararlanır ilkesinin bir tamamlayıcısıdır. Kişinin suçluluğunu ispat külfeti suç isnadında bulunan mercilere aittir.<sup>29</sup>

<sup>25</sup> Sulhi Dönmezer, *Suçsuzluk Karinesinin Üzerine Düşünceler*, Nurullah Kunter'e Armağan, s. 67. (Suçsuzluk Karinesi)

<sup>26</sup> A.g.e., s. 68.

<sup>27</sup> Hakan Hakeri-Yener Ünver, *Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler*, s. 102.

<sup>28</sup> Dönmezer, *Suçsuzluk Karinesi*, s. 69. Susma hakkı, AİHM uygulamasında kendisi yanında yakınlarını da suçlayıcı beyanlarda bulunmama hakkını içerir. Şüpheli veya sanıktan kendisi aleyhine delillerin ileri sürülmesi istenemez. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Hüseyin Cem Eren, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Göre Adil Yargılanma Hakkı ve Türkiye*.

<sup>29</sup> Dönmezer, *Suçsuzluk Karinesi*, s. 70.

“Komisyona göre bu kuralın sonuçları şunlardır;

Masumiyet karinesi kişi hakkında suç şüphesinin başladığı andan, kişiye isnadın kesin hükümle sabit olmasına kadar geçerlidir. Karine hem ceza yargılamasının gidişine, işleyişine üstün bir usuli kural olarak yön vermekte hem de suçluluğun tayinin yargılama makamlarına düştüğünü hükme bağlamaktadır.<sup>30</sup> Yargı mercileri dışında başka kişiler nezdinde kişinin yargılanmasının ve suçlu olarak mahkûm edilmesinin önüne geçilmesi amaçlanmaktadır.<sup>31</sup> Karine bu yolla toplum barışını korumaya, kişinin dokunulmazlığına, lekelenmeye hakkına yönelik bir garanti sağlamakta ve yargı mercileri, devlet makamları ve üçüncü kişiler üzerinde geçerliliği ile işlerlik kazanmaktadır. Dolayısıyla karine adliye nezdinde geçerli olduğu gibi üçüncü kişiler ve basın nezdinde de geçerlidir.<sup>32</sup>

#### 5. Duruşmanın Aleniyeti ve İstisnaları

Duruşmaların herkes tarafından izlenmesi olanağını ve muhakeme ve tutanakların açıklanmasını, hükmün de açık duruşmada verilmesini ifade eden ilke duruşmanın aleniyetidir.<sup>33</sup> Duruşmaların aleni olması adil yargılanma hakkının diğer bir görünümüdür. Duruş-

• Yargılamaya, itham edilen kişinin suçu işlediği inancı veya varsayımı ile başlanamaz.

• İspat külfeti iddia makamınınadır. Diğer bir ifadeyle sanık, masum olduğunu ve hakkındaki iddiaların aksini ispatlamak zorunda değildir.

• Şüpheden sanık yararlanır. Suçun kanıtlanması için savcılık makamı yeterli delil getirmek zorundadır. Bununla beraber bazı hukukî ve fiili karineler, makul olmak şartıyla sanık aleyhine delil teşkil edebilir ve bunların aksinin ispatı sanığa düşebilir. İddianın hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde ispatlanamaması halinde sanık mutlaka beraat ettirilmelidir.” Necmeddin Özmen, *Adil Yargılanma İlkesinin Gelişim Süreci ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı*, s. 45.

<sup>30</sup> Üzülmöz, a.g.e., s. 930 vd.

<sup>31</sup> “Masumiyet karinesinin amacı, masum insanların suçlanma/mahkûm edilme ve cezaya çarptırılma risklerini en aza indirmektir.” Senem Özyavuz, *Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesinde Adil Yargılanma Hakkı: Sanık Haklarına Genel Bir Bakış, Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku*, Proje Yöneticisi: Kayıhan İçel, Yayına Hazırlayan: Yener Ünver, s. 433.

<sup>32</sup> Üzülmöz, a.g.m., s. 934.

<sup>33</sup> Handan Yokuş Sevil, *Adil Yargılanma Kapsamında Ceza Yargılamasında Aleniyet İlkesi*, Çetin Özek Armağanı, s. 748.

ma; duruşma hazırlığı devresinde belirlenen günde, madde ve yer yönünden yetkili mahkemede, mahkeme başkanı veya hâkimin iddianamenin kabulü kararını okuyup duruşmayı açtığını açıklamasıyla başlayan, delillerin ortaya koyulup tartışılması suretiyle maddi gerçeğin bulunmaya çalışıldığı ve son sözün sanığa verilip duruşmanın sona erdiğinin açıklanmasıyla biten ceza muhakemesi evresi olarak tanımlanabilir.<sup>34</sup> Duruşmanın aleniyeti, ceza adaletinin kapalı kapılar arkasında gerçekleşmesinin önüne geçilmesi ve kamuoyu denetiminin sağlanması<sup>35</sup> açısından önem arz etmektedir. Aleniyet ilkesi, adli mekanizmanın işleyişinde kamu denetimini, keyfilikten uzak açık yargılanmayı sağlamayı, yargı kararlarına güveni temin etmeyi, sanığın toplum önünde kendisine yöneltilen isnattan kurtulabilmesine imkân tanımayı ve cezanın önleyici fonksiyonunu işlevsel kılmayı amaçlar.<sup>36</sup>

AİHS 6. maddesi uyarınca dava aleni duruşma ile görülmeli ve duruşma sonucu karar aleni olarak açıklanmalıdır. 1982 Anayasası 141. maddesi mahkemelerde duruşmaların herkese açık yapılacağını kural olarak koymuş ve bunun ancak kamu güvenliği ve genel ahlakın gerektirdiği haller ve çocukların korunması amacıyla sınırlanabileceğini düzenlemiştir. Bu sınırlamalar ülkemizin taraf olduğu ulusalüstü insan hakları sözleşmelerinde yer alan sınırlama normlarına uygundur.

1412 sayılı eski CMUK duruşmaların gizli yapılabilmesi halini aynı esaslar çerçevesinde düzenlemekle birlikte, açık duruşmalarda ses ve görüntü kaydı alınabilmesi serbestti. Hâkim kişilerin haysiyet, şeref ve haklarına dokunacağı kanaatine vardığında ses ve görüntü yayınlanabilmesini kısmen veya tamamen yasaklama kararı verebiliyordu.<sup>37</sup> 5271 sayılı CMK ile adliye binası içinde ve duruşma başladıktan sonra duruşma salonunda her türlü sesli veya görüntülü kayıt veya nakil aracı

bulundurulması yasaklanmıştır. Bu yasak adliye içinde veya dışında tüm adli işlemlerin icrasında da geçerlidir. (Madde 183) Eski düzenleme sık sık masumiyet karinesinin ihlaline, sanığın lekelenmesine, kamusal menfaatlerinin ve özel hayatının gizliliğini ihlaline neden olduğundan doktrinde eleştirilmekte idi.<sup>38</sup> Bu bağlamda yeni düzenlemeler yerinde olmuştur.

## 6. Çatışan Haklar, Hakların Düzenlenmesi ve Değerlendirme

Basın demokratik sistemlerin vazgeçilmez<sup>39</sup>, toplumun bilgilenmesinin ve toplumsal bilgi akışının önemli bir aktörü ve toplumsal tepkilerin verilmesinde, "kamunun bekçi köpeği" nitelemesiyle açıkça serdedildiği gibi<sup>40</sup> önemli bir araçtır. Bu açıdan basın özgürlüğünün içeriğinde yer alan haber, düşünce ve bilgileri yorumlama ve eleştirme hakkı, haber, bilgi ve düşünceleri basabilme ve dağıtabilme hakkı ve yaratma hakkı korunma altına alınmıştır. Kişilerin talebine veya otoritenin isteğine bağımlı olmaksızın gündem yaratılabilmesi, basının değer yargılarını serbestçe açıklanabileceği bir platform olması, sansüre tabi tutulamaması ve haberlerin geciktirilememesi ve basında şok edici, rahatsız edici fikir ve düşüncelerin de yer alabilmesi<sup>41</sup> bu özgürlüğün sonucudur. Bu kapsamda belirtilen hakların kullanılması basın açısından hukuka uygunluk sebebi teşkil etmektedir.

Günümüzde basın toplumsal ilginin de etkisiyle adli haberlere geniş yer vermektedir. Gazetelerde ve diğer basılmış eserlerde yaşanan cinayetler, cinnetler, kapkaç, hırsızlık olayları gibi suçluluk olaylarının yanında kanuna aykırı yapılanmalar ve örgütler ile ilgili haberler boy boy yer almaktadır. Bu durumda basının haber verme hakkının konusu adli

<sup>34</sup> Hakan Karakehya, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma*, s. 37.

<sup>35</sup> Karen Reid, *Uygulayıcılar İçin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Rehberi Üçüncü Kitap Adil Bir Yargılamanın Güvenceleri*, s. 38.

<sup>36</sup> Yokuş Sevil, a.g.m., s. 748.

<sup>37</sup> Zafer, a.g.m., s. 771.

<sup>38</sup> Üzülmöz, a.g.m., s. 950; Dönmezer, *Suçsuzluk Karinesi*, s. 75; Zafer, a.g.m., s. 774.

<sup>39</sup> Nevin Ünal Özkorkut, *"Basın Özgürlüğü ve Osmanlı Devleti'ndeki Görünümü"*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 66 vd.

<sup>40</sup> Paşaoğlu, a.g.t., s. 20.

<sup>41</sup> Özgür Temiz, *Basın Özgürlüğünün Sınırlanmasında İlke Sorunu*, s. 100 vd.

olayların içinde olan kişiler ve adli süreci yürüten organlardır. Hukuka aykırı, tipe uygun ve kusurlu eylemin gerçekleştiği anda aynı olaya karşı iki hak aktif olarak sahneye çıkmaktadır. Bunlar basın özgürlüğü nezdinde korunan haklar ve kişinin adil yargılanma hakkıdır.

Belirtilmelidir ki kişinin yargılama süreciyle birlikte kişilik hakları sona ermemekte, sadece hukuka uygun şekilde kısıtlanmaktadır. Kişi, suç şüphesinin isnadından itibaren masumiyet karinesine sahiptir. Karine sadece bireyler arası veya yargı ile bireyler arası ilişkilerde değil basın ile bireyler arasındaki ilişkilerde de geçerli olacaktır.<sup>42</sup> Yargılamanın devam eden safhalarında da henüz yargı organlarıncı suçluluğu tespit edilmeyen şahsın lekelenmeme hakkı devam etmektedir. Suçsuzluk karinesi ancak ve ancak üçüncü şahıslar nezdinde de geçerli olarak işlerlik kazanacaktır. Bu halde basının sahip olduğu haklar ile masumiyet karinesi belirli oranda çatışma içindedir.

Tarih kapalı kapılar arakasında gerçekleştirilen adaletin veya aslında gerçekleştirilemeyen adaletin ne kadar olumsuz sonuçlar yarattığını örnekleriyle ortaya koymuştur.<sup>43</sup> Duruşmanın aleniyeti ilkesi bu yönde adil yargılanma hakkının kapsamında yer almıştır. Bunun yanında duruşmanın aleniliği, her zaman davanın tarafları ve toplum açısından yararlı sonuçlar doğurmamaktadır. Anayasamız genel ahlakın ve kamu güvenliğinin gerekli kıldığı ve çocuğun korunmasının söz konusu olduğu hallerde duruşmanın kapalı yapılabileceğini vazeretmiştir. Bunun yanında basının mahkemelerde görülen duruşmalara olan ilgisi devam etmektedir. Bu ilgi kişinin duruşmaların dışında da yargılanmasına, suçlu olarak damgalanmasına neden olarak suçsuzluk karinesini ihlal etmektedir. Ayrıca basın ordularının yer aldığı, basının yargılamanın konusu hakkında bilgiler, görüşler ve görüntüler yayınladığı bir ortam yargı organlarının tarafsız ve bağımsız, iç ve dış etkilere kapalı olarak karar vermesinin önünde de bir engel olarak durmaktadır. Özelde mahkeme, siyasal güce, yönetsel yetkiye ve yargılama organına olduğu kadar ortama ve ortamı yönlendiren bası-

na karşı da bağımsız olması gerekir.<sup>44</sup> Sonuç olarak yine adil yargılanma hakkı ile basın özgürlüğünün çatıştığı bir alan ortaya çıkmaktadır.

İşte bu çatışma alanları içinde basın özgürlüğünün sınırsız olması söz konusu olmayacaktır. Sınırsız bir basın özgürlüğü kişilik haklarının korunması olan adil yargılanma hakkını ihlal edecektir. İhlalin engellenmesi için adil yargılanma hakkını güvence altına almak zorunda olan devlet, basın özgürlüğüne bazı sınırlamalar getirmelidir. Bu kapsamda ceza muhakemesi alanında soruşturmanın gizliliği, görüntü ve ses kaydı alma yasakları, kişinin suçlu olarak damgalanmasını sağlayacak görüntülerinin yayınlanması yasası; yargı fonksiyonunun etkilenmesini sağlayan yayınların engellenmesi gibi düzenlemeler yapılmıştır.

Tedbirler alınmakla birlikte, bu tedbirlerin etkinliği ancak yaptırımlara bağlanmasıyla etkin olabilir. Hukuksal konusunu adil yargılanma hakkı olan adliye karşı suçlar ile bu hakkın güvencesine zarar veren eylemler suç olarak değerlendirilecektir.<sup>45</sup> Kanunumuz 285. ve 288. maddesinde bu güvencelere aykırı eylemleri suç kapsamına almıştır. Bahsedilen çatışma alanında bu suçlar açısından da basın özgürlüğü belirli sınırlar içinde hukuka uygunluk sebebi teşkil etmektedir.<sup>46</sup>

## GİZLİLİĞİN İHLALI SUÇU (TCK MADDE 285)

### 1. Genel

Adliye karşı suçların kişinin adil yargılanma hakkı çerçevesinde yargılamanın norma uygun olarak gerçekleşmesini sağlamak

<sup>44</sup> Özek, a.g.m., s. 46

<sup>45</sup> Özek, a.g.m., s. 33.

<sup>46</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bir kararında mahkemelerin her ne kadar uyumsuzluk platformu olsa da, halkın uyumsuzluk konusunda bilgilenme hakkı olduğuna hükmetmiştir. İşte somut olayda çatışma içinde hukuka uygunluk nedeninin icrasının sınırları bundan dolayı net olarak çizilmelidir. Bu konuda mahkeme kararı için bkz.: Gilles Duertre, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, s. 383.

<sup>42</sup> Üzülmüş, a.g.m., s. 934.

<sup>43</sup> Yokuş Sevük, a.g.m., s. 747.

amacı ile kanun koyucu tarafından düzenlendiğini belirtmiştik. Suç, hukuka aykırı, kusurlu tipe uygun eylemdir. Bu unsurları kişinin gerçekleştirilmesinden itibaren kişi ceza hukukunun sınırları içine girer. Artık hukuka uygunluk sınırlarının dışına çıkmış, kişi hukuk dışı hareketlerde bulunmuştur. Bizzat ihmaki hak yasak olduğundan, yargılama yetkisi devlet erkinin tekelinde bulunduğu ve yukarıda açıklandığı gibi çağdaş ceza adaleti anlayışının temeli olarak adil yargılanma hakkı sahibi olduğundan kişi yargı mercileri önünde yargılanacak ve hakkında hürriyeti bağlayıcı cezaya veya para cezasına hükmedilecektir.

Eylemin ihbar, şikâyet, şahsi dava veya doğrudan doğruya öğrenilmesinden itibaren kişi maddi olarak ceza muhakemesinin alanına girecektir. Suç haberinin alınmasıyla başlayıp savcı ve onun yardımcısı sıfatıyla kolluk tarafından “kamu davası açılmasına gerek olup olmadığının” araştırılması faaliyetine soruşturma, bu sürece soruşturma evresi denir.<sup>47</sup> Soruşturma evresi “kovuşturmaya yer olmadığı kararı” veya “iddianamenin kabulü” ile sona erecektir.

Ceza muhakemesinin amacı maddi gerçeğe ulaşmaktır. Teorik olarak yukarıda anlatıldığı gibi kişinin devletin yargı erkinin tekeline girmesi durumu onun gerçekten suç işlemiş olduğunun kanıtı olamaz. Çünkü zaten ceza muhakemesi bahsedilen “tipe uygun, hukuka aykırı ve kusurlu eylemin” tüm gerçekliğiyle ortaya koyulması amacını güder. Maddi gerçek kovuşturma sonucu verilen hükümlerle kişiye yüklenen suç kesinleşecek veya kişinin suçsuz olduğu ortaya çıkacaktır. Hüküm verilene kadar kişi masumiyet karinesi altındadır ve lekelenmeme hakkına riayet edilmelidir.

Cumhuriyet savcısının amir konumunda bulunduğu soruşturma evresinde maddi gerçeğin aydınlatılması ve adil bir yargılanma yapılması amacıyla şüphelilerin lehine ve aleyhine tüm delilleri toplar. (CMK, madde 160/2) Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'na egemen olan delilden suçluya gidilmesi ilkesi gereğince kovuşturma işlemleri yapılabilmesi için yeterli suç şüphesini oluşturacak verilerin bulunması gerekir. Soruşturma evresi içinde

delillerin sağlıklı elde edilebilmesi için delillerin karartılmasını engelleyici tedbirlerin alınması gerekir.

İşte kişinin masumiyet karinesinin yaranmaması ve lekelenmeme hakkının korunması ve delillerin karartılması tehlikesinin engellenmesi amacıyla soruşturmanın gizliliği esastır.<sup>48</sup> Nitekim CMK madde 157 uyarınca; kanunun başka hüküm koyduğu haller saklı kalmak ve savunma haklarına zarar vermemek koşuluyla soruşturma evresindeki usul işlemleri gizlidir. Yani kanunun soruşturma işleminin gizliliğine istisna koyduğu durumlar ve savunma hakkına zarar verecek haller dışında soruşturma gizli yürütülür.

Kovuşturma evresinde ise adil yargılanma hakkının tezahürü duruşmaların kamuya açık olarak gerçekleşmesidir. Kanun tarafından veya mahkemenin kanununa uygun olarak verdiği karar ile duruşmanın kapalı olmasına istisnai olarak karar verilebilir. Duruşmanın kapalı olması durumunda da gizliliğin ihlali bu suç ile yaptırıma bağlanmıştır. Masumiyet karinesi ve lekelenmeme hakkı bağlamında kişilerin toplum nezdinde suçlu olarak anılmasını sağlayacak şekilde görüntülerinin yayınlanması da TCK madde 285/4 uyarınca yaptırıma bağlanmıştır.

## 2. Korunan Hukuki Değer

Suç ile korunan hukuki değer ceza muhakemesinin doğruluk, dürüstlük ve maddi gerçeğe ulaşma ilkeleri kapsamında gerçekleşmesi<sup>49</sup>, masumiyet karinesi ve lekelenmeme hakkının korunmasıdır. Birey üzerinde suç şüphesi bulunsa ve aleyhinde suç isnadı var olsa dahi temel hak ve özgürlüklerinden ve yargılama güvencesinden mahrum bırakılmaz. Maddi vaka adli fonksiyonunu bağımsız, tarafsız ve etkilenmelere kapalı olarak yerine getiren organlarca soruşturulmalıdır.<sup>50</sup> Bu bağlamda soruşturmanın gizli yürütülmesi

<sup>47</sup> Bahri Öztürk-Mustafa Ruhan Erdem, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 964.

<sup>48</sup> İsmail Malkoç, *Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu*, s. 2093.

<sup>49</sup> TCK 285. madde gerekçesi, Mustafa Artuç-Yıldırım Bayyurt, *Gerekçeli-Karşılaştırmalı-Tablolu-Eski ve Yeni Kanun Metinleriyle 5237 Sayılı TCK- Tablolu 5271 Sayılı CMK- 5275 Sayılı CGİK*, s. 109.

<sup>50</sup> Keskin Kaylan, *Adliye Karşı Suçlar*, s. 5.

ilkesi de maddenin birinci fıkrası ile korunan bir değerdir.<sup>51</sup>

Alman doktrininde kanun gereği kapalı yapılması gereken veya hâkim kararı ile kapalı yapılmasına karar verilen duruşmalarda korunan hukuki değerler adliye, devletin güvenliği ve bireylerin özel gizli alanı olduğu ileri sürülmüştür.<sup>52</sup> Mevzuatımızda ancak genel ahlakın ve kamu güvenliğinin gerekli kıldığı halde duruşmanın tamamının veya bir kısmının kapalı yapılmasına karar verilebilir ve on sekiz yaşından küçük kimselerin yargılanması durumunda duruşma kapalı yapılır. Bu durumda bireyin özel gizli hayatı ve kamunun güvenliği koruma altındadır. Zaten adliye karşı suçların suçtan zarar göreni olarak adliye yani yargının norma uygun işlerliği korunan hukuki bir değerdir. Hemen eklemek gerekir ki mevzuatımızda yapılan son düzenlemeler paralelinde tanığın dokunulmazlığı ilkesi de korunmaktadır.

### 3. Suçun Konusu

Madde her bir fıkrası ile adil yargılamanın gerçekleşmesi doğrultusunda farklı konuları düzenlemiştir. Birinci fıkra açısından suçun konusu suç şüphesinin oluşması ile başlayan ve iddianamenin kabulü ile sona eren soruşturma ve soruşturma aşamasında alınan ve kanun hükmü gereğince gizli tutulması gereken kararlar ve bu kararlar gereği yapılan işlemlerdir. İkinci fıkrada söz konusu olan suçun konusu kanuna göre kapalı yapılması gereken veya kapalı yapılmasına karar verilen duruşmadaki açıklama ve görüntüler ile tanıktır.<sup>53</sup> Dördüncü fıkra açısından ise kişinin toplum nezdinde suçlu olarak algılanmasına neden olacak nitelikteki görüntülerdir.

### 4. Fail

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 285. maddesi fıkralarında yer alan suçların faili herkes

olabilir.<sup>54</sup> Kanun tarafından failin herhangi bir özel sıfatının bulunması gerekmez. Gizliliğin ihlali suçu özgü nitelikte bir suç değildir.

Soruşturma evresinde dosyadan örnek alma ve savunma amacıyla kullanma hakkına sahip müdafii ve katılan vekili, doğal olarak soruşturma dosyası hakkında bilgisi bulunan savcı; kovuşturma evresinde kapalı yapılan duruşmada bulunanlar tarafından da bu suçun işlenebileceği ortadadır. Burada kanun tarafından gizlilik içinde hareket etme yetkisine sahip olunmak ile suça neden olan eylemlerin gerçekleştirilmesi birbirine karıştırılmamalıdır.<sup>55</sup>

Tipe uygun, hukuka aykırı ve kusurlu eylemi gerçekleştiren herkes bu suçu işleyebilir. Yargılamanın norma uygun olarak gerçekleşmesini engelleyici hukuka aykırı fiiller sadece yargı faaliyetinin içinde bulunan kimselerde değil yargı faaliyetinin içinde bulunan kimseler tarafından da gerçekleştirilebilir. Nitekim adliye karşı suçlar sadece yargılama fonksiyonuna dışarıdan gelen müdahaleleri değil, içerden gelebilecek müdahaleleri de konu edinmelidir<sup>56</sup> ve adil yargılama hakkının gerçekleşmesi için norm koyma yükümlülüğü olan devletin<sup>57</sup> gerekli suç tiplerini düzenlemesi gerekmektedir.

### 5. Mağdur

Bu suç ile korunan hukuksal değer asli olarak bireye ait bulunmaktadır.<sup>58</sup> Soruşturma ve kovuşturma evresinde kanun ile düzenlenen eylemler ile adil yargılama hakkı zedelenen, masumiyet karinesi ve lekelenmeme hakkı ihlal olunan kişi, duruşmanın gizliliğinin ihlali ile korunması imkânı ortadan kalkan tanık, suç ile damgalanmasına neden olacak görüntüleri yayınlanan kimseler bu suçun mağduru konumundadır. Soruşturma ve kovuşturma makamları yani devletin adliye fonksiyonu

<sup>51</sup> Necati Meran, *İçtihatlı Açıklamalı Basın Yoluyla ve Genel Olarak Hakaret-İftira Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs ve Soruşturmanın Gizliliğini İhlal Suçları*, s. 353.

<sup>52</sup> Ünver, a.g.e., s. 426.

<sup>53</sup> Meran, a.g.e., s. 354

<sup>54</sup> Ünver, a.g.e., s. 427; Meran, a.g.e., s. 353.

<sup>55</sup> Ünver, a.g.e., s. 428.

<sup>56</sup> Durmuş Tezcan-Mustafa Ruhan Erdem-Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s. 793.

<sup>57</sup> Özek, a.g.m., s. 29; Ünver, a.g.e., s. 11.

<sup>58</sup> Ünver, a.g.e., s. 13.

suçtan zarar görendir.<sup>59</sup> Devletin adliye fonksiyonu hukuki değer bizzat sahibi değil, taşıyıcısı konumundadır.<sup>60</sup>

## 6. Tipe Uygun Eylem

Gizliliği ihlal başlığı altında TCK 285. maddesinde dört fıkra düzenlenmiştir. Burada soruşturmanın gizliliğini ihlal ve kanun gereği kapalı yapılması gereken veya hâkim tarafından kapalı yapılmasına karar verilen duruşmalardaki açıklama ve görüntülerin gizliliğinin ihlali ele alınacaktır. Ayrıca kişinin masumiyet karinesini ihlal eden görüntülerin yayınlanmasını düzenleyen dördüncü fıkra ele alınacaktır.

### a. Soruşturmanın Gizliliği ve Tipe Uygun Eylem

Birinci fıkrada “soruşturmanın gizliliğini alenen ihlal” fiili cezalandırılmaktadır. Kanun hükmünce soruşturmanın gizliliğini ihlal eden herhangi bir eylemin bulunması ve bu eylemin aleni biçimde gerçekleştirilmesi ile suç gerçekleşecektir. Soruşturmanın gizliliğini aleni olarak ihlal eden her türlü eylem bu suçun oluşması için yeterli olacak, hareketin tür ve biçimi tipik eylemin gerçekleşmesi açısından önem arz etmeyecektir. Fıkranın ikinci cümlesinde ise soruşturma aşamasında alınan ve kanun hükmü gereği gizli tutulması gereken kararların ve bunların gereği olarak yapılan işlemlerin gizliliğini ihlal eden eylemler, aleni olması aranmaksızın cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Kanun koyucu burada yaptırım uygulanması için gizliliğin ihlalinin aleni olmasının gerekmediği, korunan hukuki değeri aleni olmasa dahi daha ileri derecede ihlal eden eylemleri ayrıca düzenlemiştir.<sup>61</sup>

Kural olarak, kanunun başka türlü hükümler koyduğu haller saklı kalmak ve savunma hakkına zarar vermemek koşuluyla soruşturma evresindeki usul işlemleri gizlidir. (CMK, madde 157)<sup>62</sup> Burada söz konusu gizlilik iki boyutuyla ele alınmalıdır. Birinci olarak yapı-

lan işlemlerde ilgililerden başkasının hazır bulunamaması, ikincisi ise yapılmış olan araştırma sonuçlarının kamuya açık bulunmamasıdır.<sup>63</sup> Kanun soruşturmanın gizliliği kapsamını yapılan işlemlerin amacı paralelinde düzenlenen haller ile kişilere karşı genişletmiş veya daraltmış olabilir.<sup>64</sup> Örneğin hâkim önünde şüphelinin sorgusunun yapılması durumunda bulunan zabıt kâtabi soruşturmanın gizliliğine karşı hukuka uygunluk sebebine dayanmaktadır. Tabii ki de hukuka uygunluk nedenini aşan ve soruşturmanın gizliliğini alenen ihlal eden eylemler cezalandırılacaktır. Bunun yanında soruşturma delilleri karartma ihtimali bulunan şüpheliye karşı gizli yürütüleceği halde savunma hakkının ihlalinin önüne geçilmesi ve kişinin kendisine isnat edilen suç hakkında meramını anlatabilmesi ilkesi uyarınca müdafii ve suçtan zarar gören vekili dosyayı inceleyebilir ve istediği belgelerin harçsız olarak bir örneğini alabilir. CMK 153. maddesinin ikinci fıkrasına göre müdafinin bu hakkı soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise cumhuriyet savcısının istemi ve sulh hâkiminin kararı ile kısıtlanabilmektedir. Bu kısıtlamanın sınırları da var olmakla birlikte anlatılmak istenen soruşturmanın gizliliği ilkesinin hücre zarı gibi kanuni düzenlemeler ve savunma hakkının korunması yanında soruşturmanın amacını da göz önüne alarak esneyebildiğidir.

Gizliliğin ihlali, verinin ifşası, kamuoyuna açıklanması veya soruşturmanın gizliliğinin esnekliği göz önüne alınarak kişinin bilmemesi gerekenleri öğrenmesidir.<sup>65</sup> Tanımlanan ihlalin gerçekleşmesinin suçun düzenlendiği fıkranın ikinci cümlesindeki hareketler istisna olmak üzere tek başına tipe uygun eylemi oluşturduğu söylenemez.

TCK kapsamında düzenlenen soruşturmanın gizliliğine ilişkin suç aleniyet unsurunu da içermektedir. Soruşturmanın gizliliğini ihlal eden eylem, soruşturma aşamasında alınan ve kanun gereği gizli tutulması gereken kararlar ve bu kararlar gereği yapılan işlemlerin gizliliğinin ihlali eylemleri dışında aleni bir

<sup>59</sup> Meran, a.g.e., s. 354.

<sup>60</sup> Ünver, a.g.e., s. 14.

<sup>61</sup> Ünver, a.g.e., s. 432.

<sup>62</sup> Öztürk-Erdem, a.g.e., s. 703

<sup>63</sup> Nur Centel-Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 89.

<sup>64</sup> A.g.e., s. 90.

<sup>65</sup> Ünver, a.g.e., s. 430.



hareket olmalıdır ki suçun maddi unsurları vücut bulmalıdır. Aleniyet kavramı kanunun çeşitli yerlerinde geçmesine rağmen tanımlanmış değildir.

Bir görüşe göre aleniyet herkese açık olmayı ifade etmektedir. Bu doğrultuda alenilik birden fazla kişiye bildirimde bulunmak değil, herkesin bildirimden haberdar olması olasılığını ifade etmektedir. Bu görüş doğrultusunda yalnızca belirli sifata sahip insanların girebileceği ya da izin almak koşuluyla girilebilen yerlerin herkese açık olmaması dolayısıyla aleni olduğundan söz edilemeyecektir. Ayrıca e-posta aracılığıyla birden fazla kişiye iletilmesi de, e-posta kişiye özel bir iletişim yolu olduğundan aleniyet unsurunu gerçekleştirilmeyecektir.<sup>66</sup>

Diğer bir görüş, hemen bu görüşe yakın olarak aleniyetin, belirsiz sayıda kişi tarafından fiilden haberdar olunabilme olanağının bulunması durumu ile gerçekleşecektir.<sup>67</sup> Eylemin aleni olarak belirsiz sayıda insanın fiilden haberdar olabilmesi ihtimalinin gerçekleştirilmesi yeterlidir, belirsiz sayıda insanın durumdan haberdar olması gerekmemektedir.<sup>68</sup>

Başka bir görüşe göre aleniyet, eylemin belirli olmayan birçok kişi tarafından algılanabilir bir mahiyette bulunması olarak tanımlanmıştır.<sup>69</sup> Görüldüğü gibi doktrinde aleniyetin ifade edilmiş tarzları farklı olsa da "eylemin belirsiz sayıda kişiye açıklığı" noktası ortaktır.

Kanaatimizce soruşturmanın gizliliği ilkesinin delillerin karartılmasının önüne geçmek ve kişinin masumiyet karinesinin korunması ve lekelenmeme hakkının muhafazasını sağlamak amacı göz önüne alınarak, soruşturmanın gizliliği eyleminde aleniyetin gerçekleşmesi için, gizliliği ihlal sonucu edinilen bilgi ve belgelerin belirsiz sayıda kişi ile paylaşılması ihtimalinin gerçekleşmesi gerekli ve yeterlidir. Bu paylaşımın gerçek olayda küçük bir toplulukta etkisini göstermesi önem taşımaz.

Önemli olan belirsiz kişiye ulaşma ihtimalidir. Gizliliği ihlal edilen belgelerin mahalle çapında duyulacak şekilde anons edilerek paylaşılması ile ulusal bir televizyonda beyan verilmesi arasında fark yoktur.

Aleni olmayan gizliliğin ihlali bu suç kapsamında olmayacak, söz konusu eylem başka bir suç tipini oluşturuyorsa bu suç kapsamında değerlendirilecektir. Mesela bir müdafii soruşturma dosyasından elde ettiği bilgileri, örgütlü suç kapsamında soruşturma konusu diğer faillere ulaştırmakta ve soruşturmanın amacına ulaşmasını engellemek için delillerin karartılması yolunda yardımda bulunmaktaysa, TCK madde 281 kapsamında işlenen suçta yardım eden olarak yer alacaktır.

Birinci fıkranın ikinci cümlesi soruşturmanın gizliliğini ihlal eden eylemler olarak soruşturma aşamasında alınan ve kanunen gizli tutulması gereken kararların ve bu kararların gereği olarak yapılan işlemlerin gizliliğini ihlal açısından aleniyetin gerçekleşmesini aramaktadır. Bu tür kararlara telekomünikasyon yoluyla iletişimin dinlenilmesi (CMK, madde 135), gizli soruşturmacı görevlendirilmesi (CMK, madde 139), teknik araçlarla izleme (CMK, madde 140) kararları örnek gösterilebilir. Kanun koyucu bu kararların hem kişilerin özel hayatına ilişkin bilgileri içermesi ve ceza adaleti dışına yansımalarının hak ihlalleri oluşturması hem de delillerin karartılması ve gerçeğin ortaya çıkarılmasının önüne geçilmesinin engellenmesi açısından aleniyet aramsızın tipe uygun eylem olarak düzenlemiştir.

Bir görüşe göre bahsedilen kapsamda alınan kararların ve kararların gereği yapılan işlemlerin soruşturma aşamasında icra edilmekte olması suçun oluşması açısından şarttır.<sup>70</sup> Bu düşüncenin mevhumu muhalifinden kovuşturma aşamasına geçmiş bir dosya hakkında genişletilen tahkikatta bu kararların alınması ve uygulanması durumunda gizliliğin ihlali suçunun oluşmayacağı anlaşılmaktadır. Söz konusu kararlar özellikle katalog olarak belirlenen bilhassa örgütlü suçlar hakkında alınan koruma tedbirleridir. Kovuşturma aşamasına geçildiği halde bu tedbirlerin alınmasına karar verilebilir. Bu durumda hakkında kovuşturma aşamasına geçilen sanık ile ilgili

<sup>66</sup> Meran, a.g.e., s. 354.

<sup>67</sup> Tezcan-Erdem-Önok, a.g.e., s. 460. Aynı yönde; Donay, a.g.e., s. 407.

<sup>68</sup> Tezcan-Erdem-Önok, a.g.e., s. 435.

<sup>69</sup> Mehmet Emin Artuk-Ahmet Gökçen-Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 455.

<sup>70</sup> Ünver, a.g.e., s. 429.

verilerin gizliliği açıklık ilkesi gereği ihlal oluşturmayacaksa da, bir kısım veriler halen başka suç ve suç şüphelileri açısından soruşturma aşamasında kalabilir. Bu durumda kanun lafzına doğrudan bağlı kalınmalı fakat soruşturma-kovuşturma evresi arasında kalan kararların hangi evreye ait olduklarının tespiti yapılmalıdır. Kaldı ki soruşturma evresinde alınan fakat icrası kovuşturma evresinde devam eden kararların bulunması da mümkündür. Kanun lafzından icrasının da soruşturma evresi içinde yer alması gerektiğinin anlaşılması imkânsızdır.

Yine aleniyetin aranmadığı hareketlerin gizliliği ihlal suçu kapsamında değerlendirilebilmesi için alınan kararların ve yapılan işlemlerin hukuka uygun olarak gerçekleştirilmiş olması gerekir. Başka bir ifadeyle alınan kararlar ve bu kararlar gereği yapılan işlemler hukuka aykırı ise bunların gizliliğinin ihlali bu suç kapsamında değerlendirilemeyecektir.<sup>71</sup>

Gerçekten de soruşturmanın gizliliğini ihlal eden eylemin hukuka aykırı olarak alınan kararın ve bunun gereği yapılan işlemlerin başka kimselere bildirilmesi şeklinde olması en azından "hukuka aykırı eylemin ihbarı" kapsamında olacağından bu suç açısından hukuka uygunluk nedeni oluşturmaktadır.<sup>72</sup> Fakat gözden kaçırılmaması gereken soruşturma dışında bulunan kimselerin gizli yapılan işlemlerin hukuka aykırılığından haberdar olmasının zorluğu ve hukuka aykırılığın ifşası girişimlerinin maddi gerçeğe ulaşmak amacını gölgeleyebileceği hususudur. Kaldı ki hukuka aykırı olarak yapılan bir dinleme, gizli muhbir görevlendirilmesi, teknik izleme soruşturma içinde yer almaz ve soruşturma görüntüsü altında yapılıyor olsa dahi soruşturma kapsamında olmadığından gizliliğinin ihlali suç oluşturmaz.

Bu fıkra kapsamında değinilmesi gereken bir husus da soruşturmanın gizliliğini ihlal eden hareketin sonuç olarak kısmen veya tamamen ihlali oluşturmasının tipik eylem açısından önem taşımadığıdır.<sup>73</sup> Yapılan hareket sonucunda soruşturmanın bir kısmı veya

tamamı ifşa edilmiş olabilir. Ortaya çıkan sonuç suçun gerçekleşmesi açısından hususiyet arz etmez. Bu ifşa, söyleyerek, ilgili bilgi ve belgelerin çoğaltılıp dağıtılması yoluyla olabileceği gibi yazılı, görsel ve işitsel araçlar yoluyla da gerçekleşebilir. Basının haber verme hakkı tipe uygun eylemler açısından hukuka uygunluk nedeni arz etmekte olup bu hususların tartışması hukuka aykırılık unsuru başlığı altında yer almaktadır.

Bu sup tipi ile aynı hukuki değeri esas alan bir madde Basın Kanunu'nda yer almaktadır. 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 19. maddesinin birinci fıkrası, hazırlık soruşturmasının başlamasından takipsizlik kararı verilmesine veya kamu davası açılmasına kadar geçen süre içerisinde, Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme işlemlerinin ve soruşturma ile ilgili diğer belgelerin içeriğini yayınlama eylemini cezalandırmaktadır. Basın Kanunu madde 19 ile soruşturmanın gizliliğinin ihlalini düzenleyen Türk Ceza Kanunu madde 285/1 çakışır durumdadır. Basın Kanunu, Türk Ceza Kanunu'na göre özel kanun niteliğine haizdir. Bunun yanında genel kanun niteliğindeki Türk Ceza Kanunu 5187 sayılı kanundan sonra yürürlüğe girmiştir.

Soruşturmanın gizliliğinin ihlalini düzenleyen TCK madde 285/1 ile Basın Kanunu 19/1 arasındaki ilişki bakımından doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre<sup>74</sup> her iki düzenleme örtüştüğünden ve aynı aykırılığı yaptırıma bağladığından sonradan yürürlüğe giren kanun tarafından Basın Kanunu 19. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır. Diğer bir görüşe göre ise<sup>75</sup> Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenlemeler sonraki kanun sıfatıyla ve sonraki kanun önceki kanunu zımnen kaldırır kuralı gereği Basın Kanunu'nun bu hükmünü iptal etmiş değildir. Öncelikle Basın Kanunu'nun özel kanun niteliği göz önüne alınmalıdır. Ayrıca Basın Kanunu madde 19 birçok yönden farklı eylemleri cezalandırmaktadır. "Bu meyanda Basın Kanunu'ndaki düzenlemelerin sadece soruşturma aşamasıyla ilgili olduğu, TCK madde 285/1'de basının

<sup>71</sup> Ünver, a.g.e., s. 430.

<sup>72</sup> Özek, a.g.m., s. 39.

<sup>73</sup> Ünver, a.g.e., s. 430.

<sup>74</sup> Donay, a.g.e., s. 408.

<sup>75</sup> Ünver, a.g.e., s. 424-425. Benzer yönde, Malkoç, a.g.e., s. 2094; Erdener Yurtcan, *Yeni Türk Ceza Kanunu ve Yorumu*, s. 461.

araç olarak kullanılmasının şart olmadığı, yine yayın eyleminin şart olmadığı gibi hususlar öne sürülmüştür. Basın Kanunu madde 19/1 karşısında, her fıkrasında aynı hukuki değerleri esas alsa da farklı bir hususun düzenlendiği Türk Ceza Kanunu 285. maddesinin bir bütün olarak alındığı ve karşılaştırma yapıldığı görülmektedir.

Konuyu incelemeden önce belirtilmelidir ki, basın suçları genel suçlardan ayrı niteliklere ve yapısal farklılıklara sahip değildir. Genel suçlar ile basın suçları arasındaki temel fark, suçun işleniş şekli, kullanılan araç ve ceza sorumluluğunun türü bakımından belirmektedir.<sup>76</sup> Basın Kanunu'nun özel kanun niteliğinde olma vasfı basın özgürlüğünün korunması bağlamında bu farklılığı ortaya koymasından kaynaklanmaktadır. Basın suçları öğretide, dar anlamda basın suçları (salt basın suçları), basın yoluyla işlenen suçlar ve basının yönetsel düzenine karşı suçlar olarak üçe ayrılmaktadır.<sup>77</sup> Dar anlamda basın suçlarında, suçun konusu olan eylemlerin, başka araçlarla gerçekleştirildiğinde suç oluşturmadığı durum söz konusudur. Hem başka araçlarla hem de basın araç kullanılmak suretiyle işlenebilen suçlara ise basın yoluyla işlenen suçlar denilmektedir.

Yeni Türk Ceza Kanunu 285/1 maddesi ile Basın Kanunu 19/1 maddesi ortak olarak soruşturma evresini kapsamına almaktadır. Basın Kanunu'nda yer alan "hazırlık soruşturmasının başlamasından takipsizlik kararı verilmesine veya kamu davası açılmasına kadar geçen süre" soruşturmanın gizliliğinin söz konusu olduğu süredir. Soruşturmanın gizliliği, bahsedildiği gibi yapılan işlemlerde ilgililerden başkasının haberdar olamamasını ve yapılan işlemlerden ve işlemler sonucu elde edilen bilgilerin içeriğinden başkalarının haberdar olamamasını kapsamaktadır. Bu aşamada BK madde 19/1'de bahsedilen savcı, hâkim veya mahkeme işlemlerinin ve soruşturma ile ilgili diğer belgelerin içeriğinin öğre-

nilmesi soruşturmanın gizliliğini ihlal edeceği gibi bunun yayınlanması alenen ihlal fiilini oluşturmaktadır. Yani Basın Kanunu'nda bahsedilen suçun unsurlarının gerçekleşmesi halinde, Türk Ceza Kanunu madde 285/1'de yer alan tipe uygun eylem her halükarda tüm ayrıntılarıyla gerçekleşmiş olacaktır. Ayrıca daha sonra bahsedeceğimiz üzere, Türk Ceza Kanunu'nda suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmiştir. 5187 sayılı Kanunun 19/1. maddesinde yer alan suç yeni Türk Ceza Kanunu yürürlüğe girene kadar dar anlamda basın suçu olarak nitelendirilmekte, başka bir araçla işlenebilmesi mümkün olmamakta idi. Böylelikle özel kanundan sonra yürürlüğe giren genel kanun ile aynı unsurları içeren suç, basın yoluyla işlenebilen suçlar kapsamına girmiştir. Ayrıca kanun koyucu Basın Kanunu'nu kaldırma niyetinde olmasa idi bu suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesini ağırlaştırılmış yaptırımlara tabi tutmayabilirdi. Kaldı ki aynı fiilin gerçekleşmesine rağmen BK. 19 yürürlükte olduğu varsayıldığında, ceza adaleti açısından orantısız yaptırımlar uygulanmış olacaktır. Kanaatimizce mevzuattaki düzenlemelerin bu haliyle Basın Kanunu 19/1 zımnen yürürlükten kalkmış bulunmaktadır.

Belirtmelidir ki bu halde de basın için öngörülen cezalar aşırı derecede ağır bulunmaktadır. Böylece kabul edilen her görüş olumsuz sonuçlara neden olmaktadır. Bizce bu sorun 5237 sayılı kanunda yer alan "soruşturmanın gizliliğini ihlal" tipik eyleminin geniş bir ceza muhakemesi tabanında içeriğinin doldurulması gereğinin sonucudur. Kanunda soruşturmanın gizliliği gibi birçok fiili içine alabilen bir kavram yerine, soruşturmanın gizliliği hukuki değerini ihlal eden tek somut eylemler sayılarak suç tipi belirlenmelidir. Bu eylemlerden basın özgürlüğü rejimi içinde değerlendirilmesi gerekenler, münhasıran Basın Kanunu'na alınarak ayrık halde cezaya tabi tutulmalıdır. Bunun sonucu olarak hem ceza kanununda tipik eylemlerin belirliliği artırılmış ve suçun ağırlığına göre cezalar belirlenmiş olur hem de basına özgü eylemlerin ayırt edilmesi kolaylaşır ve basına özgü düzenlemeler sonuç olarak adaletsizliğe yol açmaz.

<sup>76</sup> Adem Sözüer, *Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu*, s. 7.

<sup>77</sup> Erol Çetin, *Her Yönüyle Basın Hukuku*, Seçkin, Ankara, 2004, s. 125. Salt basın suçları ile basın yoluyla işlenen suçlar "basılmış eserin içeriğine ilişkin suçlar" başlığı altında toplanabilir. Bkz.: Kayıhan İçel-Yener Ünver, *Kitle Haberleşme Hukuku*, s. 259.

**b. Duruşmanın Aleniyetinin İstisnası:  
Kapalı Yapılan Duruşmanın  
Gizliliğini İhlal ve  
Tipe Uygun Eylem**

TCK 285. maddesinin ikinci fıkrası ise kovuşturma evresine ilişkin gizliliğin ihlalini konu edinmektedir. Bu fıkra uyarınca kanunen kapalı yapılması gereken veya kapalı yapılmasına karar verilen duruşmalardaki açıklama ve görüntüleri alenen ihlal eden kişinin, bu eylemi yaptırma tabii olacaktır. 1982 Anayasasının 141. maddesi uyarınca ve bu hüküm paralelinde CMK madde 182 uyarınca duruşmalarda kural olarak aleniyet esastır, ancak genel ahlakın ve kamu güvenliğinin açıkça gerekli kıldığı hallerde hâkim tarafından duruşmanın tamamının veya bir kısmının kapalı yapılmasına karar verilebilir. Ayrıca CMK 185. maddesinde sanığın 18 yaşını doldurmamış olması durumunda duruşmanın kapalı yapılması ve hükmün de kapalı duruşmada açıklanması zorunlu tutulmuştur. İşte bu kanun hükmü gereği veya hâkim kararı sonucu duruşmanın kapalı yapıldığı durumlarda açıklamaların ve görüntülerin gizliliğinin alenen ihlal edilmesi durumunda tipe uygun eylem gerçekleşecektir.

Burada cezalandırılan kapalı yapılması gereken veya kapalı yapılmasına karar verilen duruşmaların gizliliğinin ihlalidir. Her tür ihlal bu suç kapsamında değildir. Gizliliğin ihlali bu suç kapsamında değildir. Gizliliğin ihlali suçu, açıklamaların gizliliğinin ihlali veya görüntülerin gizliliğinin ihlali olarak iki seçimsiz hareketle işlenebilir, yeter ki eylem aleni olarak gerçekleştirilsin. Açıklamaların gizliliğinin ihlalinden kapalı yapılan duruşmadaki işlemlerin ve nedenlerinin gizliliği suçun konusudur.

Görüntülerin gizliliğinin ihlalinden ise kapalı duruşmada bulunan veya yapılanların görüntülerinin ifşa edilememesi anlaşılmalıdır. CMK 183. maddesi hükmünce istinabe yoluyla dinlenen tanık ve bilirkişinin ve duruşmadan bağımsız tutulan yurtdışındaki sanığın duruşmadan önce istinabe yoluyla sorguya çekilmesi durumları hariç, adliye binalarının içinde ve duruşma başladıktan sonra duruşma salonlarının içine her türlü ses ve görüntülü kayıt ve nakil olanağı sağlayan cihazın sokulması yasaktır. Bu yasağın genel olarak var

olmasına karşılık kapalı yapılan duruşmalarda yer alan ses ve görüntülerin gizliliğinin alenen ihlali cezalandırılmaktadır.

Bu fıkranın ikinci cümlesinde, kanun gereği veya hâkim kararı ile kapalı yapılan duruşmanın gizliliğinin ihlali açısından, aleniyetin aranmadığı bir eylem düzenlenmiştir. Buna göre tanığın korunmasına ilişkin gizlilik kararına aykırılık oluşturan eylemler için aleniyetin gerçekleşmesi aranmayacaktır. Burada tanığın korunmasına ilişkin düzenlemelerin ihlali tek başına ihlal konusu değildir. Tanığın korunmasına ilişkin gizlilik kararının kanun gereği kapalı yapılan veya hâkim tarafından kapalı yapılmasına karar verilen duruşmada ihlali gerekir ve suçun oluşması için eylemin aleni olarak gerçekleştirilmesi lazımdır.

Bir görüşe göre madde metninde “duruşmalar” tabirini oturum ve celseleri kapsayıcı olarak yorumlanmak gerektir. Aksi halde kanun lafzı yanıltıcı şekilde gizliliğine karar verilen duruşmaların tüm celselerini-oturumlarını kapsayıcı olarak anlaşılacaktır.<sup>78</sup> Oysa zaten CMK'nın duruşmanın kapalı yapılmasına ilişkin maddelerinde duruşmanın tamamının veya bir kısmının kapalı yapılabileceği madde metninde yer almaktadır. Bu maddelere binaen düzenlenen suç tipinin duruşmalar terimi ile bir kısmı, bir celsesi kapalı yapılan duruşmaların tümünün kastedildiği yorumu çıkarılamayacaktır.

**c. Masumiyet Karinesinin Diğer Yolla  
İhlali: Kişilerin Görüntülerinin  
Yayınlanması**

Masumiyet karinesinin, kişinin suçlu olup olmadığının yargı mercileri önünde yargılanması ile ortaya çıkarılması gerekliliği sonucu olduğunu belirtmiştik. Buna karşı günümüzde kişiler basın vasıtası ile toplum vicdanında yargılanabilmektedir. Maddenin dördüncü fıkrası bunun önüne geçmek, masumiyet karinesinin ihlal edilmesini engellemek amacıyla, soruşturma ve kovuşturma evresinde kişilerin suçlu olarak damgalanmalarını sağla-

<sup>78</sup> Ünver, a.g.e., s. 432.

yacak şekilde görüntülerinin yayınlanmasını cezalandırmaktadır.<sup>79</sup>

Suç tipi kişilerin görüntülerinin “suçlu olarak damgalanmalarını sağlayacak şekilde yayınlanmasını” yaptırıma bağlamakta, suçlu olarak damgalanma sonucunun gerçekleşip gerçekleşmediğine önem vermemektedir. Bir tehlike suçu söz konusudur.<sup>80</sup> Bu suçun oluşabilmesi için soruşturma veya kovuşturma evresinde yayın yapılmalı, yayında söz konusu kişinin görüntüleri bulunmalı ve yayının yapılaş biçimi kişinin suçlu olarak damgalanmasını<sup>81</sup> sağlayacak nitelikte bulunmalıdır. Bu üç unsurdan birisi gerçekleşmediğinde eylemler bu suçun oluşurmayaacaktır.

Kişinin suçlu olarak damgalanmasını sağlayacak görüntünün ne olduğu hususu somut olaya göre önem taşıyacaktır. Örneğin, devamlı suç işleyen ve suç işlediği tüm kamuoyu tarafından bilinen bir kişinin görüntülerinin yayınlanması, kişiyi damgalayacak nitelikte değildir.<sup>82</sup>

Yayının soruşturma veya kovuşturma evresinde yapılmış olması önem taşımaz, bu evrelerden birinde gerçekleşmesi gerekli ve yeterlidir; ara muhakeme devresi de soruşturma evresine dâhil kabul edildiğinden, bu aşamada gerçekleştirilecek tipe uygun eylemler de suç oluşturacaktır.<sup>83</sup>

Bahsedilmesi gereken diğer bir husus ise suç tipinin gerçekleşmesi için yazı, açıklama veya ses gibi görüntü dışı yayınların suç tipini oluşturmayacağıdır.<sup>84</sup> Bununla birlikte esas olan kişinin suçlu olarak damgalanmasına neden olacak şekilde yayınlanan görüntülerdir. Bu yayının nasıl yapılacağı önemli değildir Görüntüler; suçtan zarar görenlere yahut

mağdurlara ait görüntüler olabileceği gibi, şüpheli ya da suçlunun suç işlediği kanaatinin toplum nezdinde kabul edilmesi sonucunu doğuracak şekilde kendisine ait görüntüler de olabilir.

## 7. Manevi Unsur

Türk Ceza Kanunu 285. maddesinde düzenlenen gizliliği ihlal suçunun gerçekleşmesi için özel bir kastının olmasına gerek yoktur. Failin tipik eylemi hangi amaçla yaptığının önemi yoktur.<sup>85</sup> Dolayısıyla suçun manevi unsuru genel kasttır.<sup>86</sup>

## 8. Hukuka Aykırılık Unsuru

Soruşturmanın gizliliğinin ihlaline istisna olarak savunma hakkına sahip olan müdafinin savunma hakkını kullanmak amacıyla soruşturma içeriğinden haberdar olabilme hakkı vardır. Bu açıdan müdafii hukuka uygunluk sebebine dayanmaktadır.<sup>87</sup> Bununla birlikte müdafii edindiği bilgileri bu suç tipini ihlal eder biçimde kullanmamalı ve kullandırtmamalıdır.<sup>88</sup> Aksi halde zaten bu suçun muhatabı olan şüpheli ve müdafii hukuka uygunluk nedeninin dışına çıkacaktır. Yine soruşturma işlemlerinde kanunen bulunması gereken kişiler, soruşturmanın gizliliğine karşı hukuka uygunluk nedenine dayanmaktadırlar. Fakat aynı şekilde bu kimselerin de kanundaki suç tiplerini gerçekleştirilmemeleri gerekmektedir.

Duruşmanın gizliliğini alenen ihlal eden eylemler olarak açıklamaların ve görüntülerin ifşa edilmesi kanundan kaynaklanan bir konuşma yükümlülüğünden doğuyorsa, bir hukuka uygunluk nedeni var olmaktadır. Ayrıca CMK, 180 ve 196. maddeleri uyarınca tanık ve sanıkların görüntülerinin kaydedilmesi fiilleri hukuka uygunluk sebebine dayanmaktadır.<sup>89</sup> Yine de bu görüntülerin suç tipini ihlal edecek şekilde kullanılması 285. maddedeki suçların gerçekleşmesi sonucunu doğuracaktır.

<sup>79</sup> Suç niteliği gereği basın özgürlüğüne doğrudan sınırlama getirmektedir. Bkz.: Erdener, a.g.e., s. 461.

<sup>80</sup> Meran, a.g.e., s. 357; Donay, a.g.e., s. 409; Ünver, a.g.e., s. 440.

<sup>81</sup> Katıldığımız bir görüşe göre, “damgalanma” terimi hukuki bir terim olmayıp, kriminoloji bilimine ait olduğundan tipe uygun eylemi açıklayan daha uygun bir metin kabul edilebilirdi. Örnek olarak “nezdinde suçlu olarak tanınmasını sağlayacak”. Bkz.: Donay, a.g.e., s. 409.

<sup>82</sup> Donay, a.g.e., s. 409.

<sup>83</sup> Ünver, a.g.e., s. 440 vd..

<sup>84</sup> A.g.e., s. 441.

<sup>85</sup> Karşı görüş için bkz.: Meran, a.g.e., s. 357.

<sup>86</sup> Ünver, a.g.e., s. 437.

<sup>87</sup> Malkoç, a.g.e., s. 2093.

<sup>88</sup> Ünver, a.g.e., s. 435.

<sup>89</sup> Meran, a.g.e., s. 358.

Basının haber verme hakkı da, hakkın icrası kapsamında hukuka uygunluk nedenidir.<sup>90</sup> Bu hukuka uygunluk nedeninin söz konusu olabilmesi için, hakkın hukuk düzeni tarafından kabul edilmesi, hakkın sınırları içinde kullanılması ve yapılan eylem ile arasında bir bağlantının bulunması gerekecektir.<sup>91</sup> Basının bu haklarının icrası kapsamında hukuka uygunluk nedeninden yararlanabilmesi için yaptığı yayınların haber niteliğini taşıması gerekmektedir. Güncel, kamunun ilgisini çeken ve açıklanmasında kamu yararı bulunan olayların, görüşlerin, yorumların ve eleştirilerin açıklanması haber olup, böyle bir haberin gerçeğe uygun, objektif, dengeli, orantılı şekilde yayınlanması basın mesleğinden doğan hakkın icrası kapsamındadır.<sup>92</sup> Öncelikle belirtmeliyiz ki adli haberlerin verilmesinde adli mekanizmanın kamunun denetimine açık olması ve toplumun suçların cezalandırıldığını görmesi bakımından kamu yararının varlığı yadsınmaz.<sup>93</sup> Fakat belirtmelidir ki basın özgürlüğü mutlak bir hak değildir. Haberlere, bilgi ve düşüncelere ulaşma, onları inceleme ve eleştirme ve yayabilme hakları, adil yargılanma hakkı çerçevesinde sınırlanmıştır.<sup>94</sup>

Basın özgürlüğünün kullanılmasında adli haberlerin verilmesi, adli haberlerin konusu olan şüpheli ve sanığın kişisel hakları bakımından zaten zorunlu bir müdahale teşkil etmektedir.<sup>95</sup> Bu nedenle sınırsız bir basın özgürlüğü, temel haklar bakımından telafisi mümkün olmayan sonuçlar doğurur. Masumiyet karinesinin basın karşısında sağlam kalması ve toplum açısından hüküm ifade etmesi hukuka dayalı bir rejimde zorunluluktur.<sup>96</sup> Suç olayına duyulan ilginin bir sonucu olarak basın suçun faili, mağduru ve tanıklarını araştırma ve bilgi toplama konusu yapmakta ve böylelikle suçluluğu hükmen sabit olmayan bir kimseyi suçlu olarak yansıtmak-

tadır.<sup>97</sup> Ayrıca kitleyi ilgilendiren suç haberleri heyecanları sömürecek şekilde verilmekte, itham altında bulunan kişiler hakkında masumiyet karinesi suçluluk karinesine dönüştürülmektedir.<sup>98</sup> Bunun yanında duruşmada tartışılmayan delillerin daha mahkemenin eline geçmeksizin kamuoyu önünde tartışılması hâkimlerin tarafsızlığını etkilemekte, yargılamanın iç ve dış etkilere kapalı şekilde yürümesi engellenmektedir.<sup>99</sup> Ayrıca kapalı yapılan duruşmalara ilişkin açıklama ve görüntülerin ifşa edilmesi çocuğun afişe olmasına ve özel hayatın gizliliğinin ihlaline sebebiyet vermektedir.<sup>100</sup> Duruşma salonlarında kamera ve mikrofonlar altında sanığın savunma yapması ve mahkeme heyetinin serbestçe delilleri takdir edebilmesi imkânı sınırlanmaktadır. Basında tanık ve sanık beyanlarının, görüntülerinin yer alması ve değerlendirilmelerde bulunulması mahkemenin tarafsızlığını etkilemektedir.<sup>101</sup>

Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yapılan soruşturmanın gizliliği, duruşmaların aleniyeti, adliye binaları ve duruşmalarda ses ve görüntü alınmasına sınırlama getirilmesi gibi düzenlemeler, basın özgürlüğü ile masumiyet karinesi, sanık hakları ve adil yargılanma hakkının korunması bağlamında yerinde olumlu değişiklikler olmuştur. Belirtmelidir ki, soruşturmanın gizliliği, duruşmanın aleniyetine getirilen istisnalar ve duruşma evresinde ses ve görüntü kaydı yapılamaması basın özgürlüğüne getirilen sınırlamalardır. Bu sınırların aşılması basının hukuka uygunluk nedeninin dışına çıkması anlamına gelmektedir. Sınırların aşılması tipe uygun eylemi oluşturduğunda ise 285. maddedeki suçlar gerçekleşmiş olacaktır.

Somut olayda bu sınırlar uygulanırken, hukuka uygunluk sebebinin sınırlarını aşan eylemler ile basın özgürlüğü arasında bir uyumun gözetilmesi gereklidir.<sup>102</sup> Basın hakkın icrası sınırları içinde hareket etmeli ve

<sup>90</sup> Ünver, a.g.e., s. 435.

<sup>91</sup> Köksal Bayraktar, *Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Hukuka Uygunluk Nedenleri*, Erdoğan Teziç'e Armağan, s. 20.

<sup>92</sup> Üzülmöz, a.g.m., s. 939 vd..

<sup>93</sup> Zafer, a.g.m., s. 762.

<sup>94</sup> Üzülmöz, a.g.m., s. 941.

<sup>95</sup> Zafer, a.g.m., s. 761.

<sup>96</sup> Dönmezer, *Suçsuzluk Karinesi*, s. 76.

<sup>97</sup> Yarsuvat, a.g.m., s. 465.

<sup>98</sup> Üzülmöz, a.g.m., s. 941.

<sup>99</sup> Zafer, a.g.m., s. 764.

<sup>100</sup> Yokuş Sevük, a.g.m., 757 ve 759.

<sup>101</sup> Zafer, a.g.e., s. 764.

<sup>102</sup> Malkoç, a.g.e., s. 2093.

kamunun suç konusu olaylardan haberdar olması sağlanmalıdır. Örneğin kişileri kamuoyu önünde teşhir etmeyecek şekilde ve objektif ölçüler içinde verilen suç olayları kanuna aykırılık teşkil etmeyecektir. Bu kapsamda toplumu yakından ilgilendiren önemli olaylarda olayların kahramanlarının görüntü ve isimlerinin yayınlanması hukuka aykırı değildir.<sup>103</sup> Örneğin bir trafik kazasında ölenlerin resim ve isimleri kullanılabilir. Yine suçluluğu herkes tarafından bilinen ve kamuya mal olmuş bir kişinin görüntülerinin ve isminin kullanılması suç teşkil etmeyecektir.<sup>104</sup> Bu kişilerin tutuklanması veya gözaltına alınması olaylarında resmi ve isimleri kullanılabilir. Fakat suçlu olduğu kanaatini uyandıracak imalar veya görüntüler hukuka uygunluk nedenini ortadan kaldıracaktır.

AİHM aleniyet kazanan bilgilerin yayınlanmasının yasaklamasını yerinde görmemektedir.<sup>105</sup> Basının mutlak anlamda gizli kalması gereken hususlar dışında aleniyete ulaşan tutuklama ve yakalamayı açıklaması veya suça ilişkin genel bilgileri vermesi hukuka uygunluk sebeplerini aşmış olmayacaktır.<sup>106</sup> Yaşamda gerçekleşen olayın objektif olarak verilmesi basın özgürlüğünün doğal sonucudur. Bu kapsamda kolluk kuvvetlerinin yetkili birimlerinin basını bilgilendirmek için yaptığı açıklamaların verilmesi de hukuka uygunluk kesbeder.<sup>107</sup> Belirtilmelidir ki aleniyete kavuşan bilgi ve belgelerin yayınlanmasının yasaklanamaması kuralı, kişilerin özel hayatlarının devamlı surette ifşası ve adliye bakımından gizliliğin ortadan kalkmasına da neden olabilmektedir. Özellikle bilgi ve belgelerin ifşa edenin belli olmadığı internet ortamından tüm topluma yayılması ve alenileşmesi, daha sonra ise basının bu ses kayıtları veya video belgelere genişçe yer vermesi; kuralın kötüye kullanılmasına yol açabilir. Son dönemde bu tip haberlerin arttığı ve toplumu etkilediği ortadadır.

<sup>103</sup> Üzülmüş, a.g.m., s. 948.

<sup>104</sup> Donay, a.g.e., s. 409; Üzülmüş, a.g.m., s. 949.

<sup>105</sup> Paşaoğlu, a.g.t., s. 65.

<sup>106</sup> Donay, a.g.e., s. 407.

<sup>107</sup> Malkoç, a.g.e., s. 2094.

## 9. Cezayı Ağırlaştırıcı Neden

TCK 285. maddesinin 3. fıkrasında, ilk iki fıkrada yer alan gizliliği ihlal suçlarının basın ve yayın yoluyla işlenmesi hali cezayı ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmiştir. Basın ve yayın yoluyla deyimi, TCK madde 6/1/g'de "her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim araçları ile yapılan yayınlar" olarak tanımlanmıştır. Bu durumda suçun geniş anlamda kitle iletişim araçları ile işlenmesi söz konusudur. E-posta bir özel iletişim aracı olduğundan bu kapsamda değerlendirilemeyecektir.<sup>108</sup>

## 9. Suça Teşebbüs

TCK 285. maddesinde yer alan her bir suç tipi teşebbüse elverişlidir.<sup>109</sup> Fail icra hareketlerine başlamakla birlikte, kendi iradesi dışındaki neden veya nedenlerle bu gizliliği ihlal neticesi doğmazsa veya görüntülerin yayınlanması kesilirse teşebbüs söz konusu olacaktır. Bunun yanında belirtilmelidir ki aleniyetin aranmadığı koşullarda bilgi veya belgeler muhataplarına gönderilip de herhangi bir nedenle ulaşmaması halinde yine teşebbüs söz konusu olacaktır.<sup>110</sup>

## 10. Suç Ortaklığı

Suçun özgülü suç olmaması ve kanuni ayırık hükümler içermemesi nedeniyle suç ortaklığına ilişkin genel hükümler geçerlidir.<sup>111</sup> Azmettiren ve yardım eden sorumlu olabilecektir.<sup>112</sup>

## ADİL YARGILAMAYI ETKİLEMENE TEŞEBBÜS SUÇU (TCK, MADDE 288)

Türk Ceza Kanunu 288. maddesi, adil yargılanma hakkının bir uzantısı olarak yargılanmanın iç ve dış etkilere kapalı olarak, bağım-

<sup>108</sup> Meran, a.g.e., s. 355. Basın Kanunu madde 19/1 ile bağlantılı değerlendirmeler için bkz.: s. 21 vd.

<sup>109</sup> Ünver, a.g.e., s. 971.

<sup>110</sup> Meran, a.g.e., s. 358.

<sup>111</sup> Ünver, a.g.e., s. 971.

<sup>112</sup> Meran, a.g.e., s. 358.

sız ve tarafsız şekilde yapılabilmesinin başka bir şekilde ihlal eden eylemleri cezalandırmaktadır. Buna göre bir olay ile ilgili başlatılan soruşturma ve kovuşturma kesin hükümle sonuçlanıncaya kadar savcı, hâkim, mahkeme, bilirkişi ve tanıkları etkilemek amacıyla alenen sözlü veya yazılı beyanda bulunan kişinin, bu fiilleri yaptırma bağlanmıştır. Bahsedilen hukuki değerleri ihlal eden eylemler, adil yargılanma hakkının korunması yükümlülüğü kapsamında suç addedilmiştir. Bu suçun incelerken birçok konuyu aydınlattığımızdan sık sık önceden yaptığımız açıklamalara atıfta bulunmakla yetineceğiz.

## 1. Korunan Hukuki Değer

Masumiyet karinesi, açıkladığımız üzere, kişinin yargı mercileri dışında, üçüncü kişiler nezdinde yargılanmasının önüne geçmek için vardır. Soruşturma ve kovuşturmanın başlamasından itibaren mahkeme dışında delillerin tartışılması, muhakemede yer alan kişiler ile ilgili yorumlar yapılması, verilen kararların değerlendirilmesi mahkemenin sükûnetini bozacaktır. Dış etkilerden tecrit edilmiş şekilde yaşamayan mahkemenin iç ve dış etkilere kapalılığı böylece engellenmiş olacaktır. Dolayısıyla bu suçun koruduğu hukuki değer, esas olarak adil yargılanma hakkı ve adil yargılanma hakkının bir uzantısı olarak masumiyet karinesi, muhakemenin iç-dış etkilere kapalı ve sükûnet içinde gerçekleşmesi ve bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma hakkıdır.

## 2. Suçun Konusu

Suçun konusu, bir olay ile ilgili olarak başlatılmış ve kesin hükümle sonuçlanmamış soruşturma ve kovuşturmadır.<sup>113</sup> Soruşturma ve kovuşturma terimleri önceden açıklandığından sadece değinmekle yetiniyoruz.

## 3. Fail

Bu suç, özgü nitelikte olmayıp, herkes bu suçun faili olabilir.<sup>114</sup> Kanunda suçun gerçek-

<sup>113</sup> Meran, a.g.e., s. 372.

<sup>114</sup> Ünver, a.g.e., s. 465; Meran, a.g.e., s. 372.

leşmesi için failin özel nitelikler taşıması öngörülmemiştir. Açıklama veya beyanda bulunan kişinin kimliğinin ve sıfatının önemi yoktur.

## 4. Mağdur

Adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçunda, suçun mağduru bulunmamaktadır.<sup>115</sup> Devletin adliye fonksiyonu hukuki değerinin bizzat sahibi değil, taşıyıcısı konumunda olduğundan<sup>116</sup> suçtan zarar gören konumundadır.

## 5. Tipe Uygun Eylem

Suç, bir olayla ilgili olarak başlatılan soruşturma ve kovuşturma kesin hükümle sonuçlanıncaya kadar, savcı, hâkim, mahkeme, bilirkişi veya tanıkları etkilemek amacıyla, alenen sözlü veya yazılı beyanda bulunmakla oluşacaktır.

Öncelikle belirtilmelidir ki, suça neden olan eylemler, ancak soruşturma ve kovuşturmanın başlamasından, kesin hükümle sona ermesine kadar olan süreçte gerçekleşmesi halinde söz konusu olacaktır.<sup>117</sup> Soruşturma ile kovuşturma evresinin arasında yer alan ara muhakeme devresi de bu zaman dilimine dâhil sayılmalıdır. Başlatılan soruşturmadan söz edildiği için, soruşturma öncesi tamamen istihbari veya önleme amaçlı yürütülen faaliyetler hakkındaki beyanlar, suç kapsamında değerlendirilmemelidir.<sup>118</sup> Kovuşturmaya yer olmadığına dair karar veya kovuşturmanın ertelenmesi kararı ile soruşturma sona ermiş olacaktır. Mahkemece son kararın verilmesinden sonra kanun yollarına başvurulması halinde, kovuşturma süreci yeniden başlaya-

<sup>115</sup> Meran, a.g.e., s. 372.

<sup>116</sup> Ünver, a.g.e., s. 14.

<sup>117</sup> Soruşturma ve kovuşturma evresinden bahsedildiğinden suç sadece ceza yargılaması sürecindeki eylemleri cezalandırmaktadır. İdari ve özel hukuk yargılamaları suç kapsamında değerlendirilemeyecektir.

<sup>118</sup> Ünver, a.g.e., s. 468.



cağından gerçekleştirilen eylemler suça vücut verecektir.<sup>119</sup>

Bu süreç içinde savcı, hâkim, mahkeme, bilirkişi veya tanıkları etkilemek amacıyla alenen sözlü veya yazılı beyanda bulunma hareketleri suçun hareket unsurunu oluşturmaktadır. Kanun sözlü beyanda veya yazılı beyanda bulunmak olarak iki tür seçimlik hareket belirlenmiş, yapılan açıklamanın yazılı veya sözlü olması arasında herhangi bir fark gözetmemiştir. Burada suçun unsuru olan alenilik hakkında önceden yaptığımız açıklamalar aynen geçerlidir.

Bir görüşe göre madde metninde “olay” kelimesi kullanıldığı ve suç nitelmesi yapılmadığından disiplin soruşturmaları ve haksız fiil üzerine başlatılan soruşturmalar da madde kapsamına girecektir.<sup>120</sup> Bizce olay kelimesinin kullanılmasının nedeni kanun koyucunun her başlatılan soruşturma ve kovuşturmanın konusunun, önceden gerçekten suç olup olmadığının belli olmamasını göz önüne almasından kaynaklanmaktadır. Kaldı ki uygulamada disiplin ve haksız fiil soruşturmalarında savcı, hâkim, mahkeme, bilirkişi ve tanık olarak nitelendirilen şahıslar bulunmamaktadır.

Adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçu bir tehlike suçudur.<sup>121</sup> Suçun oluşması için yargılamayı etkilemek amacıyla beyanda bulunulması gerekli ve yeterlidir. Gerçekten savcı, hâkim, mahkeme, bilirkişi veya tanıkların etkilenmiş olması aranmayacaktır. Bu amaçla yapılan bir beyanın olması yeterli sayılmakta ve gerçekleştiği var sayılan soyut tehlike cezalandırılmaktadır.<sup>122</sup>

Etkilemek amacıyla yapılan sözlü veya yazılı beyanların muhatabı soruşturma ve kovuşturma evresinde yer alan bilirkişiler, tanıklar, savcı, hâkim ve mahkemedir. Başkaca kimselelerin etkilenmesi amacıyla yapılan açıklamalar suç oluşturmuyacaksa da, bu yöndeki açıklamalar kanunda yer alan kişileri etkileme amacına matuf ise tipik eylem gerçekleşecektir.

Ayrıca etkileme amacıyla eylem yapıldığında, bilirkişi görüşünü bildirmiş veya tanık bilgi ve görgüsünü aktarmış bile olsa hâkim veya mahkemenin bunlardan etkilenmesi kastı varsa suç işlenmiş sayılacaktır.<sup>123</sup>

Bu suçta cezalandırılan fiillere benzer eylemler, Basın Kanunu madde 19/2’de de suç olarak tanımlanmıştır. Bu durumun, TCK 285/1’i oluşturan tipe uygun eylemi açıklarken, Basın Kanunu madde 19/1 ile bağlantısı konusuna ilişkin yaptığımız tartışmalardan farklı yönleri vardır. Basın Kanunu madde 19/2’de görülmekte olan bir dava kesin hükümle sonuçlanıncaya kadar, bu dava ile ilgili hâkim veya mahkeme işlemleri hakkında mütalaa yayınlamak eylemi suç sayılmıştır. Öncelikle belirtelim ki en belirgin fark olarak BK madde 19/2 sadece kovuşturma evresinde yer alan bir fiili cezalandırmasıdır. Davadan önce veya sonra yayınlanan mütalaalar suçu oluşturmaz. TCK 288. madde ile BK 19/2. madde arasındaki en belirgin fark ise kast unsurudur. Türk Ceza Kanunu’nda yer alan suçun işlenebilmesi için etkileme özel kastının varlığı aranırken, Basın Kanunu’nda yer alan mütalaanın yayınlanmasında herhangi bir kastın bulunması gerekmemektedir. Dava ile ilgili hâkim veya mahkeme işlemleri hakkında bir mütalaanın yayınlanması eylemi suçun gerçekleşmesi için yeterlidir. Ayrıca 288. maddede yer alan sözlü ya da yazılı beyanların mütalaa niteliği taşımasına gerek yoktur. Bundan dolayı 288. maddenin BK 19/2’yi sonradan yürürlüğe giren kanun olarak yürürlükten kaldırdığı söylenemez.<sup>124</sup> Türk Ceza Kanunu metninden bu paralelde cezayı ağırlaştırıcı neden olarak suçun basın veya yayın yoluyla işlenmesi kaldırılmıştır.

## 6. Manevi Unsur

Suç, ancak özel kastla işlenebilen bir suçtur.<sup>125</sup> Söz konusu sözlü veya yazılı beyanların savcı, hâkim, mahkeme, bilirkişi ve tanıkları etkilemek amacıyla gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Burada etkileme amacı “olumlu”

<sup>119</sup> Meran, a.g.e., s. 373.

<sup>120</sup> Ünver, a.g.e., s. 468.

<sup>121</sup> Yurtcan, a.g.e., s. 464.

<sup>122</sup> Meran, a.g.e., s. 373.

<sup>123</sup> A.g.e., s. 374.

<sup>124</sup> Aynı yönde; Donay, a.g.e., s. 412; Ünver, a.g.e., s. 463; Meran, a.g.e., s. 376.

<sup>125</sup> Ünver, a.g.e., s. 469.

veya “olumsuz” yönde olabileceği gibi “kötü niyetle” veya “iyi niyetle” olabilir.<sup>126</sup>

Suçun gerçekleşmesi için özel kastın, yani savcı, hâkim, mahkeme, tanık veya bilirkişileri etkileme amacı şart olduğundan olası kast veya taksir suçu oluşturmaz.<sup>127</sup>

## 7. Hukuka Aykırılık Unsuru

Basın özgürlüğü bu suç kapsamında da hukuka uygunluk nedeni olarak ortaya çıkmaktadır. Basının eleştiri ve yorumda bulunma hakkı, suçun koruduğu adil yargılanma hakkını ihlal etmediği müddetçe hukuka uygunluk nedeni olacaktır. Basın savcı, hâkim, mahkeme, bilirkişi veya tanıkları etkilemek amacıyla yazılı veya sözlü beyanlarda bulunamayacaktır. Fakat haber, yorum, analiz ve eleştirilerin sınırı aşmış olduğunun tespiti suçta yer alan özel kastın varlığına bağlıdır.<sup>128</sup> Bunlar dışında suçun basın özgürlüğü ile ilişkisi özellikli bir husus arz etmez.

## 8. Suça Teşebbüs

Suç, özel kastla beyanın yapılması ile tamamlanmış olacaktır. Eylem açıklamak, yayınlamak, beyanda bulunmakla tamamlanır. Burada bir soyut tehlike suçu bulunduğundan teşebbüs mümkün değildir.<sup>129</sup> Mesela fail açıklamalarına başladıktan sonra kendi isteği dışında yayının kesilmesi durumunda açıklama yapılamayacağından suç oluşmayacaktır. Özel kastla yapılan açıklama gerçekleştiğinde ise suç tamamlanmış olacaktır.

## 9. Suç Ortaklığı

Suç ortaklığı, azmettirme ve dolaylı faillığe ilişkin genel kurallar bu suç içinde uygulanabilecektir.<sup>130</sup>

## SONUÇ

Ulusal ve uluslararası düzenlemelerde temel bir insan hakkı olarak, suç şüphesinin başlamasından sona ermesine kadar etkin olan ve yargılama fonksiyonunu yönlendiren adil yargılanma hakkı tanınmıştır. Bu hakkın kaynağı bizzat çağdaş insan hakları anlayışıdır. Suç isnadı altında bulunmakla kişilik hakları sona ermeyeceğinden, adil yargılanma hakkının tezahürü olarak masumiyet karinesi, duruşmanın aleniyeti, mahkemenin iç-dış etkilere kapalılığı ve bağımsızlığı ve tarafsızlığı yapılan düzenlemeler ile korunmak zorundadır. Devlet adil yargılanma hakkına zarar veren her türlü eylemi önlemek ve gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. Bu kapsamda adliye karşı suçların koruduğu hukuki değer adil yargılanma hakkının kendisidir.

Bu paralelde mevzuatımızda yer alan gizliliğin ihlali ve adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçları çeşitli eylemleri yaptırıma bağlamıştır. Söz konusu eylemler aynı zamanda basın özgürlüğüne sınırlama getiren ve adil yargılanma hakkının korunmasını amaçlayan muhakeme safhalarına ilişkin kuralların ihlali temeline dayanmaktadır. Bu durumda bu suçlar bakımından basın özgürlüğü hem sınırlamaya uğrayan bir hak hem de bir hukuka uygunluk nedeni olarak karşımıza çıkmaktadır. Somut olayda basın açısından çizilen bu ince çizginin takdiri büyük önem taşıyacaktır.

Bunun yanında eski ceza muhakemesi mevzuatında, muhakeme safhalarında basının haber verme hakkının somut olarak düzenlenmemesinin getirdiği sıkıntılar, yeni 5271 sayılı yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ile ortadan kalkmış görünmektedir. Hukuk devleti ilkesini benimseyen bir ülkede bir özgürlüğün kullanılmasının sağlam bir teminat altında olması gerekirken, sınırlarının da belirgin şekilde çizilmesi gereklidir. Soruşturmanın gizliliği esasının açıkça yer alması, duruşmalarda ses ve görüntü kaydı yapılamaması ve yayın yasaklarının düzenlenmesi basın özgürlüğünün sınırlarını da daha adil bir şekilde çizmiştir.

Konumuz olan suçlar bakımından ceza muhakemesine dair süreçlerin düzenlenişinin büyük bir önemi vardır. Nitekim bu suçlarda

<sup>126</sup> Donay, a.g.e., s. 410.

<sup>127</sup> Meran, a.g.e., s. 377; Ünver, a.g.e., s. 469.

<sup>128</sup> Ünver, a.g.e., s. 469.

<sup>129</sup> Meran, a.g.e., s. 377.

<sup>130</sup> Ünver, a.g.e., s. 471; Meran, a.g.e., s. 378.

yer alan soruşturma, kovuşturma, soruşturmanın gizliliği, duruşmaların kapalı yapılması ve tanığın korunması gibi kavramlar tamamen bu düzenlemelere bağlı olarak açıklığa kavuşmaktadır. Burada hemen belirtmek gerekir ki, tipe uygun eylemin tanımlanmasında bu kadar geniş ve esnek eylemlerin cezalandırılması sorunlara yol açacaktır. Bizce bu kavramlar bizzat kullanılmak yerine, bu kavramlar kapsamındaki eylemler somut olarak kanun kapsamında yer almalıdır. Böylece suçta ve cezada kanunilik ilkesi daha uygun şekilde yerini bulacaktır

Söz konusu suçlar ile önceden yürürlüğe giren Basın Kanunu maddelerinin örtüşmesi bazı tartışmalara yol açmıştır. Varılan sonuç ne olursa olsun bu şekildeki örtüşmeler aynı fiillerin basın tarafından işlenmesi ile normal kişi tarafından işlenmesi halinde hükmedilen cezaların adaletsizliği sonucunu doğurmaktadır. Ayrıca bu sorun uygulamanın çabaları ile dahi giderilecek nitelikte değildir. En kısa zamanda gerekli düzenlemeler yapılmalıdır.

Söz konusu suçlar uygulanırken, basın özgürlüğünün hakkın icrası kapsamında olması ile hukuka uygunluk nedeninde sınırları aşması hali arasındaki ayrımların belirlenmesi, bu suçlar uygulamaya geçene dek tartışma veya öneri konusu olarak kalacaktır. Masumiyet karinesi, soruşturmanın gizliliği, duruşmaların içerikleri ile ilgili hem normal insanlar arasında, hem basın tarafından, hem de devlet içinden bu kadar fazla açıklama, yorum, beyan, eylem yapılırken; maddelerin yürürlükte olduğu dört yıldır tek bir örnek uygulama olmaması şaşırtıcıdır. Şimdiye kadar bu eylemler nedeniyle yapılan soruşturmalar hep kovuşturmaya yer olmadığı kararı ile sonuçlanmış ve kovuşturma evresinde uygulama bulmamıştır. Biz hem uygulamadan hem de suçların teorik yönünden edindiğimiz kanaat doğrultusunda, bu durumun suçların uygulayıcılar tarafından tam anlaşılmamış olmasına ve suçların içeriğinin geniş görünümüne bağlamaktayız.

## Kaynakça

- Abdullah Pulat Gözübüyük, *"Adliye Karşı Cürümler"*, Adalet Dergisi, S. 8, Y. 60, Ağustos 1969.
- Adem Sözüer, *Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1986.
- Bahri Öztürk-Mustafa Ruhan Erdem, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. Baskı, Seçkin, Ankara, 2007.
- Başar Başaran, *Adil Yargılanma Hakkı*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2007.
- Çetin Özek, *Adliye Karşı Suçların Hukuksal Konusu*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (Prof. Dr. Türkan Rado'ya Armağan Sayısı), C. LV, S. 3, Y. 1997.
- Durmuş Tezcan-Mustafa Ruhan Erdem-Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 5. Baskı, Seçkin, Ankara, 2007.
- Duygun Yarsuvat, *Kitle İletişim Araçlarının Ceza Adaletine Etkisi*, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, Beta Basım Yayın, İstanbul, 1998.
- Erdener Yurtcan, *Yeni Türk Ceza Kanunu ve Yorumu*, Kazancı, İstanbul, 2004.
- Erdoğan Toklu, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli, 2001.
- Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 8. Baskı, Yetkin, Ankara, 2005.
- Erol Çetin, *Her Yönüyle Basın Hukuku*, Seçkin, Ankara, 2004.
- Gilles Duertre, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, 2007.
- Hakan Hakeri-Yener Ünver, *Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler*, Adalet, Ankara, 2007.
- Hakan Karakehya, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Eskişehir, 2007.
- Hamide Zafer, *Medya Özgürlüğü ve Adli Haberlerin Verilişi*, Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan, Beta Basım Yayın, İstanbul, 1999.
- Handan Yokuş Sevük, *Adil Yargılanma Kapsamında Ceza Yargılamasında Aleniyet İlkesi*, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2004.
- Hans-Heinrich Jescheck, *Almanya Federal Cumhuriyeti Ceza Hukukuna Giriş*, Çev.: Feridun Yenisey, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2007.

- Hüseyin Cem Eren, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Göre Adil Yargılanma Hakkı ve Türkiye*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2006.
- İlhan Üzülmöz, *Suçsuzluk Karinesi ve Basın Özgürlüğü*, Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2003.
- İsmail Malkoç, *Açıklamalı- İctihatlı 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu*, İkinci Cilt, Malkoç Kitabevi, Ankara, 2007.
- Karen Reid, *Uygulayıcılar İçin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Rehberi Üçüncü Kitap Adil Bir Yargılamanın Güvenceleri*, Scala Yayıncılık, İstanbul, 2000.
- Kayıhan İçel-Yener Ünver, *Kitle Haberleşme Hukuku*, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2007.
- Keskin Kaylan, *Adliye Karşı Suçlar*, (Çevirimiçi) <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/109.doc>, 20.05.2009.
- Köksal Bayraktar, *Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Hukuka Uygunluk Nedenleri, Erdoğan Teziç'e Armağan*, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2007.
- Mehmet Emin Artuk-Ahmet Gökçen-Caner Yenedünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 7. Bası, Turhan, Ankara, 2006.
- Mehmet Semih Gemalmaz, *Açıklamalı İctihatlı Karşılaştırmalı Ulusalüstü İnsan Hakları Usul Hukuku Mevzuatı*, İkinci Kitap, Legal, İstanbul, 2006.
- Mustafa Artuç-Yıldırım Bayyurt, *Gerekçeli-Karşılaştırmalı-Tablolu-Eski ve Yeni Kanun Metinleriyle 5237 Sayılı TCK- Tablolu 5271 Sayılı CMK- 5275 Sayılı CGİK*, 6. Bası, Seçkin, 2008.
- Necati Meran, *İctihatlı Açıklamalı Basın Yoluyla ve Genel Olarak Hakaret-İftira Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs ve Soruşturmanın Gizliliğini İhlal Suçları*, Seçkin, Ankara, 2009.
- Necmeddin Özmen, *Adil Yargılanma İlkesinin Gelişim Süreci ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2007.
- Nevin Özkorkut Ünal, *"Basın Özgürlüğü ve Osmanlı Devleti'ndeki Görünümü"*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara, Y. 2002, C. 51, S. 3.
- Nur Centel-Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6. Baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2008.
- Nur Centel-Hamide Zafer-Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 5. Baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2008.
- Özgür Temiz, Basın *Özgürlüğünün Sınırlanmasında İlke Sorunu*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2007.
- Salih Paşaoğlu, *Türkiye'de Basın Özgürlüğü*, Doktora Tezi, Ankara, 2007.
- Senem Özyavuz, *Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesinde Adil Yargılanma Hakkı: Sanık Haklarına Genel Bir Bakış, Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku*, Proje Yöneticisi: Kayıhan İçel, Yayına Hazırlayan: Yener Ünver, Seçkin, Ankara, 2004.
- Sulhi Dönmezer, *Basın Hukuku*, İkinci Bası, C. I, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1964.
- Sulhi Dönmezer, *Suçsuzluk Karinesinin Üzerine Düşünceler*, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, Beta Basım Yayın, İstanbul, 1998.
- Veli Özer Özbek, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin, Ankara, 2006.
- Yener Ünver, *Adliye Karşı Suçlar*, Seçkin, İstanbul, 2009.



# TCK'da Bilişim Suçları

Mehmet KALAY



**B**ilişim alanındaki suçlar 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun 3. kısmının 10. bölümünde “Bilişim Sistemlerine Karşı Suçlar” başlığı altında 243., 244., 245. ve 246. maddelerinde düzenlenmiştir. Bilişim kavramı ile ilgili olarak hukuk literatürümüzde ortak bir tanımlamadan ziyade farklı ve çeşitli tanımları barındıran görüşler mevcuttur.

Türk Dil Kurumu sözlüğünde “bilişim” terimi,

“İnsanoğlunun teknik, ekonomik ve toplumsal alanlardaki iletişimde kullandığı ve bilimin dayanağı olan bilginin, özellikle elektronik makineler aracılığıyla, düzenli ve ussal biçimde işlenmesi bilimi. Bilgi olgusunu, bilgi saklama, erişim dizgeleri, bilginin işlenmesi, aktarılması ve kullanılması yöntemlerini, toplum ve insanlık yararı gözeterek inceleyen uygulamalı bilim dalı. Disiplinler arası özellik taşıyan bir öğretim ve hizmet kesimi olan bilişim bilgisayar da içeride olmak üzere, bilişim ve bilgi erişim dizgelerinde kullanılan türlü araçların tasarlanması, geliştirilmesi ve üretilmesiyle ilgili konuları da kapsar”

şeklinde tanımlanmıştır.

Bilişim, Fransızca “informatique” sözcüğüne dayanan ve “enformatik” şeklinde Türkçede kullanılan kelimedenden türetilen bir kavramdır. Bilişim alanı ise, bir kavram olarak, bilim kurgu temeline dayanır; William Gibson tarafından kaleme yazılan “Neuromancer” adlı romanda bu şekilde adlandırılmıştır.<sup>1</sup>

Bilişim, verileri otomatik işleme tabi tutan, bilgi işlem ve iletişim kavramlarının her yönüyle bir araya geldiği elektronik teknolojisi

olup bilişim cihazlarının geliştirilmesi ve kullanılması faaliyetidir.<sup>2</sup>

Türk Ceza Kanununda “bilişim alanı” kavramı kullanılmaktadır. Bununla hem Türk Ceza Kanunundaki bilişim suçlarının konusunu oluşturan alan, hem de baş döndürücü hızla gelişmekte olan teknolojinin icat edilebileceği yeni sistemler anlatılmak istenmiştir. Kavramın birçok işleme şekli ve çeşidi olan bilişim suçlarının hepsini kapsar nitelikte olması nedeniyle tercih edildiği belirtilmektedir.<sup>3</sup>

Bilgisayar suçları ya da **bilişim suçları** konusunda herkesin ittifak ettiği bir tarif yoksa da en geniş kabul gören tarif Avrupa Ekonomik Topluluğu Uzmanlar Komisyonu’nun Mayıs 1983 tarihinde Paris Toplantısı’nda yaptığı tanımlamadır. Bu tanımlamaya göre bilişim suçları;

“Bilgileri otomatik işleme tabi tutan veya verilerin nakline yarayan bir sistemde gayri kanuni, gayri ahlaki veya yetki dışı gerçekleştirilen her türlü davranıştır.”<sup>4</sup>

Bu tanımlardan yola çıkılarak bilişim kavramının, Fransızca enformasyon kelimesinden kaynaklandığı, bilginin özellikle elektronik makineler aracılığıyla toplanması, işlenmesi ve kullanılmasında ifade edilen, ayrıca verilerin otomatik işleme tabi olduğu ve bilgisayar ile internet kullanımıyla doğrudan bağlantılı bir kavran olduğu sonucuna gidebiliriz.

Bilgisayar ve iletişim teknolojilerindeki gelişmeler, tarihteki diğer değişim dönemlerinden çok daha ileri ve geniş kapsamlı sonuçlar

<sup>1</sup> Ali Karagülmez, *Bilişim Suçları ve Soruşturma ve Kovuşturma Evreleri*, s. 34.

<sup>2</sup> Levent Kurt, *Bilişim Suçları ve Türk Ceza Kanunundaki Uygulaması*, s. 23-24.

<sup>3</sup> Murat Volkan Dülger, *Bilişim Suçları*, s. 46.

<sup>4</sup> Cevat Özel, *Bilişim-İnternet Suçları*, <http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/>

yaratılmasına zemin hazırlamıştır. Özellikle internetin yaygın olarak kullanılmaya başlanması eğitimden sağlığa, ticaretten sanayiye, kamu sektöründen özel sektöre varıncaya kadar, iş ve sosyal hayatımızda ve bireysel ilişkilerimizde köklü değişikliklere neden olmuştur. Yeni teknolojilerin kullanılması toplumlara büyük yararlar sağladığı gibi, beraberinde birtakım problemler de getirmiştir. Suç işlemek kolaylaşmış, modern bilgi toplumunun istenmeyen bir ürünü olarak bilişim suçları ortaya çıkmıştır. Bilgisayar korsanları; şirketlerin, bankaların, kamu kurumlarının sitelerine girerek büyük zararlar verebilmekte, bilgisayar ortamındaki bilgileri bozabilmekte ya da çalabilmektedirler. İnsanların özel yaşamları, kurumların özel bilgi ve stratejileri kolaylıkla ihlal edilebilmektedir.<sup>5</sup>

Dünyadaki bilgisayar ve iletişim teknolojilerinde yaşanan hızlı gelişmeler karşımıza; eğitimden ticarete, devlet sektöründen özel sektöre, eğlenceden alış-verişe kadar birçok alanda klasik anlayışı değiştirerek, hayatımıza yeni bir yaşam tarzı getirmiştir. Gelişen teknolojinin yaygın olarak kullanıldığı günümüzde, bilgi teknolojilerinin ortaya çıkardığı yenilik ve değişimleri kullanmak kadar son zamanlarda işlenen suçların teknoloji ile paralel olarak geliştiğini de akılda tutmalıyız.<sup>6</sup>

**Avrupa Birliği'nin bu konu ile ilgili olarak aldığı tavsiye kararında şu hususlar düzenlenmiştir:**

- Bilgisayarda mevcut olan kaynağa veya herhangi bir değere gayri meşru şekilde ulaşarak transferini sağlamak için kasten bilgisayar verilerine girmek, bunları bozmak, silmek, yok etmek,
- Bir sahtekârlık yapmak için kasten bilgisayar verilerine veya programlarına girmek, bozmak, silmek, yok etmek,
- Bilgisayar sistemlerinin çalışmasını engellemek için kasten bilgisayar verilerine veya programlarına girmek, bozmak, silmek, yok etmek,

- Ticari manada yararlanmak amacı ile bir bilgisayar programının yasal sahibinin haklarını zarara uğratmak,
- Bilgisayar sistemi sorumlusunun izni olmaksızın, konulmuş olan emniyet tedbirlerini aşmak sureti ile sisteme kasten girerek müdahalede bulunmaktır.

Bilişim kavramının tanım ve açıklanmasının akabinde aşağıda yer alacağı üzere öncelikle Türk Ceza Kanununda bilişim alanındaki suçlar ile ilgili maddeleri, bu maddelerin gerekçeleri ve madde yer alan suçların tanımları, unsurları ve konu ile ilgili doktrin ve Yargıtay içtihatlarına yer verilecektir.

## BİLİŞİM ALANINDA SUÇLAR, BİLİŞİM SİSTEMİNE GİRME

### Madde 243:

- 1) Bir bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına, hukuka aykırı olarak giren ve orada kalmaya devam eden kimseye bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir.
- 2) Yukarıdaki fıkrada tanımlanan fiillerin bedeli karşılığı yararlanılabilen sistemler hakkında işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranına kadar indirilir.
- 3) Bu fiil nedeniyle sistemin içerdiği veriler yok olur veya değişirse, altı aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”

Herkes suçun faili olabilir. Suçun faili herkes olabileceği gibi suçun mağduru da herkes olabilir, fail ya da mağduru sıfatı ya da görevi suçun faali ya da mağduru olmak konusunda herhangi bir önemi haiz değildir.

Maddenin 1. fıkrasına bakıldığı zaman, hangi sebeple olursa olsun hukuka aykırı olarak ve de haksız biçimde sisteme girilmesi ve o sistemde kalmaya devam etmeyi suç olarak düzenlediği için genel kast suçun vuku bulması açısından yeterlidir. Ayrıca özel bir saikle yani özel kastla hareket etmiş olması gerekmemektedir. Sisteme hukuka aykırı olarak giren ve orada kalmaya devam eden bir kimsenin herhangi bir başkasına zarar vermek veya başkası ya da kendisi adına menfaat temin etmek veya belirli bilgileri elde etmek amacını taşıması ve bunun

<sup>5</sup> İsmail Tulum, *Bilişim Suçları ile Mücadele*, Süleyman Demirel Üniversitesi, Kamu Yönetimi Bölümü, Yüksek Lisans Tezi.

<sup>6</sup> Özer Gürbüz, *Bilişim Suçları*, Türk Parlamenterler Birliği, [http://www.tpb.org.tr/tpb/index.php?option=com\\_content&task=view&id=399&Itemid=89](http://www.tpb.org.tr/tpb/index.php?option=com_content&task=view&id=399&Itemid=89)

sonucunda bazı bilgiler elde etmesinin suçun vukuu açısından herhangi bir önemi bulunmamaktadır.

Suçla korunan hukuki değer, bilişim sisteminin güvenliğidir. Bilişim sistemine hukuka aykırı erişimin engellenmesiyle sistemin maliki ya da kullanıcısı gibi sistemden yararlanan kimselerin verilerinin gizliliğinin korunması, özel hayatın dokunulmazlığı ya da kişi veya kurumların gereksinim duyduğu, güvenlik duygusu çok sayıda farklı türden çıkarları koruma altına alınmaktadır.<sup>7</sup> Bilişim sistemi içerisinde yer alan bilginin, sahibinin isteğine uygun olarak gizli kalmasının gerekmesi ve bu gizlilikten maddi ya da manevi yararının söz konusu bulunması yeterlidir. Bu yeterliliğe bağlanan bilgi ve sırların dokunulmazlığının ihlali suçla konu olacaktır.<sup>8</sup>

Madde metninde “Bir bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına, hukuka aykırı olarak giren ve orada kalmaya devam eden” açıklamasını getirerek sisteme girmeyi suçun oluşumu bakımından tek başına yeterli görmemekte, bu fiille birlikte sistemde kalmaya devam etmeyi de tamamlayıcı olarak düzenlemiştir ki doğru olan da budur. Çünkü bu suçun oluşumu açısından kast aradığımızı göre ve taksirle bu suçun oluşmasının söz konusu olamayacağını kabul ettiğimize göre sisteme kusura dayanmayan herhangi bir sebeple girmiş olması tek başına yeterli olmamakta, bununla birlikte sistemde kalmaya devam eden bir hareketin de bulunması gerekir ki sistemde kalmaya devam etmek ilk hareketle birlikte alındığında suçun oluşumu açısından gerekli olan genel kastı da mündemiç olacaktır.

Madde gerekçesinde ise “*Maddenin birinci fıkrasında bir bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına, hukuka aykırı olarak girmek veya orada kalmaya devam etmek fiili suç hâline getirilmiştir.*” Yer verilerek sisteme girme veya sistemde kalmaya devam etmeyi suçun oluşumu açısından kistas olarak kabul etmektedir. Bu durumda gerekçedeki maddedeki suç tanımından sanki seçimlik hareketin söz konusu olduğu gibi bir sonuca gidile-

bilir ve bu hareketlerden herhangi birisinin yapılmasının suçun oluşumu açısından yeterli olacağı gibi bir sonuca bizi sevk edebilecektir. Ancak kanunun madde metninde açıkça “sisteme girme ve orada kalmaya devam etme” şartı koşulduğundan seçimlik hareketin söz konusu olamayacağı, her iki hareketin birbirinin tamamlayıcısı olduğu hususunun göz ardı edilmemesi gerekmektedir.

Bilişim sistemine girme suçunun oluşabilmesi için sisteme girmenin hukuka aykırı olarak gerçekleşmesi gerekmektedir. Bilişim sisteminin sahibinin rızası olmaksızın, ya da başlangıçta rızası bulunsa bile sisteme girdikten sonra rıza ortadan kalktığı halde bilişim sistemi içinde kalmaya devam etmekle suç gerçekleşecektir... Prensip olarak açık bir ifade tarzında olmasa bile bir kişinin bilişim sistemine başka birisinin haberi olmaksızın girmesinde rızasının olmadığı varsayılır. Bu genel kabule aykırı durumun varlığını, bunun aksini iddia eden ispat etmelidir. Yani fail bir bilişim sistemine sahibi ya da zilyedinin haberi olmaksızın girmiş ve orada kalmaya devam etmiş ise, mağdur olan, söz konusu girişin rızaya dayalı olarak gerçekleşmediğini değil, fail, girişin rızaya dayalı olarak gerçekleştiğini ispat etmek zorundadır. Tabii olanın ispatı değil, gayri tabii ve sıra dışının ispatı gerekmektedir.<sup>9</sup>

Sisteme hukuka aykırı olarak girip orada kalmaya devam etmekle suç tamamlanır. Açıklanan şekilde sisteme girmeye çalışmak veya girdikten sonra orada kalmayı başaramamak **teşebbüs** halidir.<sup>10</sup> Failin sisteme girdiği sırada elektriğin kesilmesi, sistemin kilitlenmesi vb. gibi nedenlerle failin eylemi suçlu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp girdiği sırada elinde olmayan nedenlerle tamamlayamadığı durumda hakkında teşebbüs hükümleri uygulanır.<sup>11</sup>

Maddenin ikinci fıkrasına göre ilk fıkrada tanımlanan fiillerin bedeli karşılığı yararlanılabilen sistemler hakkında işlenmesi failin bu suç açısından daha az ceza ile cezalandırıl-

<sup>7</sup> Necati Meran, *Sahtecilik Malvarlığı Bilişim Suçları*, s. 363.

<sup>8</sup> Levent Kurt, a.g.e., s. 148.

<sup>9</sup> Levent Kurt, a.g.e., s. 156-157.

<sup>10</sup> Ali İhsan Erdağ, *Yeni Ceza Kanununda Uluslararası Suçlar*, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/100.doc>

<sup>11</sup> Necati Meran, a.g.e., s. 367.

masını gerektirir. Birinci fıkrada tanımlanan fiil nedeniyle aslında failin kastı bu olmamasına rağmen sistemin içerdiği verilerin yok olması veya değişmesi durumu maddenin üçüncü fıkrasında suçun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış bir hali olarak düzenlenmiş ve faille suçun temel şekline nazaran daha ağır bir ceza verilmesi öngörülmüştür.<sup>12</sup>

Madde gerekçesinde “İkinci fıkraya göre, birinci fıkrada tanımlanan fiillerin bedeli karşılığı yararlanılabilen sistemler hakkında işlenmesi, bu suç açısından daha az ceza ile cezalandırılmayı gerektirmektedir.” şeklinde açıklanmaya yer vermiştir. Hem madde metninde hem de gerekçede hangi bedeli karşılığı yararlanılabilen siteler ya da hangi nedenlerle cezada indirim yapılmasını öngören düzenleme yapıldığı noktasında yeteri kadar açıklama olmadığından maddenin yorumlanması açısından sıkıntı olabilecektir.

Maddenin 3. fıkrasında ise bu suçun netice sebebiyle ağırlaştırılmış hali düzenlenmiştir. Nitekim gerekçede Birinci fıkrada tanımlanan suçun işlenmesi nedeniyle sistemin içerdiği verilerin yok olması veya değişmesi hâlinde failin, suçun temel şekline nazaran daha ağır ceza ile cezalandırılması öngörülmüştür. Ancak 3. fıkradaki cezanın tatbik edilebilmesi için failin verileri yok etmek kastıyla hareket etmemiş olması gerekmektedir. Eğer fail sistemin içerdiği verileri yok etme veya değiştirme kastıyla hareket ederse, şartlarının bulunması halinde 244. madde kapsamında değerlendirilecektir.

Suçta iştirak ve içtima açısından herhangi bir özellik arz etmemektedir. Hukuka uygunluk sebeplerinin var olması halinde ise suçun varlığından bahsedilemez.

## SİSTEMİ ENGELLEME, BOZMA, VERİLERİ YOK ETME VEYA DEĞİŞTİRME

### Madde 244:

- 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.
- 3) Bu fiillerin bir banka veya kredi kurumuna ya da bir kamu kurum veya kuruluşuna ait bilişim sistemi üzerinde işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.
- 4) Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan fiillerin işlenmesi suretiyle kişinin kendisinin veya başkasının yararına haksız bir çıkar sağlamanın başka bir suç oluşturmaması hâlinde, iki yıldan altı yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezasına hükümlenir.

**Seçimlik hareketli** bir suç düzenleyen ve bilişim sisteminin kendisini içindeki verilerden daha önemli sayan maddeye göre suçun maddi unsuru **birinci** fıkrada hüküm altına alınan durumda bir bilişim sisteminin işleyişini engellemek veya bozmak, **ikinci** fıkraya göre ise bir bilişim sistemindeki verileri bozmak, yok etmek, değiştirmek veya erişilmez kılmak, sisteme veri yerleştirmek ve var olan verileri başka bir yere göndermektir.<sup>13</sup>

Maddenin 1. ve 2. fıkrasında bir bilişim sisteminin işleyişini engelleme, bozma, sisteme hukuka aykırı olarak veri yerleştirme, var olan verileri başka bir yere gönderme, erişilmez kılma, değiştirme ve yok etme fiilleri suç olarak tanımlanmıştır. Üçüncü fıkrada ise fiillerin bir banka veya kredi kurumuna ya da bir kamu kurum veya kuruluşuna ait bilişim sistemi üzerinde işlenmesini düzenlemiştir. Burada korunan hukuki menfaat değişmekle birlikte sistemin üzerinde ya da içerisindeki bilgilerin üzerinde hak sahibi olan kişinin yazılım, bilimsel çalışmalar vs. gibi hakların korunması, en geniş anlamıyla mülkiyet hakkının korunmasıdır.

Aslında 244. madde başta olmak üzere bilişim alanındaki suçların düzenlenmesinde Avrupa Siber Suç Sözleşmesinin büyük etkisi bulunmaktadır. Sözleşmenin 4. maddesinde “Her bir taraf devlet, bir kimsenin bilgisayar verisine hakkı olmadığı halde bilerek ve isteyerek zarar verme, silme, bozma ve değiştirme ya da ortadan kaldırma fiillerini suç

<sup>12</sup> Ali İhsan Erdağ, a.g.m.

<sup>13</sup> Ali İhsan Erdağ, a.g.m.



olarak düzenlemek üzere gerekli düzenlemeleri yapmak ve gerekli diğer önlemleri almakla yükümlüdür.” Ayrıca 5. maddesinde “her bir taraf devlet veri yükleyerek, aktararak, zarar vererek, silerek, bozarak, değiştirerek veya müdahale ederek bilgisayar sisteminin kullanımında hakkı olmadığı halde bilerek ve isteyerek bilgisayar sisteminin çalışmasını sekteye uğratma fiilini ulusal kanunlarında suç olarak düzenlemeli ve gerekli diğer düzenlemeleri yapmalıdır.” ibarelerine yer vermiştir.

Bu maddenin koruduğu hukuki yarar esas itibarıyla mülkiyet hakkıdır. Ancak mülkiyet hakkının söz konusu olmadığı zamanlarda zilyet olanın ya da normal şartlarda erişim hakkına sahip olanların haklarının korunması amaçlanmaktadır.

Bilişim sisteminin işleyişinin engellenmesi halinde sistemin bozulması söz konusu olmayıp, normalde yerine getirdiği fonksiyonları ifa etmesi engellenmektedir. Bilişim sisteminin bozulması halinde ise, tamamıyla çalışamaz hale gelmesi söz konusudur.

Suçun işlenmesi noktasında doğrudan kast söz konusu olmaktadır. Şekli suç tipine giren bu suç hareketin yapılması ile tamamlanır. Ancak suçu işlemek için elverişli hareketlerle icra hareketlerine başlayıp da failin elinde olmayan nedenlerle hareketlerini tamamlayamaması durumunda teşebbüsün uygulanması ihtimalinden bahsedilebilir. İştirak ve içtima hükümlerinin uygulanması açısından da herhangi bir özellik arz etmemekte, şartların mevcudiyeti halinde uygulanabilmektedir.

Kanun koyucu, zarar sonucunun meydana gelmesini madde metninde açıkça aramamış olduğundan ve seçimlik hareketlerden birinin gerçekleştirilmesi suçun oluşması bakımından yeterli görüldüğünden suçun şekli (neticesiz) suç niteliğini taşıdığını söylemek olanaklıdır. Suçun sonucu hareketten ayrılmaktadır. Hareketle birlikte sonuç da meydana geldiğinden, yani hareket ve sonuç yer ve zaman bakımından birbirinden ayrılmadığından bu tür suçlara “neticesiz” suçlar da denilebilmektedir.<sup>14</sup>

**Dördüncü** fıkrada ise ilk iki fıkrada tanımlanan fiillerin işlenmesi suretiyle kişinin kendisinin veya başkasının yararına haksız bir çıkar sağlaması daha ağır bir ceza ile karşılanmaktadır. Ancak bu fıkra hükmüne dayanarak ceza verilebilmesi için fiilin daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturulması gerekir.<sup>15</sup>

## BANKA VEYA KREDİ KARTLARININ KÖTÜYE KULLANILMASI

### Madde 245:

- 1) Başkasına ait bir banka veya kredi kartını, her ne suretle olursa olsun ele geçiren veya elinde bulunduran kimse, kart sahibinin veya kartın kendisine verilmesi gereken kişinin rızası olmaksızın bunu kullanarak veya kullandırarak kendisine veya başkasına yarar sağlarsa, üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ve adli para cezası ile cezalandırılır.
- 2) Sahte oluşturulan veya üzerinde sahtecilik yapılan bir banka veya kredi kartını kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlayan kişi, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, dört yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

29.06.2005 tarihinde kabul edilen ve 08.07.2005 tarihinde 25869 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 5377 sayılı Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 27. maddesi gereğince Türk Ceza Kanununun 245. maddesi aşağıdaki şekilde değişmiştir:

### Madde 245:

- 1) Başkasına ait bir banka veya kredi kartını, her ne suretle olursa olsun ele geçiren veya elinde bulunduran kimse, kart sahibinin veya kartın kendisine verilmesi gereken kişinin rızası olmaksızın bunu kullanarak veya kullandırarak kendisine veya başkasına yarar sağlarsa, üç yıldan altı yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.
- 2) Başkalarına ait banka hesaplarıyla ilişkilendirilerek sahte banka veya kredi kartı üreten, satan, devreden, satın alan veya kabul eden kişi üç yıldan yedi yıla kadar

<sup>14</sup> Necati Meran, a.g.e., s. 372.

<sup>15</sup> Ali İhsan Erdağ, a.g.m.

hapis ve on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

- 3) Sahte oluşturulan veya üzerinde sahtecilik yapılan bir banka veya kredi kartını kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlayan kişi, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, dört yıldan sekiz yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.
- 4) Birinci fıkrada yer alan suçun;
  - a) Haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin,
  - b) Üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlâtlığın,
  - c) Aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin,

Zararına olarak işlenmesi hâlinde, ilgili akraba hakkında cezaya hükümlenmez.

Suçun faili herkes olabileceği gibi suçun mağduru da bilişim sistemindeki verilere herhangi bir engel olmadan ulaşılmasında ya da verilerin kullanımında yararı bulunan herkes olabilir. Ancak 1. fıkrada belirtilen suçun 4. fıkrada belirtilen şahıslar tarafından işlendiği takdirde bu kişiler hakkında cezaya hükümlenmeyecektir.

Değişiklikten önceki 2. fıkra değişiklikten sonra 3. fıkra olarak uygulamasını korumuş olup sadece verilecek olan cezanın üst sınırı arttırılmış; değişiklikten sonra eklenen 2. fıkrada da sahte kredi kartını üreten, satan, devreden, satın alan veya kabul eden kişilerle ilgili düzenleme eklenmiş ve cezai müeyyide getirilmiştir. Daha önceki düzenlemede sahte oluşturulan kredi kartını kullanan kişi cezalandırılmaktaydı.

Maddeye eklenen 4. fıkrada ise, 1. fıkrada düzenlenen suç işleyenlerin suçun zararına işlenen kişi ile maddede belirtilen akrabalık ilişkisi olması halinde mezkur fıkrada belirtilen suç açısından bu kişiler hakkında cezaya hükümlenmeyeceği belirtilmiştir.

Banka kartı, kullanıcıya, bankanın müşterilerinin kullanımına sunduğu sisteme sadece kendince bilinen bir şifre yardımıyla girerek banka çalışanlarının yardımına muhtaç olmaksızın kendi banka hesabı üzerinde tasarrufta bulunma imkânı veren bir araçtır. Kredi kartı

ise kullanıcıya banka ile arasında varılmış bir sözleşmeye dayanarak bankanın kendine sunduğu kredi olanaklarından yararlanma imkânı vermektedir.<sup>16</sup>

Banka veya kredi kartlarını kötüye kullanmak suçunu düzenleyen madde gerekçesinde, bu suçun aslında hırsızlık, dolandırıcılık, güveni kötüye kullanma ve sahtecilik suçlarının özelliklerini içinde barındırdığı belirtildiğinden tüm bu suçların koruduğu hukuki yarar bu suçun da hukuki yararı olacaktır. Hırsızlık suçunda korunan hukuki yarar zilyetlik, dolandırıcılık suçunda kişilerin iyi niyetleri, inancı kötüye kullanma suçunda mülkiyet, sahtecilik suçunda ise belgelere duyulan güven duygusu korunan hukuki değerdir.<sup>17</sup>

Madde gerekçesinde, suçu oluşturan hareketler iki başlıkta toplanmıştır:

- Başkasına ait bir banka veya kredi kartının, her ne suretle olursa olsun ele geçirilmesinden sonra, sahibinin rızası bulunmaksızın kullanılması veya kullandırılması ve bu suretle failin kendisine veya başkasına haksız yarar sağlaması.
- Aynı fiilin, aynı koşullarla sahibine verilmesi gereken bir banka veya kredi kartının bunu elinde bulunduran kimse tarafından kullanılması veya kullandırılması; sözlü kartı sahibine vermekle görevli banka memurunun kartı kendi veya başkası yararına kullanması.

Başkasına ait banka veya kredi kartının her ne surette olursa olsun ele geçirilmesinden sonra, sahibinin rızası bulunmaksızın kullanılması veya kullandırılması ve bu suretle failin kendisine ya da başkasına haksız yarar sağlamasıyla suç oluşur... Öngörülen suçun oluşması için kart sahibinin veya kartın kendisine verilmesi gereken kişinin rızası olmaksızın bunun kullanılması veya kullandırılması suretiyle failin kendisine veya başkasına yarar sağlamış olması gerekir. Araştırılması gereken konu, kart sahibinin veya kartın kendisine verilmesi gereken kişinin, kartın kullanılması veya kullandırılması ile sağlanan yarara ilişkin "rızası"nın bulunması gerekir. Rıza suçun işlendiği anda bulunması gerekir. Sonradan

<sup>16</sup> Ali İhsan Erdağ, a.g.m.

<sup>17</sup> Levent Kurt, a.g.e., s. 177-178.

sağlanan veya alınan rıza suçu ortadan kaldırmaz.<sup>18</sup>

Kanun maddesinin tanımı ile banka veya kredi kartlarının kullanılması suçu genel kasıtle işlenebilen bir suçtur. Yani bu suçları işlerken iradesiyle bilerek ve isteyerek fiilini gerçekleştirmesi gerekmektedir. Yaptığı fiilin suç olarak düzenlendiğini bilmesi şart değildir. Kanun bu suç için failin özel bir saik gütmesini veya özel bir amaç taşımasını aramamış, genel olarak bir suç işleme iradesinin varlığını yeterli görmüştür. Bu suç için failin bilerek ve isteyerek fiili gerçekleştirmiş olduğunun belirlenmesi cezalandırılabilmesi için yeterli olmaktadır.<sup>19</sup>

Suçta iştirak ve içtima açısından herhangi bir özellik arz etmemektedir. Hukuka uygunluk sebeplerinin var olması halinde ise suçun varlığından bahsedilemez.

## TÜZEL KİŞİLER HAKKINDA GÜVENLİK TEDBİRİ UYGULANMASI

### Madde 246:

- 1) Bu bölümde yer alan suçların işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.

765 Sayılı eski Türk Ceza Kanunumuzda böyle bir düzenleme yer almamakta, ilk defa 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda düzenlenmiştir. Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun 60. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir.

- 1) Bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet hâlinde, iznin iptaline karar verilir.
- 2) Müsadere hükümleri, yararına işlenen suçlarda özel hukuk tüzel kişileri hakkında da uygulanır.
- 3) Yukarıdaki fıkralar hükümlerinin uygulanmasının işlenen fiile nazaran daha ağır

sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda, hâkim bu tedbirlere hükmetmeyebilir.

- 4) Bu madde hükümleri kanunun ayrıca belirttiği hâllerde uygulanır.

60. maddede öngörülen ilk güvenlik tedbiri, faaliyet izninin iptalidir.

Bunun için ilk koşul özel hukuk kişisine belirli bir faaliyette bulunabilmesine ilişkin bir kamu kurumunca verilen bir iznin varlığıdır.

İkinci koşul ise bu iznin sağladığı yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına kasıtlı bir suç işlenmesidir.

Dikkat edilmelidir ki, burada söz konusu olan suç, tüzel kişi yararına işlenmiş herhangi bir suç değildir. İşlenen suçla, verilen iznin kullanılması arasında nedensellik bağı olmalıdır. Ayrıca, özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin bu suçun işlenmesine iştirak etmesi gerekir.<sup>20</sup>

## BAZI ÜLKELERDEKİ BİLİŞİM SUÇLARINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Bilişim suçları alanındaki son yasal düzenleme İtalya'da 23 Aralık 1993 tarihinde 547 sayılı Kanun ile yapıldı. Meclis, 1993 Temmuzunda tasarıyı kabul etti ve Ağustos ayı başında Senato'ya sundu. 14 Aralık 1993'teki oturumda kabul edilen tasarı, 23 Aralık 1993 tarihli ve 547 sayılı yasa haline geldi.

Olgun Değirmenci, "Bilişim Suçları" konulu yüksek lisans tezinde çeşitli ülkelerdeki bilişim suçlarını ayrıntılı olarak incelemiştir. Burada sadece örnek olması açısından ABD; İngiltere, İrlanda ve Almanya'daki bilişim suçları ile ilgili düzenlemelere kısaca değinilecektir.<sup>21</sup>

ABD'de bilişim suçları ile ilgili düzenlemeler eyalet düzeyinde başlamıştır. 1984 yılında bilişim suçları ile ilgili federal alanda yapılan ilk düzenleme olan "Counterfeit Access Device and Computer Fraud and Abuse

<sup>20</sup> Necati Meran, a.g.e., s. 219.

<sup>21</sup> Olgun Değirmenci, *Bilişim Suçları*, Marmara Üniversitesi, Kamu Hukuku Bilim Dalı, Yüksek Lisans tezi, 2002.

<sup>18</sup> Necati Meran, a.g.e., s. 380.

<sup>19</sup> Levent Kurt, a.g.e., s. 195.

Act” yürürlüğe girdiğinde 47 eyalette bilişim suçları ile ilgili düzenlemeler bulunmaktaydı.

İngiltere, ABD gibi bilişim suçlarını ceza kanunlarında yapacağı değişikliklerle hüküm altına almak yerine, ihdas ettiği özel bir kanunla düzenleyen ülkeler arasındadır. İngiltere’de bilişim suçlarını; 29 Ağustos 1990 tarihinde yürürlüğe giren 29 Haziran 1990 tarihli “Computer Misuse Act” düzenleme altına almaktadır.

İrlanda’da, İngiltere örneğinde olduğu gibi özel bir bilişim suçları yasası bulunmamaktadır. Ancak İrlanda, bilişim suçlarını ceza kanununun sistematigi içinde yaptığı eklemelerle düzenlemeyi tercih etmemiş, 1991 yılında çıkarılan “Criminal Damage Act” içinde yer alan hükümlerle bu alana düzenleme getirmiştir.

Almanya’da; bilişim sistemleri korunan hangi hukuki yararda araç görevi görmekteyse, suç tipi bilişim sistemleri boyutu göz önünde bulundurularak, söz konusu suçların düzenlendikleri fasıllarda yer alır. Bilişim sistemlerine karşı nas-ı ızzar fiilini suç olarak düzenleyen 303/a maddesinin; nas-ı ızzar suçunu düzenleyen fasılda yer alması konunun anlaşılabilirliği için çarpıcı bir örnektir.

## Kaynakça

- Ali İhsan Erdağ, **Yeni Ceza Kanununda Uluslararası Suçlar**, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/-makale/100.doc>
- Ali Karağülmez, **Bilişim Suçları ve Soruşturma ve Kovuşturma Evreleri**, Seçkin Yayınları, Ankara 2005.
- Cevat Özel, “Bilişim-İnternet Suçları”, <http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/>
- İsmail Tulum, **Bilişim Suçları ile Mücadele**, Süleyman Demirel Üniversitesi, Kamu Yönetimi Bölümü, Yüksek Lisans Tezi.
- Levent Kurt, **Bilişim Suçları ve Türk Ceza Kanunundaki Uygulaması**, Seçkin Yayınları, Ankara 2005.
- Murat Volkan Dülger, **Bilişim Suçları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004.
- Necati Meran, **Sahtecilik Malvarlığı Bilişim Suçları**, Seçkin Yayınları, Ankara 2005.

Ölğün Değirmenci, **Bilişim Suçları**, Marmara Üniversitesi, Kamu Hukuku Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2002.

Özer Gürbüz, **Bilişim Suçları**, Türk Parlamenterler Birliği, [http://www.tpb.org.tr/tpb/index.php?option=com\\_content&task=view&id=399&Itemid=89](http://www.tpb.org.tr/tpb/index.php?option=com_content&task=view&id=399&Itemid=89)

# Türkiye’de Radyo ve Televizyon Yayıncılığının Denetlenmesi Bağlamında RTÜK: Görevleri, Yapısı ve Eleştiriler

Nurettin BOZKURT



## TÜRKİYE’DE YAYINCILIK SERÜVENİ VE YASAL DÜZENLEME

Türkiye’de radyo yayıncılığı 1927 yılında ilk olarak İstanbul’da kısa bir süre sonra da Ankara’da kurulan iki vericiyle başlamıştır. 1924 tarihli Telgraf ve Telefon Kanunu’nda özel teşebbüse de bu alanda faaliyete bulunabilme imkânı veren birkaç hüküm dışında radyo yayıncılığı tamamen PTT’nin görev alanında zikredilmiştir.

Özel teşebbüse imkân veren hükme istinaden 1926 yılında İçişleri Bakanlığı, İş Bankası, Anadolu Ajansı ve diğer şirketlere PTT adına yayın yapma yetkisi verilir ve 1926 yılında 10 yıllık sözleşme imzalanır.<sup>1</sup>

Devletçilik akımının etkisi ve bu şirket ve kurumların sermaye yetersizlikleri nedeniyle yayın faaliyetini yeterli bir şekilde ifa edememeleri üzerine 1938 yılında radyo yayınlarını yapma yetkisi PTT Genel Müdürlüğüne verilir. 1937 yılında çıkarılan Telsiz Kanunuyla bu yetki münhasıran PTT’ye verilmiş ve özel teşebbüse yasaklanmıştır. 1940 yılında ise yayın yetkisi Basın yayın ve Turizm genel müdürlüğüne verilmiştir.<sup>2</sup>

1945 yılında siyasi partilerin radyolara konuşma ve siyasi faaliyetlerini yürütürken radyolardan yararlanabileceği düzenlenmiş, ancak bu hak daha sonra sadece iktidar partisiyle sınırlandırılmıştır. Böylece kamu yayıncılığı

ğından “Devlet Radyosuna” dönüş yaşanmıştır. Sadece iktidar partilerinin, radyoları faaliyetlerinde kullanıyor olmaları tepkilere neden olunca 1961 Anayasasında yayıncılık hakkı münhasıran TRT Kurumuna devredilmiştir.<sup>3</sup>

### a) 1961 Anayasası Düzenlemesi

1961 Anayasasının 21. maddesinde yayıncılığa ilişkin:

“Radyo ve Televizyon istasyonlarının idaresi özerk kamu tüzel kişiliği halinde kanunla düzenlenir. Her türlü radyo ve televizyon yayımları, tarafsızlık esaslarına göre yapılır. Radyo ve televizyon idaresi, kültür ve eğitime yardımcı görevinin gerektirdiği yetkilere sahip kılınır. Devlet tarafından kurulan veya devletten mali yardım alan haber ajansının tarafsızlığı esastır.”

hükmü yer almaktaydı.

Esasında anayasal düzenlemedeki, yayıncılığın özerk bir kuruluş tarafından yürütülmek istenmesi ve tarafsızlık vurgusu önemli olmakla birlikte, bürokratik gelenek ve devletçilik ilkesinin hâkim olduğu bir dönemde anayasal düzenlemeye pek sadık kalınmamış olması pek tabidir.

1961 Anayasasında radyo ve televizyon yayıncılığının özerk bir kuruluş tarafından yürütüleceği düzenlenince, anayasal düzenlemeye uygun olarak TRT Kanunu çıkarılmış ve Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu özerk bir yapıda oluşturulmuştur. TRT kanununda özel teşebbüsün bu alanda yayıncılık

<sup>1</sup> **Özet Olarak Türkiye’de Yayıncılık Sektörü**, RTÜK, [http://-www.rtuk.org.tr/sayfalar/DosyaIndir.aspx?-icerik\\_id=0004e97a-0664-41cf-b83c-e636c7de1868](http://-www.rtuk.org.tr/sayfalar/DosyaIndir.aspx?-icerik_id=0004e97a-0664-41cf-b83c-e636c7de1868)

<sup>2</sup> A.g.m.

<sup>3</sup> A.g.m.

yapmasını imkânsızlaştıran hükümlerin yer alması bu süreçte de özel teşebbüsün radyo ve televizyon yayıncılığı alanında faaliyete bulunamamasıyla neticelenmiştir.

Nihai olarak da 1971 müdahalesiyle radyo ve televizyon yayıncılığının sadece devlet eliyle gerçekleştirileceği Anayasada düzenlenmiş, bu müdahale ile TRT'nin özerkliği kaldırılmış ve TRT "tarafsız kamu tüzel kişiliği" olarak düzenlenmiştir.

## b) 1982 Anayasası Düzenlemesi

1982 Anayasası, 71 düzenlemesini esas almış ve 133. maddesinin ilk halinde "radyo ve televizyon istasyonlarının ancak devlet eliyle kurulacağı ve tarafsız bir kamu tüzel kişiliği halinde düzenleneceği" hükme bağlanmıştır.

1983 yılında 2954 Sayılı TRT Kanunu ile radyo ve televizyon yayınlarının düzenlenmesine Radyo ve Televizyon Yüksek Kurulu'nun ve TRT Kurumunun kuruluş, görev, yetki ve sorumluluklarına ilişkin esas ve usuller belirlenmiştir. Bu amaçla:

Radyo ve televizyon yayınlarının düzenlenmesi ile yurtiçinde ve yurt dışında yayın yapılması, devletin tekelinde TRT kurumuna verilmiştir. Söz konusu kanunda belirtilen esaslara uygun yayın yapmak şartıyla bazı devlet kurumlarının ikaz ve duyuru amaçlı radyo istasyonları kurmaları, sürekli ve kesintili radyo yayını yapmaları, kamu kurum ve kuruluşlarıyla gerçek ve tüzel hukuk kişilerinin kapalı devre televizyon sistemleri kurmaları ve işletmeleri Radyo ve Televizyon Kurulu'nun gözetimine, denetimine ve iznine bırakılmıştır.<sup>4</sup>

Ancak 1982 Anayasasının 133. maddesinde yer alan hükme rağmen 1980'li yılların sonlarına doğru (1987) ülkemizde özel radyo ve televizyon istasyonları yayınlarına başlamıştır. Bu özel radyo ve televizyon yayınları kuşkusuz anayasaya aykırı idi.

Ancak o zamanki iktidarların bu yayınlara karşı duyarsız kalmaları hatta bu yayınları hoşgörüle karşılamaları sonucu Anayasaya aykırı filli bir durum meydana gelmişti. Böyle-

ce oluşan filli durumun hukukileştirilmesi; başka bir anlatımla anayasanın oluşan bu hukuk dışı filli duruma uydurulabilmesi için 08.07.1993 tarih ve 3913 sayılı Kanun ile Anayasanın 133. maddesi şöyle değiştirilmiştir:

"Radyo ve televizyon istasyonları kurmak ve işletmek kanunla düzenlenecek şartlar çerçevesinde serbesttir. Devletçe kamu tüzel kişiliği olarak kurulacak tek radyo ve televizyon kurumu ile kamu tüzel kişilerinden yardım gören haber ajanslarının özerkliği ve yayınlarının tarafsızlığı esastır."<sup>5</sup>

Böylece Anayasanın 133. maddesinde yapılan bu değişiklik ile ilk defa özel yayıncılık yasal anlamda serbest bırakılmıştı. Aynı zamanda TRT Kurumu da tekrar özerk bir statüye kavuşmuştur. Ve böylece 1961 düzenlemesine tekrar dönüşülmüştür.

Anayasanın 133. maddesinde 3913 sayılı kanunla yapılan değişiklikten sonra sayıları daha da artan özel radyo ve televizyonların yayınlarını düzenleme gereksinimi duyulmuş ve bu amaçla 13.04.1994 tarih ve 3984 Sayılı "Radyo ve televizyonların kuruluş ve yayınları hakkında kanun" kabul edilmiştir.<sup>6</sup>

## RTÜK ÜYELERİNİN SEÇİMİ ÇERÇEVESİNDE YAŞANAN TARTIŞMALAR

3984 Sayılı RTÜK kanununun ilk haline göre üyelerin seçimi şöyledir:

Üst kurul, basın, yayın, iletişim ve teknoloji, si, kültür, din eğitim ve hukuk alanlarında birikimi olanlardan ve yüksek öğrenim görmüş, devlet memuru olma niteliğine sahip, beşi iktidar partisinin veya partilerinin, dördü muhalefet partilerinin göstereceği adaylar arasından TBMM'ce seçilen dokuz üyeden oluşur.

Seçim için iktidar parti veya partileri on (10), muhalefet partileri sekiz (8) aday gösterirler. Adayların belirlenmesinde, siyasi partilerin TBMM başkanlık divanındaki temsil oranları esas alınır.

Üst kurul üyelerinin seçim süresi altı (6) yıldır ve üyelerin üçte biri iki yılda bir yenilenir.

<sup>4</sup> *Vikipedi*. Özgür Ansiklopedi, RTÜK.

<sup>5</sup> Metin Günday, *İdare Hukuku*, 9. baskı, s. 493.

<sup>6</sup> Günday, a.g.e., s. 493.

4676 Sayılı kanunla değiştirilen RTÜK kanununa göre ise üye seçimi şu şekilde gerçekleştirilecektir:

“Üst Kurul, en az dört yıllık yüksek öğrenim görmüş, meslekleriyle ilgili konularda kamu veya özel kuruluşlarda en az on yıl görev yapmış, mesleki açıdan yeterli bilgiye, deneyime ve devlet memuru olma niteliğine sahip, otuz yaşını aşmamış kişiler arasından;

- a) Siyasi parti gruplarınca, TBMM başkanlık divanı oluşum formülüne göre belirlenecek kontenjan doğrultusunda gösterilecek ve TBMM genel kurulunca seçilecek beş,
- b) YÖK genel kurulunun, kurul üyesi olmayan elektrik, elektronik, iletişim, kültür ve sanat ve basın yayın dallarında göstereceği dört aday arasından Bakanlar Kurulunca Seçilecek iki,
- c) En çok sarı basın kartı sahibi olan üyesi bulunan iki gazeteciler cemiyeti ile basın konseyinin ortaklaşa göstereceği iki aday arasından Bakanlar Kurulunca seçilecek bir,
- d) MGK genel sekreterliğinin kamu görevlileri arasından göstereceği iki aday arasından bakanlar kurulunca seçilecek bir Kişi olmak üzere dokuz üyeden oluşur.”

şeklinde bir düzenlemeye yer verilmişti.

Ayrıca üst kurul üyelerinin görev süresi 4 yıldır ve başkan iki yıllık bir süre için kurul üyelerince seçilir.<sup>7</sup>

Ancak 3984 sayılı RTÜK kanununu değiştiren 4676 sayılı yasa 08.06.2001 tarihinde yeniden görüşülmek üzere meclise geri gönderilmiş ve Cumhurbaşkanının geri çevirme nedenleri şöyle açıklanmıştır:

“RTÜK üyelerinden beşinin TBMM tarafından seçilmesi siyasi nitelikteki kişilerin seçimine olanak sağladığı gibi, üst kurulun TBMM tarafından seçilmesi yansızlık ve özerklik açısından hukuka aykırıdır.”<sup>8</sup>

TBMM, bu geri çevirme gerekçelerinin hiçbirini dikkate almadı ve yasa virgülüne dokunmadan yeniden kabul ederek yasalaştırdı.<sup>9</sup> Değiştirilmeden mevcut haliyle tekrar

Cumhurbaşkanına gönderilen 4676 sayılı yasa, Resmi Gazete’de yayımlanmak durumunda kalmıştır. Ancak Cumhurbaşkanı 4676 sayılı bu yasanın bazı maddelerinin Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle iptali istemiyle Anayasa mahkemesine başvurmuştur.

Bunun üzerine Anayasa mahkemesi esas hakkında kesin karar verinceye kadar yürütmenin durdurulmasına karar vermiştir. Daha sonra ise yasanın, Meclisçe üyelerin seçimine ilişkin hükmün de içinde olduğu hükümlerinin iptaline karar vermiştir.

İptal kararı üzerine Anayasa değişikliğine gidilmiş ve 10 Haziran 2005 tarih ve 5356 sayılı yasayla anayasanın 13. maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir:

“Radyo ve Televizyon faaliyetlerini düzenlemek ve denetlemek amacıyla kurulan Radyo ve televizyon Üst Kurulu dokuz üyeden oluşur. Üyeler, siyasi parti gruplarının üye sayısı oranında belirlenecek üye sayısının ikişer katı olarak gösterecekleri adaylar arasından her siyasi parti grubuna düşen üye sayısı esas alınmak suretiyle Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunca seçilir.”

Ancak dönemin cumhurbaşkanı A. Necdet Sezer, Anayasanın 13. maddesine yukarıda aktarılan fıkranın eklenmesi suretiyle yapılan anayasa değişikliğini tekrar görüşülmek üzere TBMM’ye geri göndermiştir.

Yasayı tekrar görüşülmek üzere meclise gönderen Cumhurbaşkanı gerekçesini:

“RTÜK, düşünce ve kanaat özgürlüğüyle ifade özgürlüğünü sağlamak bakımından özerk ve yansız olmalıdır... Fakat yeni düzenleme ile üst kurulun üyelerinin seçimi TBMM’ye bırakılmıştır. Bu durum üst kurul üyeliğine seçilebilmek için parti yandaşlığı yarışının önünü açmaktadır. Çünkü Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunca Yapılan seçimde, genellikle siyasal yandaşlığı olanların yeğlendiği bilinen bir gerçektir. Radyo ve televizyon yayıncılığında çok önemli yetkilerle donatılan ve yansız olarak görev yapması gereken üst kurula siyasal kimlikli kişilerin seçimine olanak sağlayan yöntemin hizmetin gereklerine uygun düşmediği açıktır.”<sup>10</sup>

görüşüyle desteklemiştir.

<sup>7</sup> <http://www.tissad.org.tr/yasa.html>.

<sup>8</sup> Fikret İlkiz, *Anayasa Mahkemesi RTÜK ve Gerekçe*, s. 2. [www.iwhp.org.tr/Ay.MahkemesiRTUKveGerekce](http://www.iwhp.org.tr/Ay.MahkemesiRTUKveGerekce), Bilgi ve belge merkezi/makaleler.

<sup>9</sup> A.g.m.

<sup>10</sup> A.g.m.

Anayasa Komisyonu tarafından virgülüne dokunulmadan genel kurula gönderilen aynı tasarı, TBMM tarafından 21.06.2005 tarihinde kabul edildi. 23.06.2005 tarihli Resmi gazetede yayımlanan 5370 sayılı yasa ile Anayasanın 133. maddesindeki ek fıkra değişikliği kabul edilmiş oldu.<sup>11</sup>

RTÜK üyelerinin seçimine ilişkin yasama ve Cumhurbaşkanlığı arasında yaşanan anlaşmazlığın temelinde hiç şüphesiz demokrasi algısı ve siyasi güvensizlik yatmaktadır. Maalesef Türkiye Cumhuriyetinde bütün meselelere yaklaşımda aynı kaygıların ön plana çıktığına her seferinde şahit olunmaktadır. Tartışmaların alevlenme noktasının siyasi güvensizlik ve iktidar paylaşımından kaynaklandığı, süreç içerisinde yaşananlarla iyice gün yüzüne çıkmış bulunmaktadır.

Ülkemizde, meselelerin çözüme kavuşmadaki güçlüğü ve çözümsüzlüğün vatandaşa yansıyan faturasının temelindeki en büyük etken, şüphesiz meselelerin hukuk ve demokrasi bağlamında ele alınma gereğinin aksine, hukuki ve demokratik kavramların siyasi çatışma ve tartışmalara alet edilmesidir. Bu durum ise her seferinde aşınmış kavramlar ve çözülemeyen sorunları ardında bırakan bir süreci başlatmaktadır.

Partilerin “siyasal hayatın vazgeçilmezi sayıldığı” bir anayasal düzenin yöneticilerinin, “siyasal tarafsız” bir parti modelinde direktmelerini samimi bulmak imkânsızdır kuşkusuz. Yine MGK tarafından önerilen üyelerin tarafsızlığını sorgulamayıp kabul edilen meşruiyet zemininde halkın meclise taşıdığı iradenin tarafsızlığını sorgulamanın hiçbir şekilde açıklanamaz olduğu da bir o kadar kuşkusuzdur.

Nitekim kendisi de meclis tarafından seçilen bir Cumhurbaşkanı, meclisin siyasi bir mekanizma olduğu gerekçesine dayanarak, tercihlerinde tarafsız olamayacağını ileri sürmektedir. RTÜK özelindeki savunmasında da bu kurumun tarafsız ve özgür olmasını ileri sürmektedir. Tartışmanın en önemli boyutunu ise bu tartışmanın kendi tarafsızlığını ve bağımsızlığını da gölgelendireceği kaygısına hiç kapılmadan savunma girişimi teşkil etmektedir.

<sup>11</sup> A.g.m.

RTÜK üyelerinin seçimine ilişkin yasal değişiklik sürecinde yaşanan sorunları ve buna ilişkin yorumumuza son vererek RTÜK üyelerinin nihai olarak nasıl seçildiğine bakılacak olursak, RTÜK kanunu 24.06.2006 tarihinde 5373 sayılı yasayla değiştirilerek Anayasaya uygun hale getirilmesinden sonra RTÜK üyelerinin seçimi şu şekilde olmaktadır:

Üst Kurul en az dört yıl yüksek öğrenim görmüş, meslekleriyle ilgili konularda kamu veya özel kuruluşlarda en az 10 yıl görev yapmış, mesleki açıdan yeterli bilgiye deneyime ve devlet memuru olma niteliğine sahip, otuz yaşını doldurmuş kişiler arasından TBMM’ce seçilen dokuz üyeden oluşur.

Seçim için, siyasi parti gruplarının üye sayısı oranında belirlenecek üye sayısının ikişer katı aday gösterilir. Ve üst Kurul üyeleri adaylar arasından her siyasi parti grubuna düşen üye sayısı esas alınmak suretiyle TBMM’ce seçilir.

Üst Kurul üyelerinin görev süresi altı yıldır ve Üst kurul üyeleri kendi aralarında iki yıl süreyle görev yapacak bir başkan seçer.

Üst Kurul üyeleri, seçim sonuçlarının Resmî Gazete’de yayımlandığı tarihten itibaren on beş gün içinde toplanarak kendi aralarından bir başkan ve bir başkan vekili seçer. Başkanlık süresi iki yıldır. İki yıl sonunda veya herhangi bir şekilde yenilenme sırasında başkan veya vekilinin üyeliği sona ererse, üyeler on beş gün içinde toplanarak yeni başkan veya vekili için seçim yapar.

## RTÜK’ÜN GÖREVLERİ

En genel şekliyle RTÜK’ün görevi şöyle tarif edilebilir: Ulusal, bölgesel ve yerel düzeyde kamu ya da özel yayın kuruluşlarınca gerçekleştirilen radyo ve televizyon etkinliklerini düzenlemek ve denetlemektir.

RTÜK Kanunu çerçevesinde Kurulun görevleri sıralanacak olursa şöyle özetlenebilir:

- Frekans planlaması yapmak,
- Radyo ve televizyon kuruluşlarına lisans ve yayın izni vermek,
- Özel yayın kuruluşlarının uyacağı kuralları belirlemek,



- Özel yayın kuruluşlarının yayınlarının düzenlemelere uygunluğunu denetlemek ve bunlara aykırı yayın yapan kuruluşlara yaptırım (uyarı/yayın durdurma/yayın izinlerini iptal etme/para cezası verme) uygulamak,
- Radyo ve televizyon vericisi kurulmasına izin vermek,
- Kurul personelinin atanması ve kurulun iç işleyişiyle ilgili yönetmelik yapmak.

## **ELEŞTİRİLER**

### **1. Frekans Tahsisi**

Frekans spektrumu, kıt ve iktisadi bir kaynak olması nedeniyle kamusal sınırlı bir iktisadi kaynak olarak değerlendirilmesine yol açmıştır. Bu nedenle bu kaynakta yapılacak tahsisler, tıpkı enerji, madencilik ve benzeri doğal kaynaklar gibi kamusal denetime olanak tanıyan ve kamusal çıkarın gözetilmesi gerektiği bir alandır.

Türkiye’de radyo ve televizyon yayıncılığı için frekans spektrumu bölüm tahsis yetkisi, 3984 sayılı Yasa gereğince Üst kurula verilmiştir. Bu yetki çerçevesinde çıkarılan yönetmeliğe göre Üst kurulun, frekans tahsis işlemini ihale yoluyla gerçekleştirme görevi vardır.<sup>12</sup> İhalenin yapılmasından sonra ise Telekomünikasyon Kurumu Üst Kurulun bildireceği ve 3984 sayılı Kanun hükümlerine uygun olarak TV kanal ve radyo frekansı tahsis edilip, kablosuz radyo ve televizyon yayın izni ve lisansı verilen kuruluşlara TV kanal ve radyo frekans tahsislerini uygular ve ulusal ve uluslararası alanda tescil ettirir.

Ancak Üst kurul, frekans tahsis ilanı yetkisini anlaşılabilir bir şekilde hâla kullanmamıştır. Daha garip olanı ise bu meselenin dillendirilmesinde hiç kimsenin herhangi bir şekilde önyak olmamasıdır. En küçük açıkların pazarlarda palazlandığı ülkemizde, bu meselenin iktidarın ezeli muhaliflerince de gündeme gelmemesi ebetteki düşündürücüdür.

Cumhuriyet Halk Partisi’nin, AKP’nin açığı- nı cimblele aradığı 6 yıllık süreçte kendi partisinden üyelerin de olduğu RTÜK’teki bu büyük açığı ve ihmali dillendirmemiş olması bile başlı başına meselenin herkes tarafından ne kadar titizlikle gizlendiğine örnektir. Bilakis üst kuruluş ne zaman ihale için bir tarih belirlemişse o zaman kıyametler koparılmış ve Danıştay nezdinde yürütmeyi durdurma talepli davalar açılmıştır. Hatta karşıt yazılara komik sayılacak başlıklar kullanılmıştır: “Gök- yüzü Kamusal Alandır, Özelleştirecekler.”<sup>13</sup>

Hiç şüphesiz her gelen hükümet ve üst kurul yönetimi, isteyerek veya istemeyerek yasada açıkça frekans tahsisine ilişkin üst kurula verilen ihale yapma görevini sürekli geçiştirmiş ve kamu maliyesi büyük bir zarara uğratılmıştır.

Bu hususta hem hükümetler hem muhalefet, medya desteğini kaybetme ve aleyhte propaganda korkusu ile yıllardır bu konuda susmayı tercih etmektedir. Nitekim ulusal, bölgesel ve yerel yüzlerce radyo ve televizyonun hiçbir bedel ödemediği yararlandığı frekans spektrumunun ihaleye çıkarılması, hem yandaş yayınları koruma içgüdülerine hem de medya gücünün korkusu karşısında işlerine gelmemektedir.

Böylelikle özel radyo ve televizyon yayıncılığının de facto olarak başladığı 1987 yılından<sup>14</sup> günümüze Türkiye’ de bütün özel radyo ve televizyon kuruluşları bir kamu iktisadi kaynak olan frekans spektrumunu herhangi bir bedel ödemediği kullanılmaktadır.

Bütünüyle aynı olmamakla beraber yine bir tür frekans işlemi sayılabilecek benzer bir alanda, GSM ihalesinde, 500 milyon ABD doları gibi bir bedelin söz konusu olduğu hatırlanırsa, kamusal kaynağın bedelsiz kullanımını nedeniyle ortaya çıkan mali kaybın çok büyük olduğu görülecektir.

Ancak son olarak değinilmesi gereken husus da şudur: Bu ihalenin yapılması gerçekten ülke yayıncılığını maddi anlamda zor durumda bırakacağı öngörülüyorsa, yasada değişikliğe gidilerek bu hükmün kaldırılması düşünül-

<sup>12</sup> Ümit Atabek, *Radyo Televizyon Üst Kurulu: Türkiye’de Radyo ve Televizyon Yayıncılık Sektörünün Düzenlenmesi*, s. 5. <http://209.85.129.132/search?q=cache:q1eS5FEEdSs0J:mediaif.emu.edu.tr/pages/atabek/docs/rtuk.html+frekans+spektumu&hl=tr&ct=clnk&cd=1&gl=tr>

<sup>13</sup> <http://www.savaskarsitlari.org/arsiv.asp?ArsivTipID=-5&ArsivAnaID=24258>

<sup>14</sup> Ümit Atabek, a.g.m.

lebilmelidir. Aksi takdirde mevcut durum, sürekli olarak şüpheleri medya iktidar, medya siyaset ilişkilerine çevirecek ve sorumluları suç işler konumda bırakacaktır.

## 2. Yayın İlkelerine Aykırılıklar ve RTÜK'e Yöneltilen Eleştiriler

RTÜK denince, ülkemizde neredeyse toplumun her kesiminde, Radyo ve televizyon yayıncılığı üzerinde baskı aracına dönüşmüş, yayın ve ifade hürriyetini kısıtlayan bu nedenle de ekran karartan bir kurum akla gelir.

Bu tasarlama, nispetten muhalif bir çizgi izleyen, küçük çaplı radyo ve televizyon yayıncılığı için kısmen doğru olsa da büyük medya patronları ve hizmetlerindeki radyo ve televizyonları için hiç de doğru değildir. Hatta Kanun ve yönetmeliklerde yer alan hükümlerin ve yayın ilkelerinin çoğu zaman bunlar için her nasılsa işlemez olduğu bariz bir gerçektir.

Peki, bütün bu yetersiz işleyiş ve gerçeklik karşısında nasıl olur da kamuoyunda RTÜK hakkında böyle bir kanaat oluşabilmektedir.

Bu sorunun elbette basittir. Dünyanın her yerinde olduğu gibi ülkemizde de medya ve yayıncılık siyasi ve ekonomik güç odaklarının elinde büyük bir silah görevi görmektedir. Bu silah, kendini denetlemekte olan kurum ve kişileri de hedef alabilmekte ve kampanyalarına karşı güç durumda bırakabilmektedir. Nitekim günümüzde kamuoyu üzerinde en etkili propaganda aracı, görsel ve işitsel yayıncılık faaliyetidir ve hedef aldığı kitleleri, muhalefetin zayıf olduğu ortamlarda istediği gibi inandırabilme ve yönlendirme gücüne sahiptir.

Ülkemizde de olan budur. Yayınlarına bir şekilde dokunulan kartel medyası, yaygarayı basmakta ve bütün yapıp etiklerini basın hürriyetinin altına süpürerek, kendini haklı çıkarmakta ve kitlelere RTÜK'ü yasakçı ve ekran karartan bir kurum olarak tanıtabilmektedir. Bu şekilde bir propaganda azmini kamçılayan en önemli faktör ise şüphesiz devasa reklâm gelirlerinden mahrum kalma korkusudur.

Evet, ilk bakışta hoşnut olunmayan bir yargı olsa da belirtmek gerekir ki "ülkeminin sosyal ve siyasal travmalarının, zihin tutulmalarının, linç kültürüyle sarmalanmış gençliğinin,

ahlaki yozlaşma ve çöküntüsünün, yönlendirilen politik yaşamının büyük müsebbibi görsel ve işitsel medya, yeterince denetlenememektedir.

Şüphesiz bu yargı sadece ülkemiz için geçerli değildir. Bütün liberal batı dünya için geçerlidir. Medyanın bu gücü maalesef iktidarları ya belirleyici ya da yıkıcı olabilmektedir ve bu şüphe götürmez bir gerçekliktir.

Nitekim ülkemizde medya ile ters düşen veya bir miktar frenlemek isteyen, tabak çanak kampanyalarını sınırlayan bir hükümete karşı olanca güçleriyle çalışmış ve nihayetinde işbaşından uzaklaşmasına büyük oranda katkıda bulunmuşlardır. Nitekim Refah Partisi aleyhine açılan davanın ön savunmasında bu husus:

"Helsinki İzleme Komitesi başta olmak üzere Batıdaki tüm İnsan Hakları Örgütleri ve sözcüleri, Türkiye'deki bu olayı hayretle karşıladıklarını, Refah Partisi hakkında böyle bir davanın açılmasının demokrasi ile bağdaştıramadıklarını, ne var ki bunda medyanın yoğun kampanyasının büyük rolü olduğunu açıkça ifade etmektedirler."<sup>15</sup>

şeklinde ifadesini bulmuştur

RTÜK Kanununun 4. maddesinin 2. fıkrasında Radyo, televizyon ve veri yayınlarında uyulması gereken yayın ilkeleri sıralanmakta ve (p) bendinde:

"Bilgi iletişim telefonları yoluyla yarışma ve benzeri yöntemlere başvurulmaması ve bunların sonucunda dinleyici ve seyircilere ikramiye verilmemesi veya ikramiye verilmesine aracılık edilmemesi, lotarya yapılmaması, bilgi iletişim telefonları yoluyla yapılacak anket ve kamuoyu yoklamalarının, hazırlık aşamasından sonuçlarının ilânına kadar noter nezaretinde gerçekleştirilmesi."

bir yayın ilkesi olarak düzenlenmiştir.

Kanunda yer alan bu hükme rağmen televizyon ve radyolarda bu türden birçok programın olduğu ve aynı şekilde bu programlara herhangi bir müdahale olmadığı ortadadır. Hatta RTÜK tarafından bu programların var-

<sup>15</sup> *RP Davası, Önsavunması*, IV. Bölüm, Son açıklamalar. [http://74.125.77.132/search?q=cache:VzK6Rcn8JwJ:www.belgenet.com/dava/rpdava\\_06.html+Refah+partisi+medyan%C4%B1n+kampanyalar%C4%B1&hl=tr&ct=clnk&cd=1&gl=tr](http://74.125.77.132/search?q=cache:VzK6Rcn8JwJ:www.belgenet.com/dava/rpdava_06.html+Refah+partisi+medyan%C4%B1n+kampanyalar%C4%B1&hl=tr&ct=clnk&cd=1&gl=tr)

lığı zımnen onaylanmış olacak ki çoğu zaman yayın akışı içerisinde bu programlarda cereyan eden sadece aşırılıklar cezalandırılmaktadır.

Yine 4. maddenin (t) bendi yayınların müstehcen olmamasını, (z) bendi ise gençler ile çocukların fiziksel, zihinsel ve ahlaki gelişimini etkileyecek türden programların, bunların seyredilebileceği zaman ve saatlerde yayınlanmamasını düzenlemektedir. Ancak yapılan kamuoyu araştırmalarında ve kurulan Alo RTÜK hattına gelen şikâyetlerden halkın büyük kesiminin bu ilkenin ihlali konusunda şikâyetçi olduğu ortaya çıkmıştır.

RTÜK tarafından bağımsız bir çalışma grubuna yaptırılan bir çalışmada, ulusal televizyon kanallarında şiddet ve cinsellik unsuru taşıyan, mahremiyet sınırlarını aşan programların yayınlanmasının halkın ruh sağlığı üzerindeki etkisi hakkında, Türk Psikiyatri Derneğinden görüş sorulması üzerine verilen cevapta:

“Televizyonun izleyenlere davranış kalıpları oluşturuca etkisi, toplumda bazı davranışların yaygınlaşmasına yol açabilmektedir. Bu durumun, şiddet içeren programların çocukların da televizyon izleyebildiği saatlerde yayınlanmasıyla, çocuklar üzerinde daha da zararlı etkilere yol açacağı kolayca anlaşılabilir. Aynı şekilde, yoğun cinsel ilişki sahneleri içeren programları çocukların izlemesiyle doğacak zarar da tahmin edilebilir. Bu bağlamda, şiddet ve yoğun cinsel ilişki içeren programların, öncelikle çocuklar olmak üzere, tüm izleyiciler üzerinde olumsuz etkileri olduğu kanısındayız.”<sup>16</sup>

görüşü ifade edilmiştir.

Yine aynı çalışma ekseninde Türk Psikolojik Danışma ve Rehberlik Derneğinden, (yayında bulunan bazı programların kasetleri gönderilmek suretiyle) Televizyonda Aile, kadın ve şiddet eksenli programlara ilişkin görüşü sorulması üzerine derneğin danışma kurulunca:

“Türk PDR-DER’e gönderilen aile eksenli programların bazı bölümlerinin çocuk ve

<sup>16</sup> *Televizyon Programlarındaki Şiddet İçeriğinin, Müstehcenliğin ve Mahremiyet İhlallerinin İzleyicilerin Ruh Sağlığı Üzerindeki Olumsuz Etkileri*, RTÜK, Ek-2, s. 42, RTÜK, 43 [http://www.rtuk.org.tr/sayfalar/Dosyalndir.aspx?icerik\\_id=a2716c31-f724-442c-9180-d52d36b6e495](http://www.rtuk.org.tr/sayfalar/Dosyalndir.aspx?icerik_id=a2716c31-f724-442c-9180-d52d36b6e495)

gençleri cinsel, sosyal, psikolojik, duygusal, ahlaki ve aile içi ilişkiler yönünden olumsuz etkileyebileceği değerlendirilmiştir.”<sup>17</sup>

cevabı verilmiştir.

Radyo ve televizyon yayınları ile ilgili olarak kamuoyunda doğan tepki, beğeni ve hassasiyetleri sürekli olarak izlemek ve gerekli yönlendirmelerde bulunmak amacıyla kamuoyu araştırmaları yapmak ve yaptırmak Radyo ve Televizyon Üst Kurulu’nun kanunla belirlenmiş görevlerinden biridir. Bu görevin yerine getirilmesi için de yasa, kurum bünyesinde Kamuoyu, Yayın Araştırmaları ve Ölçme Dairesi Başkanlığı adıyla ana hizmet birimlerinden birini oluşturmuştur.<sup>18</sup>

Bu birimce ilk defa yapılan ve “Televizyon İzleme Eğilimleri Araştırması” adıyla kamuoyuyla paylaşılan raporun “Rahatsız Edici Yayınlar” istatistiği aşağıda yer almaktadır.

“Televizyonda görmekten en rahatsız olunan yayınlar şöyle sıralanmaktadır:

Magazin ve dedikodu programları %16, evlilik, dans vb. yarışma programları %14,1, müstehcenlik %12,5, kadın programlarının seviyesinin düşük olması %12,3, şiddet ve korku içeren programlar %5,6, reklamların aşırı olması %5,4, belirli (marka olarak belirtilen) programlar %2,7, spor programları %2,3, dini hissiyatı istismar eden programlar %2,1, belirli siyasi görüşlerin baskın hale getirilmesi %1,5, aktüel programlar/sır programları %0,9, haber programları %0,8, pembe diziler %0,8, tartışma programlarının seviyesinin düşük olması %0,8, eğlence programlarının seviyesinin düşük olması %0,7, kültürel yabancılaşmaya yol açan programlar %0,5, çocuk programlarının aşırı olması %0,4, tekrarlanan diziler, filmler, vb. %0,3, asparagas haberler %0,3, müzik programları %0,2, belirli kanallar %0,2 ve belgeseller %0, 4’tür.1. Televizyon-

<sup>17</sup> *Televizyon Programlarındaki Şiddet İçeriğinin, Müstehcenliğin ve Mahremiyet İhlallerinin İzleyicilerin Ruh Sağlığı Üzerindeki Olumsuz Etkileri, Ek-3*, RTÜK, s. 50 [http://www.rtuk.org.tr/sayfalar/Dosyalndir.aspx?icerik\\_id=a2716c31-f724-442c-9180-d52d36b6e495](http://www.rtuk.org.tr/sayfalar/Dosyalndir.aspx?icerik_id=a2716c31-f724-442c-9180-d52d36b6e495)

<sup>18</sup> *RTÜK Kamuoyu, Yayın Araştırmaları ve Ölçme Dairesi Başkanlığı, Televizyon Haberleri İzleme Eğilimleri Araştırması, Şubat 2007*. RTÜK, [http://www.rtuk.org.tr/sayfalar/IcerikGoster.aspx?icerik\\_id=baae3e07-7c34-40cb-a48a1adc8b77fc2e](http://www.rtuk.org.tr/sayfalar/IcerikGoster.aspx?icerik_id=baae3e07-7c34-40cb-a48a1adc8b77fc2e)

daki yayınların hiçbirinden rahatsız olmayanların oranı da %19.”<sup>19</sup>

Aktarılan istatistik ve rahat sız olunan programlar incelendiğinde ilk sırayı magazin ve dedikodu programları %16, evlilik, dans, vb yarışma programları %14,1, müstehcenlik %12,5, kadın programlarının seviyesinin düşük olması %12,3, şiddet ve korku içeren programlar %5,6 ile almaktadır.

Geçmiş yıllarda da gayri resmi araştırmalarda veya Alo RTÜK hattına gelen şikâyetlerin çoğunun benzer program ve yayınlara olduğu ortaya konmuştur. Ancak Üst Kurulun uzun yıllar daha çok rejim bekliliği refleksiyle hareket ettiği görülmektedir. Toplum adeta felakete sürükleyen yayınlar karşısında yeteri refleksi sergilemeyen Üst Kurul, muhalif yayınları cezalandırmakta pek celalli davranmıştır. Nitekim 2000 yılında dönemin RTÜK başkanı Nuri Kayış TBMM de yaptığı bir konuşmada:

“RTÜK’ün, kurulduğu günden bu yana geçen 7 yıllık sürede yayın kuruluşlarına 14.771 gün olmak üzere yaklaşık 40 yıl geçici yayın durdurma cezası verildiğini anlatmakta ve ayrıca bölücü ve irticai yayınlar üzerinde hassasiyetle durduklarını ve bu tür yayın yapan kuruluşlara ağır müeyyideler uyguladığını değinmektedir.”<sup>20</sup>

Her iki araştırma gözden geçirildiğinde çarpıcı olarak toplumun bölücü veya irticai yayınlar hakkında herhangi bir şikâyetinin olmadığı, daha çok magazin ve dedikodu programları, evlilik, dans, vb. yarışma programları, müstehcenlik, kadın programlarının ve şiddet-korku içeren programlara yönelik şikâyetlerin olduğu ortadadır. Ancak sistemi koruma refleksiyle sürekli hareket eden bu anlayış diğer ihlalleri pek önemsemezken, her nedense düşünce, ifade ve basın hürriyeti çerçevesinde sayılacak pek çok yayını cezalandırmakta pek maharetli davranmıştır.

Ancak bu gün, muhafazakâr-milliyetçi bir partinin iktidarda olması ve Kürtçe konusundaki açılım, irticai ve bölücü yayınlar konu-

sunda Üst Kurulun hassasiyetini biraz düşürmüş görünmektedir. Ancak toplumun sürekli şikâyetçi olduğu yayınların ise hala ve artarak yayın hayatını işgal ettiği ve yeteri kadar denetimin bu konuda sağlanmadığı gerçeği hala devam etmektedir.

### 3. Muhalif Yayıncılık ve Yaptırımlar

Konuyla ilintili olarak eleştiri konusu olabilecek başka bir husus ise 33/1 ve 35/5 maddelerindeki müeyyidelerdir. RTÜK kanunun Müeyyideler başlıklı 33/1 maddesinde üst kurulun öngördüğü yükümlülükleri yerine getirmeyen, izin şartlarını ihlal eden, yayın ilkelerine ve bu kanunda belirtilen diğer esaslara aykırı yayın yapan radyo ve televizyonların önce uyarılacağı veya aynı yayın kuşağı içerisinde açık şekilde özür dilemesinin istenileceği belirtilir. Bu talebe uyulmamış veya aykırılığın tekrarı halinde ihlale konu olan programın yayın, bir ila on iki kez arasında durdurulacağı ve aykırılığın tekrarı hallerinde çeşitli miktarlarda idari para cezalarının uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

33. maddenin 4. fıkrası ise, 4. maddenin a, b, c, bentlerindeki ilkelere aykırı yayın yapılması halinde “uyarı yapılmadan yayın kuruluşunun yayının bir ay durdurulacağını, ihlalin tekrarı halinde ise yayının süresiz durdurulacağı ve yayı iznin iptal edileceğini” hükme bağlamaktadır.

RTÜK Kanunu 4. maddenin a, b, c bentlerine bakıldığında:

- a bendi Türkiye Cumhuriyeti devletinin varlık ve bağımsızlığına, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Atatürk ilke ve inkılaplarına aykırı yayın yapılamaz.
- b bendi Toplum, şiddette, teröre, etnik ayrımcılığa sevk eden veya halkı sınıf, ırk, dil, din, mezhep, ve bölge farkı gözeterek kin ve düşmanlığa tahrik eden veya toplumda nefret duyguları oluşturan yayınlara imkan verilmesi,
- c bendi Yayıncılığın, gerek yayın organı, gerekse hisse sahipleri ve üçüncü derece dahil olmak üzere üçüncü dereceye kadar kan ve sıhrî hısımları veya bir başka gerçek veya tüzel kişinin haksız çıkarları doğrultusunda kullanılmaması,

<sup>19</sup> RTÜK Kamuoyu, Yayın Araştırmaları ve Ölçme Dairesi Başkanlığı, *Televizyon Haberleri İzleme Eğilimleri Araştırması*, Şubat 2007. [http://www.rtuk.org.tr/sayfalar/IcerikGoster.aspx?icerik\\_id=baae3e07-7c34-40cb-a48a1adc8b77fc2e](http://www.rtuk.org.tr/sayfalar/IcerikGoster.aspx?icerik_id=baae3e07-7c34-40cb-a48a1adc8b77fc2e)

<sup>20</sup> <http://www.yenimesaj.com.tr/index.php?haberno=-1010110&tarih=2001-11-10>

hükümlerini ihtiva etmekte ve bu hükümlere aykırı yayının müeyyidesi uyarısız bir ay yayın durdurma ve tekrarı halinde ise yayın hayatına son verilmesi olarak düzenlemiştir.

Bir devletin, varlığını ve bütünlüğünü garanti altına alması, buna yönelen tehlikeleri bertaraf etmesi ve bu yönde tedbirler alması elbette gayet doğaldır. Ancak gerçek ve tüzel kişileri, günlük faaliyetlerinde ve eylemlerinde belli ilkelere ve kurallara uymak zorunda bırakmak ve buna aykırılığı müeyyidelendirme girişimi, kuşkusuz hukuk ile açıklanamaz. Bu özgür düşünceye, ifade özgürlüğüne ve tercih özgürlüğü ile bağdaşmayacağı gibi özel girişim anlayışına da tamamen ters düşecektir.

Devletin kamu kuruluşlarından ve kamu personelinden böyle bir talebi bir noktaya kadar kabul edilebilir. Ancak, özel girişimin de faaliyet gösterebileceği alanlarda bu faaliyetleri yürüten özel girişime veya şahıslara devletin benimsediği ilke ve inkılaplara inanma ve bu çerçevede faaliyet göstermeyi dayatmak, örnekliliğini ancak totaliter rejimlerde bulabilir.

Örnekleme gerekirse; özel bir televizyon kanalının Atatürk milliyetçiliğine aykırı bir anlayışı yayınında dile getirmesi veya eğitimde birliği değil de farklı bir eğitim modelini savunması, ya da şapkayı çok demode bulan görüşler ifade etmesinin uyarısız kapatma nedeni sayılması gerekecektir.

Ancak günümüz Türkiye’sinde, basın ve ifade özgürlüğü çerçevesinde yukarıda çoğaltılabilecek örneklerin tamamının rahatça çelişebileceğini görmekteyiz.

Yasalarda birtakım ifadelerin özensiz ve fazlaca irdelenmeden kullanılması olağan dönemlerde pekâlâ sorun doğurmayabilir. Ancak bu ifadelerin yasal metinlerden çıkarılması gerekmektedir.

Aynı şekilde b ve c bentlerine göz attığımızda bu ülkede en büyük ve sözüm ona saygın medya kuruluşlarının yayınlarında da zaman zaman toplumu, şiddette, etnik ayrımcılığa sevk eden veya halkı sınıf, ırk, dil, din, mezhep ve bölge farkı gözeterek kin ve düşmanlığa tahrik den veya toplumda nefret duyguları oluşturan yayınlara yer verildiğini veya Yayıncılığın gerçek veya tüzel kişilerin

haksız çıkarları doğrultusunda kullanıldığı görülmektedir. Ancak bu durumlarda da konjoktürel davranıldığı veya hükümetler tarafından muhalifler üzerinde baskı amaçlı kullanıldığı görülmektedir.

#### **4. Anonim Şirket Yayıncılığı**

3984 sayılı Yasanın 29. maddesi “siyasal partiler, dernekler, sendikalar, meslek kuruluşları, kooperatifler, vakıflar, mahalli idareler ile bu idarelerce kurulan veya bu idarelerin ortak oldukları şirketler, iş ortakları, birlikler ile üretim, yatırım, ihracat, ithalat, pazarlama ve finansal kurum ve kuruluşları özel radyo ve televizyon kuruluşu kuramaz ve bunlara ortak olamazlar” ve “özel radyo televizyon kuruluşları anonim şirket olarak kurulurlar” hükümlerini getirmektedir. Bu madde ile getirilen düzen, en hararetli liberalizm savunucularının bile beklentilerinin ötesinde bir düzendir. Radyo ve televizyon yayıncılığı alanı sadece, kâr maksimizasyonu doğal hedefi olarak kabul edilen anonim şirketlerce gerçekleştirilebilecektir. Bunun tek istisnası TRT kurumudur. TRT’nin girişte değindiğimiz “tarafsız” statüsü ile kamu yayıncılığı ilkesinden ne kadar uzak olduğu göz önüne alınırsa, yasanın bu maddesi ile kamu yayıncılığının yapılması olanaksız hale getirilmiştir. Bunun sonucu olarak gerek kablo gerek yerel yayın frekans spektrumu holdinglerin yayıncılığına teslim edilmiştir.<sup>21</sup>

Siyasi partileri dışarıda tuttuğumuzda, aslında madde düzenlemesinin 82 Anayasasının reflekslerini yansıttığı görülür. Derneklerin, sendikaların, meslek kuruluşlarının, kooperatiflerin ve vakıfların, siyasi faaliyetlerin dışında tutulmak istenmesinin bir başka tezahürü olan bu düzenleme ile amaçlananın bu tür sivil inisiyatiflerin faaliyetlerini geniş kitlelere ulaştırmasının engellenmesi olduğu kuvvetle muhtemeldir. Öteden beri sivil inisiyatife şüpheyle bakan bu yaklaşım, sivil inisiyatiflerin şeffaflaşmalarının önündeki en önemli engeli de teşkil etmektedir.

<sup>21</sup> Ümit Atabek, *Radyo Televizyon Üst Kurulu: Türkiye’de Radyo ve Televizyon Yayıncılık Sektörünün Düzenlenmesi*, s. 6. <http://209.85.129.132/search?q=cache:q1eS5FEEdSs0J:mediaif.emu.edu.tr/pages/atabek/docs/rtuk.html+frekans+spektumu&hl=tr&ct=clk&cd=1&gl=tr>

3984 sayılı Yasa, radyo ve televizyonların kültürel programlar yapma zorunluluğu getirmektedir. Buna rağmen bütün dünyada medyanın kültürel yayınlardan çok önceliği reyting (dolayısıyla reklâm ve kar maksimizasyonu hedefi) alan ve daha çok ruhsal ve kültürel yozlaşmaya yol açan yayınlara ayırdığı bir gerçektir. Bu yayın anlayışının, toplumun ruh yapısı üzerinde oldukça ciddi yıkıcı etkiler yarattığı, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nun talebi üzerine, üniversiteler ve Sağlık Bakanlığı bünyesinde bulunan psikolog ve psikiyatristlerden oluşan bir çalışma grubu tarafından, RTÜK'ten bağımsız olarak hazırlanan; "Televizyon Programlarındaki Şiddet İçeriğinin, müstehcenliğin ve Mahremiyet İhlallerinin İzleyicilerin Ruh Sağlığı Üzerindeki Olumsuz Etkileri"<sup>22</sup> adlı çalışmada (yurt içi ve yurt dışında yapılan birçok araştırmayı içerir) son derece bilimsel bir şekilde ortaya konulmaktadır.

Ülkemizde her ne kadar Siyasi partiler, dernekler, sendikalar, meslek kuruluşları, kooperatifler ve vakıflar "yandaş medya" yaratmanın yollarını bulmakta ise de düşünce ve kültür hayatımız gelişimi ve demokratik bir gereksinim olarak çok sesliğin önündeki bu engelin kaldırılması gerekir. Ayrıca bu yasağın kaldırılması literatürde yaftalama manasında kullanılan "yandaş medya" kavramını ortadan kaldıracığı gibi, düşünce ve yorumlarını tescilli yayın kuruluşlarında ifade eden sivil kurumları da daha sorumlu hareket etmeye sevk edeceği öngörüsündeyim.

## Kaynakça

Fikret İlkiz, *Anayasa Mahkemesi RTÜK ve Gerekeçe*, s. 2. [www.iwhp.org.tr./ Ay. Mahkemesi RTÜK ve gerekeçe](http://www.iwhp.org.tr./Ay.Mahkemesi_RTUK_ve_gerekece), Bilgi ve belge merkezi/makaleler.

<http://www.tissad.org.tr/yasa.html>

<http://209.85.129.132/search?q=cache:q1eS5FEdSsOJ:mediaif.emu.edu.tr/pages/atabek/docs/rtuk.html+frekans+spektumu&hl=tr&ct=clnk&cd=1&gl=tr>

[http://www.rtuk.org.tr/sayfalar/DosyaIndir.aspx?icerik\\_id=0004e97a-0664-41cf-b83ce636c7de-1868](http://www.rtuk.org.tr/sayfalar/DosyaIndir.aspx?icerik_id=0004e97a-0664-41cf-b83ce636c7de-1868)

<http://www.savaskarsitlari.org/arsiv.asp?ArsivTipID=5&ArsivAnalID=24258>

Metin Günday, *İdare Hukuku*, 9. Baskı.

*RP Davası, Önsavunması*, IV. Bölüm. Son açıklamalar. [http://74.125.77.132/search?q=cache:-VzK6Rcn8JwJ:www.belgenet.com/dava/rpdava\\_06.html+Refah+partisi+medyan%C4%B1n+kampanyalar%C4%B1&hl=tr&ct=clnk&cd=1&gl=tr](http://74.125.77.132/search?q=cache:-VzK6Rcn8JwJ:www.belgenet.com/dava/rpdava_06.html+Refah+partisi+medyan%C4%B1n+kampanyalar%C4%B1&hl=tr&ct=clnk&cd=1&gl=tr)

*RTÜK Kamuoyu, Yayın Araştırmaları ve Ölçme Dairesi Başkanlığı, Televizyon Haberleri İzleme Eğilimleri Araştırması Şubat 2007*. [http://www.rtuk.org.tr/sayfalar/IcerikGoster.aspx?icerik\\_id=baae3e07-7c34-40cb-a48a1adc8b77fc2e](http://www.rtuk.org.tr/sayfalar/IcerikGoster.aspx?icerik_id=baae3e07-7c34-40cb-a48a1adc8b77fc2e)

*RTÜK Kamuoyu, Yayın Araştırmaları ve Ölçme Dairesi Başkanlığı, Televizyon Haberleri İzleme Eğilimleri Araştırması Şubat 2007*. [http://www.rtuk.org.tr/sayfalar/IcerikGoster.aspx?icerik\\_id=baae3e07-7c34-40cb-a48a1adc8b77fc2e](http://www.rtuk.org.tr/sayfalar/IcerikGoster.aspx?icerik_id=baae3e07-7c34-40cb-a48a1adc8b77fc2e), <http://www.yenimesaj.com.tr/index.php?haberno=1010110&tarikh=2001-11-10>

*Televizyon Programlarındaki Şiddet İçeriğinin, Müstehcenliğin ve Mahremiyet İhlallerinin İzleyicilerin Ruh Sağlığı Üzerindeki Olumsuz Etkileri, Ek-2*. RTÜK, [http://www.rtuk.org.tr/sayfalar/Dosya-Indir.aspx?icerik\\_id=a2716c31-f724-442c-9180-d52d36b6e495](http://www.rtuk.org.tr/sayfalar/Dosya-Indir.aspx?icerik_id=a2716c31-f724-442c-9180-d52d36b6e495)

*Televizyon Programlarındaki Şiddet İçeriğinin, Müstehcenliğin ve Mahremiyet İhlallerinin İzleyicilerin Ruh Sağlığı Üzerindeki Olumsuz Etkileri, Ek-3*. RTÜK, [http://www.rtuk.org.tr/sayfalar/Dosya-Indir.aspx?icerik\\_id=a2716c31-f724-442c-9180-d52d36b6e495](http://www.rtuk.org.tr/sayfalar/Dosya-Indir.aspx?icerik_id=a2716c31-f724-442c-9180-d52d36b6e495)

*Televizyon Programlarındaki Şiddet İçeriğinin, Müstehcenliğin ve Mahremiyet İhlallerinin İzleyicilerin Ruh Sağlığı Üzerindeki Olumsuz Etkileri*. RTÜK, [http://www.rtuk.org.tr/sayfalar/Dosya-Indir.aspx?icerik\\_id=a2716c](http://www.rtuk.org.tr/sayfalar/Dosya-Indir.aspx?icerik_id=a2716c)

Ümit Atabek, *Radyo Televizyon Üst Kurulu: Türkiye'de Radyo ve Televizyon Yayıncılık Sektörünün Düzenlenmesi*. <http://209.85.129.132/search?q=cache:q1eS5FEdSsOJ:mediaif.emu.edu.tr/pages/atabek/docs/rtuk.html+frekans+spektumu&hl=tr&ct=clnk&cd=1&gl=tr>

Vikipedi, *Özgür Ansiklopedi*, RTÜK.

<sup>22</sup> *Televizyon Programlarındaki Şiddet İçeriğinin, Müstehcenliğin ve Mahremiyet İhlallerinin İzleyicilerin Ruh Sağlığı Üzerindeki Olumsuz Etkileri*. RTÜK, [http://www.rtuk.org.tr/sayfalar/Dosya-Indir.aspx?icerik\\_id=a2716c31-f724-442c-9180-d52d36b6e495](http://www.rtuk.org.tr/sayfalar/Dosya-Indir.aspx?icerik_id=a2716c31-f724-442c-9180-d52d36b6e495)



# Genel Olarak Basın Hukuku

H. Serdar TABANOĞLU



## GİRİŞ

**B**asınla ilgili en önemli ve normlar hiyerarşisi açısından en üstün maddeler Anayasada yer almaktadır. Anayasada; basın özgürlüğü, yayın yasağı, yayın toplatma, kişilere cevap hakkı tanınması gibi basınla ilgili temel hükümler bulunmaktadır. Basın Hukuku, geniş anlamıyla başta Anayasada olmak üzere, kanunlardaki görsel ve yazılı basınla ilgili hukuki düzenlemeleri içerir. Yazılı basın, gazete, dergi gibi “basılmış” eserler yoluyla yayım yapan basındır. Görsel basın ise televizyon veya internet gibi görsel araçlarla faaliyet gösteren basın şeklindedir. “İnternet” her ne kadar hem görsel hem de yazılı öğeler içerse de “basılan” bir yayım türü olmaması internet yayıncılığını yazılı basından ayırmaktadır. Hukukumuzda, Anayasa’dan sonra basınla ilgili temel ve önemli düzenlemeler içeren Basın Kanunu, hem basılı eserlerle ilgili, hem de televizyon veya internet gibi basılmış eserlerden ayrı bulunan görsel basınla ilgili sayıca çok az genel hükümler vazetse de suç ve cezalar, sorumluluk ve görevler açısından sadece “basılmış eserlerle” ilgili düzenlemeler içermektedir. Zira Basın Kanununun 1. maddesindeki “*Bu Kanun basılmış eserlerin basımı ve yayımını kapsar.*” ifadesinden, Basın Kanununun basılmış eserlerle ilgili düzenlemeler içerdiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle, Basın Kanununda öngörülen cevap ve düzeltmeye ilişkin hükümler, yazılardan dolayı kimin sorumlu olacağına ilişkin hukuki ve cezai sorumluluk maddeleri, suç ve cezalar, sadece basılmış eserleri kapsamaktadır.

Ayrıca bu düzenlemelere ilişkin maddelerin tümünün giriş kısmında “basılmış eserler” veya “sürelî yayımlar ifadesi” ile madde sınırlandırılmıştır. Bu nedenle Basın kanunu, kitap dergi, gazete gibi basılmış eserlerle yayım yapan basın açısından hükümler getirmekte-

dir. Gazetenin ulusal veya yerel olması, derginin sürelî veya süresiz olması ise Basın Kanununun uygulanmasında fark etmemektedir. Önemli olan basılmış eser olmasıdır. Fakat ülkemizde birçok örneği olan, bir gazetenin internetteki internet yayını, Basın Kanununa tabi değildir. O nedenle Basın Kanununda düzenlenen örneğin “cevap ve düzeltme” kurumu, bir gazetenin internet yayını için hiçbir hüküm ifade etmemektedir.

Yine Basın Kanununda düzenlenen yazılardan dolayı hukuki sorumluluk, gazetenin internet yayınındaki yazılar için aynen geçerli değildir. Hatta aşağıda ayrıntılarıyla görüleceği üzere —örneğin bir ulusal günlük sürelî gazetede yayımlanan bir yazıdan dolayı— ceza davası açma süresi, bu gazete yayını Basın Kanununa tabi olduğu için 2 ay ile sınırlıyken, aynı yazının o gazete için internet sayfasında yayımlanması durumunda, internet yayını Basın Kanununa tabi olmadığı için genel hükümlere göre belirlenir. Bu nedenle Basın Kanunu, sadece basılmış eserlerle ilgili düzenlemeleri öngörmektedir.

Anayasa ve Basın Kanununu bir yana bırakırsak; televizyonlarla ilgili özel düzenlemeler, televizyon yayınlarıyla ilgili kurallar, suç ve cezalar; RTÜK kanununda ve bağlı yönetmeliklerinde bulunmaktadır. 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun ise, sadece internet yayınlarını ve buna ilişkin uyulması gereken kuralları düzenlemektedir. Bu kanunda, internet ortamında yapılan yayımlar ile ilgili tekzibin nasıl olacağı, hukuki sorumluluk, içerik sağlayıcısının ve yer sağlayıcısının tanım ve sorumlulukları, kısaca internete özgü hukuki durumlar düzenlenmektedir.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunundaki düzenlemelerden de doğal olarak basın yayım kuru-

luşları da sorumludur. Telifli bir yazıya veya eser mahiyetindeki tescilli bir fotoğrafa tanınan himaye doğal olarak basın kuruluşları açısından da geçerlidir. Bu nedenle FSEK'te düzenlenen suç ve cezalarda, basın kuruluşlarınınca ihlal edilebilecek ve bu nedenle sorumluluk gerektiren durumlar olarak karşımıza çıkmaktadır.

Öte yandan Borçlar Kanunundaki ve Medeni Kanundaki özellikle kişilik haklarının korunması ve ihlaline karşı dava hakları da bu kapsamda ele alınabilir. Zira basın yayın kuruluşları kişilerin kişilik haklarını ihlal ettikleri zaman haklarında Medeni Kanunun ilgili maddeleri uyarınca tecavüzün men'i veya ref'i davaları, (MK, madde 23 vd.) veya BK 49 gereğince tazminat davaları (özellikle manevi tazminat) davaları açılabilir. Bu nedenle Medeni Kanundaki ve Borçlar Kanunundaki bazı düzenlemeler basın yayın kuruluşlarını da ilgilendiren maddelerdir.

Ayrıca, doğal olarak TCK'da da basın yayın kuruluşları açısından hükümler bulunmaktadır. TCK'da genellikle öngörülen suç tiplerinin basın yoluyla işlenmesi ağırlaştırıcı sebepler olarak sayılmıştır.

Genel olarak basın hukuku, tüm bu mevzuatlardaki gerek yazılı, gerek görsel basınla ilgili olan düzenlemelerin tümünü içermektedir. Anayasa, Basın kanunu, RTÜK mevzuatı, TCK, BK, MK, FSEK, 5651 Sayılı Kanun ve bazı diğer kanunlarda (örneğin Terörle Mücadele Kanunu) basınla ilgili düzenlemeler bulunmaktadır.

Tüm bu basın hukukunu oluşturan kanun ve yönetmeliklerdeki maddeleri tek tek ele almayacağız. Genel olarak Basın Hukuku başlığının seçilmesi de buna dayanmaktadır. Sadece yayınlardan dolayı oluşan hukuki mesuliyet konusu, Basın Kanununda ve diğer kanunlardaki basın suçlarının neler olduğu ve cezai mesuliyet, cevap ve düzeltme müessesesi [tekzip] ile internet yayınlarının düzenlenmesi ile ilgili kanundaki bazı önemli başlıklara değinilecektir. Ayrıca basın yoluyla kişilik haklarına yapılan saldırıdan kaynaklanan maddi veya manevi tazminat davalarına da kısaca değineceğiz.

## CEZA BÖLÜMÜ

Basitçe, basın yoluyla işlenen suçlar basın suçlarını oluşturmaktadır. Diğer bir deyişle yazılı veya görsel bir ileti ile (gazetede, dergide, televizyonda, internette vs.) işlenen suçlar basın suçlarıdır. Bununla beraber Basın Kanununda düzenlenen ve basın kuruluşlarının uyması gereken kurallara uyulmaması halinde meydana gelecek suçlar da bulunmaktadır. (Örneğin küçük suç faili veya mağdurun kimliğinin açıklanması, mevkute beyannamesinin verilmemesi, yayını durdurulan bir yayına devam etme suçları vs.) Genel olarak bir suçun basın yoluyla işlenmesi suç için bir ağırlaştırma nedeni olarak öngörülmüştür. Örneğin hakaret suçunun yazılı veya görsel bir ileti ile işlenmesi hakaret suçu için bir ağırlaştırma sebebidir. Bunun gibi "özel hayatın dokunulmazlığını ihlal suçu"nun da basın yoluyla işlenmesi veya "haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu"nun basın yoluyla işlenmesi, bir "ağırlaştırma" sebebidir. Basının işlediği suçlar için ayrı ayrı suç tipleri yoktur, keza buna gerek de yoktur. Bir suçun oluşması için gereken unsurlar, basın yoluyla işlenmesi halinde de aynıdır. Basın yoluyla işlenmesi halinde sadece ağırlaştırıcı neden hükümleri uygulanır. Bu nedenle Ceza Kanununda basın yoluyla da işlenebilecek birçok suç tipi bulunmaktadır. Bununla beraber Basın Kanununda da özel olarak bazı maddeler düzenlenmiştir.

Önemli olan bir diğer nokta, Basın Kanununda düzenlenen suçlar; sadece basılmış eserlerle ilgilidir. Yani Basın Kanunu, sadece yazılı [basılmış] basının uymak zorunda olduğu konuları düzenler. Görsel basın (TV veya internet basını) Basın Kanununun düzenlediği konulardan değildir. Bu nedenle Basın Kanunu, sadece gazete, dergi, kitap gibi basılmış eserlerle ilgili düzenlemeleri öngörür. Fakat bir gazete için basın Kanununda öngörülen uyulması gereken bir düzenleme, televizyonlar için RTÜK kanununda düzenlenmiş olabilir.

Türk Ceza Kanununda düzenlenen ve basın yoluyla da işlenmesi mümkün olduğu için basın suçları olarak da karşımıza çıkan ve en çok karşılaşılan bazı suç maddeleri şu şekildedir:



## Türk Ceza Kanunu İlgili Hükümleri

Basın faaliyetlerinin düzenlendiği 5187 Sayılı Basın Kanunu doğrudan doğruya “basın suçları”nı düzenlerken 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu “basın yoluyla da işlenmesi mümkün olan genel suçları” düzenlemektedir.

### Hakaret

TCK 125: (1) Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır...

(2) Fiilin, mağdur muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkrada belirtilen cezaya hükmolunur.

### Haberleşmenin Gizliliğini İhlâl

TCK 132: (1) Kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlâl eden kimse, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Bu gizlilik ihlâli haberleşme içeriklerinin kaydı suretiyle gerçekleşirse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(2) Kişiler arasındaki haberleşme içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın alenen ifşa eden kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.

(4) Kişiler arasındaki haberleşmelerin içeriğinin basın ve yayın yolu ile yayınlanması hâlinde, ceza yarı oranında artırılır.

### Kişiler Arasındaki Konuşmaların Dinlenmesi ve Kayda Alınması

TCK 133: (1) Kişiler arasındaki alenî olmayan konuşmaları, taraflardan herhangi birinin rızası olmaksızın bir aletle dinleyen veya bunları bir ses alma cihazı ile kaydeden kişi, iki aydan altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Katıldığı aleni olmayan bir söyleşiyi, diğer konuşanların rızası olmadan ses alma cihazı ile kayda alan kişi, altı aya kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.

(3) Yukarıdaki fıkralarda yazılı fiillerden biri işlenerek elde edildiği bilinen bilgilerden yarar

sağlayan veya bunları başkalarına veren veya diğer kişilerin bilgi edinmelerini temin eden kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu konuşmaların basın ve yayın yoluyla yayınlanması hâlinde de, aynı cezaya hükümlenir.

### Özel Hayatın Gizliliğini İhlâl

TCK 134: (1) Kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlâl eden kimse, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Gizliliğin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlâl edilmesi hâlinde, cezanın alt sınırını bir yıldan az olamaz.

(2) Kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri ifşa eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Fiilin basın ve yayın yoluyla işlenmesi hâlinde, ceza yarı oranında artırılır.

### Suç İşlemeye Tahrik

TCK 214: (1) Suç işlemek için alenen tahrikte bulunan kişi, altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Halkın bir kısmını diğer bir kısmına karşı silâhlandırarak, birbirini öldürmeye tahrik eden kişi, on beş yıldan yirmi dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Tahrik konusu suçların işlenmesi hâlinde, tahrik eden kişi, bu suçlara azmettiren sıfatıyla cezalandırılır.

### Suçu Ve Suçluyu Övme

TCK 215: (1) İşlenmiş olan bir suçu veya işlenmiş olduğu suçtan dolayı bir kişiyi alenen öven kimse, iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

### Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Aşağılama

TCK 216: (1) Halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden kimse, bu nedenle kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması hâlinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılayan kişi, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Halkın bir kesiminin benimsediği dinî değerleri alenen aşağılayan kişi, fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması hâlinde, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

#### **Kanunlara Uymamaya Tahrik**

TCK 217: (1) Halkı kanunlara uymamaya alenen tahrik eden kişi, tahrikin kamu barışını bozmaya elverişli olması hâlinde, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.

#### **Ortak Hüküm**

TCK 218: (1) Yukarıdaki maddelerde tanımlanan suçların basın ve yayın yoluyla işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır. (Madde 213, 214, 215, 216, 217)

#### **Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma**

TCK 220: (1) Kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kuranlar veya yönetenler, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması hâlinde, iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, örgütün varlığı için üye sayısının en az üç kişi olması gerekir.

(8) Örgütün veya amacının propagandasını yapan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.

#### **Müstehcenlik**

TCK 226: (1) a) Bir çocuğa müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünleri veren ya da bunların içeriğini gösteren, okuyan, okutan veya dinleten,

b) Bunların içeriklerini çocukların girebileceği veya görebileceği yerlerde ya da alenen gösteren, görülebilecek şekilde sergileyen, okuyan, okutan, söyleyen, söyleten,

c) Bu ürünleri, içeriğine vakıf olunabilecek şekilde satışa veya kiraya arz eden,

d) Bu ürünleri, bunların satışına mahsus alışveriş yerleri dışında, satışa arz eden, satan veya kiraya veren,

e) Bu ürünleri, sair mal veya hizmet satışları yanında veya dolayısıyla bedelsiz olarak veren veya dağıtan,

f) Bu ürünlerin reklâmını yapan,

Kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırılır.

(2) Müstehcen görüntü, yazı veya sözleri basın ve yayın yolu ile yayınlayan veya yayınlanmasına aracılık eden kişi altı aydan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(3) Müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukları kullanan kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu ürünleri ülkeye sokan, çoğaltan, satışa arz eden, satan, nakleden, depolayan, ihraç eden, bulunduran ya da başkalarının kullanımına sunan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(4) Şiddet kullanılarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde veya doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara ilişkin yazı, ses veya görüntüleri içeren ürünleri üreten, ülkeye sokan, satışa arz eden, satan, nakleden, depolayan, başkalarının kullanımına sunan veya bulunduran kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(5) Üç ve dördüncü fıkralardaki ürünlerin içeriğini basın ve yayın yolu ile yayınlayan veya yayınlanmasına aracılık eden ya da çocukların görmesini, dinlemesini veya okumasını sağlayan kişi, altı yıldan on yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(6) Bu suçlardan dolayı, tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolünür.

(7) Bu madde hükümleri, bilimsel eserlerle; üçüncü fıkra hariç olmak ve çocuklara ulaşması engellenmek koşuluyla, sanatsal ve edebi değeri olan eserler hakkında uygulanmaz.

#### **Fiyatları Etkileme**

TCK 237: (1) İşçi ücretlerinin veya besin veya malların değerlerinin artıp eksilmesi sonucunu doğurabilecek bir şekilde ve bu maksatla yalan haber veya havadis yayan veya sair hileli yollara başvuran kimseye üç aydan iki yıla kadar hapis ve adli para cezası verilir.

#### **İftira**

TCK 267: (1) Yetkili makamlara ihbar veya şikâyetinde bulunarak ya da basın ve yayın yoluyla, işlemediğini bildiği halde, hakkında soruş-

turma ve kovuşturma başlatılmasını ya da idarî bir yaptırım uygulanmasını sağlamak için bir kimseye hukuka aykırı bir fiil isnat eden kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Fiilin maddî eser ve delillerini uydurarak iftirada bulunulması hâlinde, ceza yarı oranında artırılır.

(9) Basın ve yayın yoluyla işlenen iftira suçundan dolayı verilen mahkûmiyet kararı, aynı veya eşdeğerde basın ve yayın organıyla ilân olunur. İlân masrafı, hükümlüden tahsil edilir.

### Yargı Görevi Yapanı Etkileme

TCK 277: Bir davanın taraflarından birinin veya birkaçının veya sanıkların veya davaya katılanların, mağdurların leh veya aleyhinde, yargı görevi yapanlara emir veren veya baskı yapan veya nüfuz icra eden veya her ne suretle olursa olsun adı geçenleri hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs eden kimseye iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilir. Teşebbüs iltimas derecesini geçmediği takdirde verilecek ceza altı aydan iki yıla kadardır.

### Gizliliğin İhlali

TCK 285: “(1) Soruşturmanın gizliliğini alenen ihlal eden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, soruşturma aşamasında alınan ve Kanun hükmü gereğince gizli tutulması gereken kararların ve bunların gereği olarak yapılan işlemlerin gizliliğinin ihlali açısından aleniyetin gerçekleşmesi aranmaz.

(2) Kanuna göre kapalı yapılması gereken veya kapalı yapılmasına karar verilen duruşmadaki açıklama veya görüntülerin gizliliğini alenen ihlal eden kişi, birinci fıkraya hükmüne göre cezalandırılır. Ancak, bu suçun oluşması için tanığın korunmasına ilişkin olarak alınan gizlilik kararına aykırılık açısından aleniyetin gerçekleşmesi aranmaz.

(3) Bu suçların basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde, ceza yarı oranında artırılır.

(4) Soruşturma ve kovuşturma evresinde kişilerin suçlu olarak damgalanmalarını sağlayacak şekilde görüntülerinin yayınlanması halinde, altı aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”

### Ses veya Görüntülerin Kayda Alınması

TCK 286: (1) Soruşturma ve kovuşturma işlemleri sırasındaki ses veya görüntüleri yetkisiz olarak kayda alan veya nakleden kişi, altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

### Adil Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs

TCK 288: (1) Bir olayla ilgili olarak başlatılan soruşturma veya kovuşturma kesin hükümlerle sonuçlanıncaya kadar savcı, hâkim, mahkeme, bilirkişi veya tanıkları etkilemek amacıyla alenen sözlü veya yazılı beyanda bulunan kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

### Cumhurbaşkanına Hakaret

TCK 299: (1) Cumhurbaşkanına hakaret eden kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Verilecek ceza, suçun alenen işlenmesi hâlinde, altıda biri; basın ve yayın yolu ile işlenmesi hâlinde, üçte biri oranında artırılır.

(3) Bu suçtan dolayı kovuşturma yapılması, Adalet Bakanının iznine bağlıdır.

### Kamusal Aşağılama Suçu

TCK 301: (1) Türklüğü, Cumhuriyeti veya Türkiye Büyük Millet Meclisini alenen aşağılayan kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini, Devletin yargı organlarını, askerî veya emniyet teşkilatını alenen aşağılayan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Türklüğü aşağılamanın yabancı bir ülkede bir Türk vatandaşı tarafından işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte bir oranında artırılır.

(4) Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz.

### Devlete Karşı Savaşa Tahrik

TCK 304: (1) Türkiye Cumhuriyeti Devletine karşı savaş açması veya hasmane hareketlerde bulunması için yabancı devlet yetkililerini tahrik eden veya bu amaca yönelik olarak yabancı devlet yetkilileri ile işbirliği yapan kişi, on yıldan yirmi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Tahrik fiilinin basın ve yayın yolu ile işlenmesi hâlinde, verilecek ceza üçte bir oranında artırılır.

(2) Bu madde uygulamasında, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin güvenliğine karşı suç işlemek üzere oluşturulmuş örgütlerin doğrudan

veya dolaylı olarak desteklenmesi, hasmane hareket olarak kabul edilir.

(3) Bu maddede tanımlanan suçun işlenmesi dolayısıyla tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.

### Halkı Askerlikten Soğutma

TCK 318: (1) Halkı, askerlik hizmetinden soğutacak etkinlikte teşvik veya telkinde bulunanlara veya propaganda yapanlara altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) Fiil, basın ve yayın yolu ile işlenirse ceza yarısı oranında artırılır.

### Devletin Güvenliğine ve Siyasal Yararlarına İlişkin Bilgileri Açıklama

TCK 329: (1) Devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları bakımından niteliği itibarıyla gizli kalması gereken bilgileri açıklayan kimseye beş yıldan on yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) Fiil, savaş zamanında işlenmiş veya Devletin savaş hazırlıklarını veya savaş etkinliğini veya askerî hareketlerini tehlikeye koymuşsa, faile on yıldan on beş yıla kadar hapis cezası verilir.

(3) Fiil, failin taksiri sonucu meydana gelmiş ise birinci fıkrada yazılı olan hâlde, faile altı aydan iki yıla, ikinci fıkrada yazılı hâllerden birinin varlığı hâlinde ise üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası verilir.”

Yukarıda maddeler olarak verilen bu suç tipleri, Türk Ceza Kanununda düzenlenen ve basın yoluyla işlenmesi de mümkün olan suçlardır. Maddelerin koruduğu yararlar ve suçların maddi veya manevi unsurları, yani maddelerle ilgili şerhler ayrı bir konudur.

Basın Kanununda düzenlenen ve sadece yazılı basın açısından düzenlenmiş bulunan suç maddeleri ise şu şekildedir:

### Basın Kanunu'nda Düzenlenen Suç Tipleri

#### Yargıy Etkileme

Madde 19: (1) Hazırlık soruşturmasının başlamasından takipsizlik kararı verilmesine veya kamu davasının açılmasına kadar geçen süre içerisinde, Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme işlemlerinin ve soruşturma ile ilgili diğer belgelerin içeriğini yayımlayan kimse, iki milyar liradan elli milyar liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır. Bu ceza, bölgesel süreli yayınlarda on milyar liradan, yaygın süreli yayınlarda yirmi milyar liradan az olamaz.

(2) Görülmekte olan bir dava kesin kararlar sonuçlanıncaya kadar, bu dava ile ilgili hâkim veya mahkeme işlemleri hakkında mütalaa yayımlayan kişiler hakkında da birinci fıkrada yer alan cezalar uygulanır.

### Cinsel Saldırı, Cinayet ve İntihara Özendirme

Madde 20: Cinsel saldırı, cinayet ve intihar olayları hakkında, haber vermenin sınırlarını aşan ve okuyucuyu bu tür fiillere özendirebilecek nitelikte olan yazı ve resim yayımlayanlar bir milyar liradan yirmi milyar liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır. Bu ceza bölgesel süreli yayınlarda iki milyar liradan, yaygın süreli yayınlarda on milyar liradan az olamaz.

### Kimliğin Açıklanmaması

Madde 21: Süreli yayınlarda;

a) 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununa göre evlenmeleri yasaklanmış olan kimseler arasındaki cinsel ilişkiyle ilgili haberlerde bu kişilerin,

b) 01.03.1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 414, 415, 416, 421, 423, 429, 430, 435 ve 436'ncı maddelerinde yazılı cürümlere ilişkin haberlerde mağdurların, (765 sayılı Türk Ceza Kanununun 414, 415, 416 (Yeni TCK 103: Çocukların cinsel istismarı)—421 (Yeni TCK 103,105: Cinsel taciz)—423 —429, 430 (Yeni TCK 109: Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma)— 435 ve 436 (Yeni TCK 227: Fuhuş) maddelerinde yazılı cürümlere ilişkin haberlerde mağdurların, (Cinsel Suçlar)

c) On sekiz yaşından küçük olan suç faili veya mağdurlarının,

Kimliklerini açıklayacak ya da tanınmalarına yol açacak şekilde yayın yapanlar bir milyar liradan yirmi milyar liraya kadar adli para cezasıyla cezalandırılır. Bu ceza bölgesel süreli yayınlarda iki milyar liradan, yaygın süreli yayınlarda on milyar liradan az olamaz.

### Yeniden Yayım

Madde 24: Bir süreli yayında yayımlanmış haber, yazı ve resimleri kaynak göstermeksizin yeniden yayımlayanlar beş milyar liradan on milyar liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılırlar.

Bu eserleri, yeniden yayım hakkı saklı tutulmuş olmasına rağmen, süreli yayın sahibinin izni olmadan yeniden yayımlayanlar yirmi

milyar liradan kırk milyar liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılırlar.”

Bununla birlikte, Basın Kanununda, süreli yayınlar açısından basınla ilgili düzenleyici hükümlerin yerine getirilmemesi ile ilgili suçlar da bulunmaktadır. Örneğin daha sonra değineceğimiz cevap ve düzeltme [tekzip] metninin mahkeme kararına rağmen yayınlanmaması veya usulüne uygun olarak yayınlanmaması suçu veya yazılı mevkutelerinin zorunlu bilgilerini göstermeme suçları veya yayını durdurulan bir yayının tekrar yayınına devam etmesi suçları bu kapsamdadır.

TCK ve Basın Kanununda aynı suçlara ilişkin maddeler de bulunmaktadır. Örneğin Basın Kanununun 19/1. maddesi soruşturmanın gizliliğinin ihlal edilmesi suçudur. Fakat bu suç Türk Ceza Kanunundaki 285. maddede de benzer şekilde düzenlenmiştir. Her iki madde de soruşturmanın gizliliğinin ihlal edilmesi suçu düzenlenmiş olsa da maddelerin metinleri, maddelerin unsurları farklıdır. Türk Ceza Kanununda, “soruşturmanın gizliliğini ihlal edenler” diyerek bu gizliliğin nasıl ihlal edilebileceği açıkça düzenlenmemişken, Basın Kanununda ise daha ayrıntılı bir düzenleme söz konusudur. Bu gibi durumlarda hangi kanunun uygulanacağı tartışma konusudur. Bu suç nedeniyle özel kanun olan Basın Kanunundaki ilgili madde uygulanması ve buna göre dava açılması gerektiğine dair doktrinde yorumlar yapılsa da uygulamada TCK dikkate alınmakta, davalar TCK’ya göre açılmakta ve sonuçlandırılmaktadır. Bu suç nedeniyle BK’da para cezası öngörülmüşken (erteleme cari değil) TCK’da hapis cezası (ertelenebilir) söz konusudur. Fakat TCK’daki düzenlemede suçun unsurları daha yoruma açık iken veya daraltılabilirken, BK’daki unsurlar daha geniştir.

Bir diğer konu, TCK’da düzenlenmeyip Basın Kanununda düzenlenen ‘kimliğin açıklanması’ suçudur. (BK, madde 21) Buna göre 18 yaşından küçük suç failleri ve mağdurları ile 18 yaşından büyük olsa da cinsel suç mağdurlarının kimliğini açıklamak veya kimliğine ilişkin bilgiler vermek yasaktır. Bu kişilerin isimlerinin açıklanması yasak olduğu gibi fotoğraflarının verilmesi de yasaktır. Bu nedenle süreli yayınlarda görülen kişilerin yüzlerinin bantlanması veya mozaiklenmesi veya

fululanması, ayrıca isimlerinin ve soy isimlerinin rumuzlanması bu sebebe dayanır. Bu maddenin unsuru, olayın bir suç olması ve olayla ilgili [adli] bir soruşturma veya kovuşturmanın var olmasıdır. Bu soruşturma veya kovuşturma sonucunun bir önemi yoktur. Önemli olan konu nedeniyle bir soruşturmaya ve kovuşturmaya başlanılmış veya başlanacak olmasıdır. Bu nedenle örneğin bıçakla yaralanan küçüğün kimliği, olay nedeniyle (büyük ihtimalle) yaralamadan dolayı bir soruşturma başlatılacağından yasaktır. Bu suç işleyen fail de küçükse onun da kimliği açıklanamaz. Fakat örneğin bir arsada açılmış ve üzeri kapatılmamış bir çukura düşerek yaralanan çocuğun kimliğinin açıklanması, eğer olay nedeniyle ilgililere adli bir soruşturma açılmamışsa serbesttir. Uygulamada savcılıklar küçüğün kimliğinin açıklanması durumuna girebilecek yayınlardan dolayı, ilk önce ilgili savcılığa müzekkere yazarak yayında bahsedilen konu ile ilgili bir soruşturma olup olmadığını tespit etmekte, gelen cevaba göre dava açmakta veya kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermektedirler. Bu suç, şikâyete tabi olmayan resen soruşturulabilen bir suçtur.

TCK’daki önemli ve sıkça karşılaşılan maddelerden birisi de 285/son da düzenlenen “damgalama” suçudur. Masumiyet karnesiyle de uyum arzedene bu madde, henüz suçluluğu ispatlanmamış kişilerin suçlu olarak damgalanmasının ve bu şekilde gösterilmesinin önüne geçilmesini öngörür. Bu maddeye göre suçun unsuru, “görüntü”dür. Bir yazıda, eğer şartları varsa hakaret suçunun oluşup oluşmadığı gündeme gelmektedir. Fakat görsel olarak da kişi suçlu imiş gibi gösterilebilir. Ancak, uygulamada ve özellikle Basın özgürlüğü de değerlendirildiğinde —örneğin adliyeden sorgudan çıkan şüphelinin görüntüsü, eli kelepçeli adliyeye polis zoruyla getirilen kişinin görüntüsü, gözaltına alınan kişinin görüntüsü— bu suç kapsamında değerlendirilmez. Zira bu tarz durumlarda haber verme hakkı durumu söz konusudur.

Yukarıdaki sayılan maddeler gereğince, basında yer alan bir haberden dolayı kimin cezai anlamda sorumlu olacağı meselesinde ise; Basın Kanununda cezai mesuliyeti düzen-

leyen 11. maddede cezai sorumluluğun kime ait olacağı belirtilmektedir:

Madde 11: Basılmış eserler yoluyla işlenen suç yayım anında oluşur.

Sürelili yayınlar ve süresiz yayınlar yoluyla işlenen suçlardan eser sahibi sorumludur.

Sürelili yayınlarda eser sahibinin belli olmaması veya yayım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında bulunması nedeniyle Türkiye'de yargılanamaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin hükümle mahkûm olduğu cezaya etki etmemesi hallerinde, sorumlu müdür ve yayım yönetmeni, genel yayım yönetmeni, editör, basın danışmanı gibi sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili sorumlu olur. Ancak bu eserin sorumlu müdürün ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin karşı çıkmasına rağmen yayımlanması halinde, bundan doğan sorumluluk yayımlatana aittir.

Süresiz yayınlarda eser sahibinin belli olmaması veya yayım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında olması nedeniyle Türkiye'de yargılanamaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin hükümle mahkûm olduğu cezaya etki etmemesi hallerinde yayımcı; yayıncının belli olmaması veya basım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında olması nedeniyle Türkiye'de yargılanamaması hallerinde ise basımcı sorumlu olur.

Yukarıdaki hükümler, sürelili yayınlar ve süresiz yayınlar için bu Kanunda aranan şartlara uyulmaksızın yapılan yayınlar hakkında da uygulanır.

Bu maddeye göre kural olarak cezai mesuliyet (basılmış eserlerde) eser sahibindedir. Eser sahibi Basın Kanun anlamında o eseri (yazı, haber, köşe yazısı, yorum vs.) yapan ve yazan kişiyi ifade eder. Yazı kime aitse doğal olarak o yazının cezai anlamda mesuliyeti, yani yazıda bulunan suç unsurları o kişiye aittir. Zaten bu, genel olarak ceza hukukunun temel yapısıyla da uyum içindedir. Fiili işleyen kişi, failin kendisidir.

Dikkat edilecek olursa bu madde, sürelili veya süresiz yayınlardaki yayınlara ilişkin suçlarla ilgili bir maddedir. Belli aralıklarla yayımlanan gazete, dergi gibi basılmış eserler ile belli aralıklarla yayımlanmayan kitap, armağan gibi basılmış eserleri kapsamaktadır. Bu ne-

denle örneğin bir gazetede yer alan yazı veya bir dergide yer alan makale vs. kime aitse o kişi cezai olarak sorumludur. Fakat bazen basılmış bir eserde bir eserin sahibi belli olmayabilmektedir. Örneğin bir gazete haberinin altında o haberi kimin yaptığı anlamına gelen hiçbir isim yazmamaktadır. Bu gibi durumlarda cezai mesuliyet sorumlu müdür ile sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkiliye ait olmaktadır. Yani basılı bir eserde eserin sahibi belli değilse artık o eserden dolayı sorumlu (yazı işleri) müdürü ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili sorumlu olacaktır. Bu, her ne kadar fail ceza hukuku prensibi ile çelişiyor gözükse de mecburi bir duruma dayanmaktadır. Zira aksi durumda, eseri meydana getiren kişinin tespit edilememesi hali büyük oranda karşımıza çıkmaktadır.

Eseri kimin yazdığına dair maddi hiçbir delil elde edilememesi durumunda, ulusal bir gazetede yayınlanan bir haberi bile kimin hazırladığı tespit edilememektedir. İşte bu nedenlerle kanunkoyucu, eser sahibinin belli olmaması durumunda eser sahibini, sorumlu müdür ve onun bağlı olduğu yetkili olarak kabul etmektedir. Keza sorumlu müdür, tüm yazıların kontrolünü, denetimini yapan, yazıları hukuki anlamda yayına hazırlamakla sorumlu, bağlı olduğu yetkili ise sorumlu müdürün direktifleri doğrultusunda gazeteye yön veren üst düzey yetkili kişidir. Bu nedenle kanunkoyucu eser sahibinin olmadığı durumlarda, o eserin yayımına izin veren sorumlu müdürü ve yetkilisini sorumlu olarak almaktadır.

Netice olarak basılmış bir eserde, suç unsuru taşıyan bir yazıda, bu suçun sorumlusu eğer eser sahibi belli ise bu kişi, değil ise sorumlu müdür ve onun bağlı olduğu yetkilidir. Sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili ise kanunda tam olarak tanımlanmamıştır. Örnekler verilerek gösterilmiştir. Genel yayım yönetmeni, yayım danışmanı, editör vs. olabileceği düzenlenmiştir. Teorik olarak sorumlu müdürün görüş ve önerilerini ilettiği, muhatap olduğu kişi sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilidir.

Uygulamada günlük sürelili mevkuteler, bağlı buldukları basın savcılığına bu kişinin isim ve kimlik bilgilerini daha önceden bildirmektedirler. Sorumlu müdürün bağlı olduğu

yetkilinin kim olduğunu önceden açıklamış olabilmektedirler. Bu durumda sahibi belli olmayan bir eser nedeniyle açılan ceza davaları sorumlu müdür ile daha önceden savcılığa bildirilen sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkiliye karşı açılmaktadır. Zaten savcılık sorumluları re'sen tespit etmek durumunda olduğu için suç duyurusunda sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili yazılması yeterlidir. Ayrı olarak isminin yazılması zorunluluğu yoktur. Sorumlu müdür, künyede yazmak zorunda olduğu halde, yani bildirilmesi zorunlu olduğu halde, onun bağlı olduğu yetkilinin künyeye yazılması yükümlülüğu yoktur. Öncesinde bu kişinin mevkute tarafından ilgili savcılığa bu şekilde bildirilmemiş olması halinde, cezai sorumluluk sorumlu müdür ile onun bağlı olduğu kişinin tespit edilmesi, bu konumda olabilecek kişilerin ifadeye çağrılmaları sonucu, eğer kendilerinin bu kişi olmadıkları beyanı olur ise en üst düzey yetkilinin (genel yayın yönetmeni) sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili oldukları sonucuna varılır.

Eser sahibinin gösterilmesi, zorunlu bilgilerden değildir. O nedenle basılmış eserdeki bir eserin sahibi belli olmayabilir. İşte bu nedendir ki bu durumlarda sorumlu müdürün ve bağlı olduğu yetkilinin sorumluluğuna gidilir. Fakat eserde eser sahibi olarak görünen kişi, o eserde hiç alakalı olmadığını, böyle bir eseri hazırlamadığını beyan ederse bu durumda araştırılması, eser sahibinin kim olduğunun tespit edilmesi gerekir. Bu durumda uygulamada çokça karşılaşılr. Eser sahibinin hazırlayıp yazı işlerine gönderdiği bir yazı/haber, yazı işleri tarafından bazı yerleri değiştirilerek yayına hazırlanır. Bu durumda haberin cezai sorumluluğu, haberi gönderdiği hali üzerinden eser sahibine, değiştirilmiş bölümler açısından da sorumlu müdür ve bağlı olduğu yetkiliye aittir.

Basılmış eserler yoluyla işlenen suçların davalarının soruşturmalarının sonuçlandırılma süresi, günlük süreli yayınlar yönünden 2 ay, diğer yayınlar için 4 aydır. Örneğin bir günlük süreli gazetede (yerel veya ulusal fark etmez) bir yayının nedeniyle 2 ay içinde soruşturmanın bitmiş olması ve davanın açılmış olması gerekir. Bu iki ay dava zamanaşımı süresidir. Uzaması veya kesilmesi söz konusu değildir. Bu süre basına getirilen çok önemli bir kolaylıktır. Bu nedenle basında çıkan bir haber

nedeniyle suç duyurusu gecikmeli olarak verilirse muhtemelen soruşturma tamamlanamayacak ve dava açılmayacaktır. Bu hükmün bir diğer sonucu da bu suçlarla ilgili gerekli ve yeterli soruşturma yapılmadan dava açılması cihetine gidilmesidir. Şüphelinin gösterdiği delillerin çoğu toplanmadan, tanık anlatımları alınmadan, sadece şikâyet konusu haber incelenerek, hatta zaman zaman şüphelinin ifadesi dahi alınmadan dava açılmaktadır. Fakat şikâyete tabi olan suçlarda şikâyet dilekçesi yazının üzerinden 2 ay geçtikten sonra yapılırsa doğrudan kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmelidir.

Basın Kanununda her ne kadar cezai mesuliyet maddesiyle eser sahibinin cezai sorumluluk sahibi olduğu öngörülse de Kanunun ilerleyen kısımlarında sistem bozulmaktadır. Bazı suçlar için kanun "yapımcı" veya "yayımcı", "yayınlayan", "yayımlayan" da sorumlu gibi ifadeler kullanmaktadır. Bu yayımcı veya yayınlayan gibi kavramlar her ne kadar kanunun baş kısmında açıklansa da suç tipleri kısmında kullanılan bu kavramlar sistematığe uymamaktadır. Bu nedenle basın kanununda düzenlenen bazı suçlarda eser sahibi belli olsa bile, yine bu kanunun kavram karmaşası nedeniyle uygulamada hem eser sahibine hem sorumlu müdüre hem de bağlı olduğu yetkiliye birden dava açılmaktadır. Bu konuda bir yeknesaklık da bulunmamaktadır.

Basın suçlarının çoğu para cezasını öngörmektedir. Basın Kanununda öngörülen suçlardan dolayı açılan davalarda, hükmedilen hiçbir para cezası, ödenmediği takdirde hürriyeti bağlayıcı cezaya çevrilemez. Basın Kanunda düzenlenen suç tiplerinde öngörülen ceza, para cezası olduğu için açılan soruşturmalarda şüpheliye önce "ön ödeme" gönderilir. Suçun alt sınırı olan para cezasını ödeyebileceği ve bu şekilde davanın açılmayacağı bildirilir. Uygulamada bu önerinin kabul edilme oranı %1'lerdedir. Zira alt sınır da olsa öngörülen para cezaları miktarı fazladır. Ayrıca suçun işlenip işlenmediği takdire açık olduğundan da sanığın beraat etme ihtimali de bulunmaktadır. Sorumlu müdürün yargılandığı dava sonucu, sorumlu müdüre verilen para cezasından yayın sahibi şirketin yönetim kurulu başkanı da müştereken sorumludur, ancak cezai mesuliyeti yoktur. Fakat verilen para cezasının ödenmesinden sorumludur. Bu

düzenleme, sorumlu müdürlerin malvarlığını kaçırma veya bu konudaki kötü niyet ihtimalini bertaraf etmekte, para cezasının hürriyeti bağlayıcı cezaya çevrilmesi hükmünün suiistimalini önlemektedir. Ayrıca Basın Kanunu gereğince açılan davalarda, hükmedilebilecek ceza, sadece para cezasını öngördüğü için de CMK gereği sanığın mahkemece ifadesinin alınması da zorunlu değildir.

## HUKUK BÖLÜMÜ

Bu bölümde, basın ve yayın yoluyla yapılan fiillerden dolayı oluşan hukuki mesuliyeti, açılacak davaları göreceğiz. Bu konu geniş bir konu olmasına rağmen biz genel olarak burada sadece yayınların hukuki sorumluluğunu ve bu konuda en çok karşılaşılan dava olan “kişilik haklarına saldırıdan kaynaklanan tazminat davaları”nı göreceğiz.

### Hukuki Mesuliyet

Basılmış eserler yoluyla işlenen fiillerden dolayı oluşan hukuki mesuliyet Basın Kanununun 13. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir:

Madde 13: Basılmış eserler yoluyla işlenen fiillerden doğan maddi ve manevi zararlardan dolayı süreli yayınlarda, eser sahibi ile yayın sahibi ve varsa temsilcisi, süresiz yayınlarda ise eser sahibi ile yayımcı, yayımcının belli olmaması halinde ise basımcı müştereken ve müteselsilen sorumludur.

Bu hüküm, süreli veya süreli olmayan yayınlarda yayın sahibi, marka veya lisans sahibi, kiralayan, işleten veya herhangi bir sıfatla yayımlayan, yayımcı gibi hareket eden gerçek veya tüzel kişiler hakkında da uygulanır. Tüzel kişi şirketse, anonim şirketlerde yönetim kurulu başkanı, diğer şirketlerde en üst yönetici, şirket ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur.

Zararı doğuran fiilin işlenmesinden sonra yayının her ne surette olursa olsun devredilmesi, başka bir yayınlara birleştirilmesi veya sahibi olan gerçek veya tüzel kişinin herhangi bir surette değişmesi halinde, yayını devir alan, birleşen ve her ne surette olursa olsun yayın sahibi gibi hareket eden gerçek ve tüzel kişiler ve anonim şirketlerde yönetim kurulu başkanı, diğer şirketlerde üst yönetici, bu fiil nede-

niyle hükmedilecek tazminattan birinci ve ikinci fıkrada sayılanlarla birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur.

Madde açık olmakla beraber bazı hususlara işaret etmekte fayda vardır. Gerek süreli, gerekse süresiz yayınlarda sorumlu müdürlerin veya yazı işleri müdürlerinin (eser sahibi olmamaları kaydıyla) herhangi bir hukuki mesuliyeti bulunmamaktadır.

Ulusal çapta yayın yapan yaygın süreli bir gazetede bir yayının hakkında kimlerin hukuken sorumlu olduklarını yukarıdaki madde ışığında şöyle sıralayabiliriz. İlk olarak eseri yapan kişi o eserden dolayı sorumludur. Eser sahibi, muhabir, köşe yazarı, editör olabileceği gibi bir başka kişi de olabilir. Gazete haberlerinde haberlerin altında veya üstünde yazan kişi haberi yapan kişi, eser sahibi olarak kabul edilir ve haberin hukuki sorumluluğunu üstlenirler. İkincisi, bu gazetenin sahibi olan kişi (gerçek veya tüzel) de yayınlardan dolayı hukuken sorumludur. Yayın sahibine imtiyaz sahibi de denir. Fakat eğer yayının sahibi bir tüzel kişi ise, bu şirket bir anonim şirket ise bu şirketin yönetim kurulu başkanı, eğer şirket anonim şirket değilse bu şirketin en üst düzey yönetici (genel müdür vs.) de yayınlardan dolayı hukuken sorumludur. Yayının sahibinin kim olduğu ise künyede belirtilir. Künye yoksa veya bu durum belirtilmiyorsa bu Basın Kanununda düzenlenen ayrı bir suça girmektedir. Zorunlu bilgileri göstermeme suçunu oluşturur. Bu nedenle her yayında bir künye bulunur ve künyede hangi hususların açıklanacağı da Basın Kanununda açıkça düzenlenmiştir. Bunların olmaması bir suçtur.

Maddeye göre, yayınlardan dolayı sorumlu olan bir diğer kişi, yayın sahibinin temsilcisidir. Kanun burada “ve varsa” diyerek yayın sahibi temsilcisinin olmayabileceğini de öngörmektedir. Buradaki yayın sahibi temsilcisi, ticaret hukukundaki temsilciden farklıdır. Yayın sahibi olan gerçek kişinin veya tüzel kişinin bir temsilcisi olabilir. Bu, künyede belirtilebilir. Künyede yayın sahibinin temsilcisi açıkça yazıyorsa bu kişinin kim olduğu anlaşılabilir olur ve yayınlardan dolayı hukuken sorumdur. Açılacak davalar bu kişiye karşı da yöneltilir. Fakat yayın sahibi temsilcisinin kim olduğu künyede yazmaya-



bilir. Ancak Basın Kanunu gereğince her mevkutenin yayını çıkartmadan önce bulunduğu yerdeki basından sorumlu savcılığa verdiği mevkute beyannamesinde eğer varsa yayın sahibinin temsilcisi yazmak durumundadır.

Bu kayıtlar açık olduğu için mevkutenin bağlı bulunduğu yer cumhuriyet savcılığından yayın sahibinin temsilcisinin kim olduğu (eğer künyede yazmıyorsa) sorulabilir. Hatta yayın sahibi eğer tüzel kişi ise, kanuna göre savcılığa verilecek beyanname, bu tüzel kişinin temsilcisi tarafından da imzalanır. Bu nedenle eğer bir yayının sahibi tüzel kişi ise, bu yayının sahibinin temsilcisi de (tüzel kişi temsilcisi) bulunmaktadır. Savcılığa verilen mevkute beyannamesinde yayın sahibi şirket adına beyannameyi imzalayan kişi yayın sahibinin temsilcisidir. Bu beyanname iki kişi tarafından imzalanır ve savcılığa verilir. Bunlar, yayının sorumlu müdürü ile yayın sahibi veya yayının sahibinin temsilcisidir.

Burada eser sahibinin belli olmadığı durumlar olabilir mi şeklinde soru akla gelmektedir. Evet, eser sahibinin belli olmadığı durumlar olabilir. Basılmış bir yayındaki haberde veya herhangi bir yazıda eser sahibi, —o yazıyı yazan kişi— belirtilmeyebilir. Yani eser sahibinin belli olmadığı durumlar olabilir. Bu gibi hallerde cezai mesuliyetin nasıl olduğunu yukarıda gördük. Sorumlu müdür ve onun bağlı olduğu yetkili, bu eser sahibi belli olmayan yazıdan doğrudan cezai anlamda sorumludur. Fakat hukuken böyle bir durum yoktur. Yani eser sahibi belli değil ise eser sahibi olarak hukuken sorumlu kişiler yoktur demektir. Bu durumda yayının sahibi ve diğer sorumlu olan kişiler sorumluluğu üstlenir.

Kural olarak hukuki sorumluluk taşıyan son kişi ise yayın sahibi bir anonim şirket ise bunun yönetim kurulu başkanı, başka şekilde bir şirket ise de bunun en üst düzey yetkilisidir. Bu kişinin kim olduğunu ticaret sicil kayıtlarından bakmakta fayda vardır. Künyede açıkça yayın sahibi olan şirketin yönetim kurulu başkanı yazmayabilir. Şirketin sembolik veya fahri veya onursal başkanı yazabilir. Bu kişinin aynı zamanda yönetim kurulu başkanı olması gerekmektedir.

Bu açıklamalar ışığında, örneğin ulusal ve günlük gazetelerin künyesinde geçen “imtiyaz

sahibi: ... Gazetecilik AŞ. adına Ali Ak” şeklindeki ifadeden yayının sahibinin “...Gazetecilik AŞ.” olduğu anlaşılır ve davalarda hasım olarak bu şirket gösterilir. Diğer gerçek kişi açısından durum ise, ticaret siciline bakılır, eğer o kişi bu şirketin yönetim kurulu başkanı ise bu kişiye karşı da husumet yöneltilir.

Sorumlu müdürün (eser sahibi veya temsilci olması saklı) hukuki sorumluluğu yoktur. Sorumlu müdürün de hukuken sorumlu olduğuna dair Yargıtay kararları ise eski Basın Kanunu dönemine aittir. Eski kanunda sorumlu müdür de sorumlu idi. Fakat bu kural değişmiştir. Bunun dışında eğer bir şirket künyede yazdığı gibi yani aynen “Gazetecilik AŞ. adına Ali Ak” şeklinde dava edilirse husumet sadece şirket tüzel kişiliğine yöneltilmiş sayılır. ‘adına’ diye devam eden gerçek kişiye husumet yöneltilmemiş demektir. Yargıtay kararları bu yöndedir.

Şimdi bu konudaki davaları ve kanun maddelerini görelim. Hukuk davalarından kastımız, basın yolu ile kişilik haklarına hukuka aykırı saldırıdan kaynaklanan maddi veya manevi tazminat davaları gibi davalardır. Burada üzerinde duracağımız davalar sadece bunlardır. Bu davalar Medeni Kanunun ve Borçlar Kanununun ilgili hükümlerine dayanmaktadır.

Bu maddeler şu şekildedir:

## **I. Saldırıya Karşı**

### **1. İlke**

Madde 24: Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir.

Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.

### **2. Davalar**

Madde 25: Davacı, hâkimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir.

Davacı bunlarla birlikte, düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması isteminde de bulunabilir.

Davacının, maddi ve manevi tazminat istemleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekâletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkı saklıdır.

Manevi tazminat istemi, karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez; miras bırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçmez.

-

Davacı, kişilik haklarının korunması için kendi yerleşim yeri veya davalının yerleşim yeri mahkemesinde dava açabilir.

### 3. Şahsi Menfaatlerin Haleldar Olması

Madde 49: (Değişik madde: 04/05/1988 - 3444/8. madde)

Şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dava edebilir.

Hâkim, manevi tazminatın miktarını tayin ederken, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate alır.

Hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir tazmin sureti ikame veya ilave edebileceği gibi tecavüzü kınayan bir karar vermekle yetinebilir ve bu kararın basın yolu ile ilanına da hükmedebilir.”

Bu maddeler gereğince basın yolu ile kişilik haklarına saldırılan taraf, manevi zararının karşılanmasını veya şartları varsa maddi zararının karşılanmasını isteyebilir. Bu, en genel anlamda bir haksız fiil sorumluluğudur. Zira basın yolu ile işlenen bir fiil bulunmaktadır. Genel olarak haber hukuka uygun ise tazminata hükmedilmez, haber hukuka uygun değilse tazminata hükmedilir. Bir yayının hukuka uygunluk kriterlerini aşağıda göreceğiz. Öncesinde yetki konusunu ele alalım

Bu davalarda kural olarak (genel yetki kuralı) davalının yerleşim yeri mahkemesi yetkilidir. Öte yandan MK25/son gereği davacının ikametgâhı da yetkilidir. Bu, kişilik haklarının ihlaline dayanan tartışmasız tüm davalar için geçerlidir. Hem davalının hem davacının ikametgâhı yetkilidir. Öte yandan “haksız fiil yetki kuralı gereği”, yayının dağıtıldığı tüm yerler de yetkilidir. Bu nedenle örneğin ulusal bir gazetede ki yayın nedeniyle tüm Türkiye

yetkili olabilmektedir. Fakat kişinin yetkiyi seçerken kötü niyetli olmaması gerekir. Örneğin kişi Ankara da ikamet ediyor, gazetenin merkezi İstanbul ve tüm Türkiye'ye ulaşıyor ise kişinin davayı Ankara veya İstanbul'da açması mantıklı iken, örneğin bu davayı haksız fiilin işlendiği yer yetki kuralına dayanarak Hakkari'de açması (diğer şartları da varsa) kötü niyet olarak değerlendirilebilir. Fakat örneğin İstanbul'da hemen tüm mahkemelerde bu davayı açabilecektir. Bu durum kötü niyet olarak (ispat edilmediği sürece) algılanamaz. Her ne kadar bazı yerel mahkemeler ulusal bir gazete hakkında açılan davanın davacının veya davalının yerleşim yerinde açılmadığı durumlarda yetkisizlik kararı verse de bu kararlar Yargıtay'ca bozulmaktadır.

### Yayının Hukuka Uygunluk Şartları

Bir yayın bu hukuka uygunluk sebeplerinden aynı anda hepsine birden sahip olmalıdır. Birisi açısından bulunan bir eksiklik yayını hukuka aykırı hale getirir. Bu şartların sınırı ve çerçevesi içtihatlarla belirlenmiştir. Kanunda bu konuda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Şimdi bir yayının hukuka uygun olması için gereken şartları Yargıtay içtihatlarıyla belirlediği şekilde görelim:

### Güncellik

Yayın, sığağı sığağına, habere ulaşılır ulaşılmaz verilmelidir. Üzerinden zaman geçen, ortaya daha önce çıkmış bir olayın haberi daha sonra verilemez. Bu kural, basında “haber çekmeceye koyulmaz” şeklinde adlandırılır. Yayın, tamamen güncel olmalıdır. Öte yandan bir kişi hakkındaki güncel bir gelişme, o kişi hakkındaki daha önceki haberlerin/olayların hatırlatılmasını meşru kılabilir. Bu nedenle eski olaylar da yeni bir gelişmeyle tekrar duyurulması durumunda güncel hale gelir. Bir haberin verilmesinde birkaç günlük gecikme duruma göre güncelliğin yitirilmesi olarak değerlendirilmeyebilir. Burada, objektif bir kriter söz konusudur. Haber, makul süre içinde yayına hazırlanmalı ve bekletilmeden verilmelidir.

### Gerçeklik

Bir haber, özü itibariyle doğru ve gerçek olmalıdır. Gerçeğe aykırı bir husus olmamalıdır. Fakat bu gerçeklik basında biraz daha farklı bir görünüm arzeder. Basının sorumlu olduğu gerçeklik "görünen gerçeklik"tir. Görünen gerçeklik, maddi ve kesin gerçeklikten farklıdır. Basın, o an için bilinen ve orta düzeydeki kişilerce kabul edilen gerçeklik temeli üzerinde haber yapabilir. Yani henüz tam olarak hakikatin bilinmediği hallerde maddi gerçeğin özünün ortaya çıkmasını bekleyeceği gibi basın kuruluşunun böyle bir arayışı da söz konusu değildir. Görünen gerçeklik, o an, yani haberin yayınlanma tarihi itibariyle haberin verilmiş biçimiyle gerçek olmasını ifade eder. Örneğin bir haberde "rüşvet aldığı iddia ediliyor" ifadesi var ise bu bilginin doğru olması gerçekten de böyle bir iddianın varlığının ispatlanmasına bağlıdır. Yoksa bu iddianın gerçekten de doğru olup olmadığı önemli değildir. Fakat bu iddianın, ciddi ve güçlü bir iddia olduğunun da ispatlanması gerekmektedir. Yani haberin verilmiş biçimi çok önemlidir.

Somut gerçek veya görünen gerçek, tam olarak ne olduğunun ortaya çıkarıldığı gerçektir. Örneğin ceza mahkemesi maddi [somut] gerçeği aramaktadır. İcra mahkemesi ise şekli gerçeği aramaktadır. Hukuk mahkemesi ise şekilde karışık olarak maddi gerçekliği aramaktadır. Bu gerçeklik kriterleri arasında basın ise "görünen gerçeklik"le sorumludur.

Görünen gerçeklik kriterinin çerçevesi, Yargıtay kararları ile çizilmiştir. Bu konuda Yargıtay kararları önemlidir. Gerçeklik, yayının hukuka uygunluk şartlarından en önemlisini oluşturur. Bu nedenle bu kriterin daha da anlaşılması için Yargıtay kararlarını incelemek önem taşımaktadır. Bu Yargıtay kararlarından önemlileri aşağıda sıralanmaktadır:

"... Gerek yazılı ve gerekse görsel basın somut gerçeği değil, o anda belirlenen ve var olan ve orta düzeydeki kişilerce de yayının yapıldığı biçimi ile kabul edilen olguları yayınlamalıdır. O anda ve görünürde var olup da sonradan, gerçek olmadığı anlaşılan olayların ve olguların yayınından basın sorumlu tutulmamalıdır." (YHGK, Müstekar)

"Basın objektif sınırlar içinde kalmak suretiyle olay ve konu ile ilgili olan, görünen, bilinen her şeyi araştırıp olayları olduğu biçimi ile ya-

yımlamalıdır. Buradaki gerçeklik somut gerçeklik olarak değil, o anda belirlenen ve var olan olayın haberin yapıldığı andaki belirli biçimine uygunluk şeklinde anlaşılmalıdır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2001/4-1000 K. 2002/25 T. 30.1.2002

"... O an için o olay veya konu ile ilgili olan, görünen bilinen her şeyi araştırmak, incelemek ve olayları olduğu biçimi ile yayınlamalıdır. Bu işlevi ile gerek yazılı ve gerekse görsel basın, somut gerçeği değil, o anda belirlenen ve var olan ve orta düzeydeki kişilerce de yayının yapıldığı biçimi ile kabul edilen olguları yayınlamalıdır. O anda ve görünürde var olup da sonradan, gerçek olmadığı anlaşılan olayların ve olguların yayınından basın sorumlu tutulmamalıdır." Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2006/4-540 K. 2006/601 T. 27.9.2006

"... Yayının görünürdeki gerçeğe uygun olduğu anlaşılmalıdır. Burada söz konusu edilen görünürdeki gerçekliği, somut gerçeklik olarak değil; olayın, haberin verildiği andaki belirli biçimine uygunluk olarak anlamak gerekir. Haber yapıldığından sonra ortaya çıkan durumun (salt gerçekliğin) farklı oluşu, basının sorumlu tutulmasını gerektirmez." Yargıtay 4. Hukuk dairesi E. 2004/8482 K. 2005/1908 T. 28.2.2005

"... Gazetecilik hakkının sınırlarından ilkinin ve belki de en önemlisini oluşturan gerçeklik, haberin ve bir olaya dayanan eleştiride olayın gerçeğe uygun olmasını ifade eder. Ancak buradaki gerçekliğin somut gerçeğe değil olayın haberin verildiği andaki belirli biçimine uygunluk şeklinde anlaşılması gerekir. Yayının ancak olayın maddi gerçekliği saptandıktan sonra verilebileceği kabul edilecek olursa haber vermek hakkı sınırlandırılmış olur." Yargıtay 4. Hukuk dairesi E. 2004/15608 K. 2005/12339 T. 17.11.2005

"... Yayının, ancak olayın maddi gerçekliği saptandıktan sonra verilebileceği kabul edilecek olursa, haber verme hakkı sınırlandırılmış olur. Çünkü maddi gerçeğin ortaya çıkarılması zaman alır. Gazeteci, maddi gerçeği araştırmak ve ortaya çıkarmak göreviyle yükümlü değildir." Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2002/4-480 K. 2002/519T. 12.6.2002

"... Gerçeklik olayın varlığının gerçek olması anlamına gelir. Yayının ancak olayın maddi gerçekliği saptandıktan sonra verilebileceği kabul edilecek olursa, haber verme hakkı sınırlandırılmış olur. Gazeteci maddi gerçeği araştırmak ve ortaya çıkarmakla yükümlü değildir. O nedenle yayının habercilik ilkelerine uygun olduğunun kabulü ile davanın redded-

dilmesi gerekirken, kısmen de olsa kabul edilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.” (4. HD.22.05.01-1638/5360)

“Basının sorumluluğu görünen gerçeklikle sınırlı olup, gazeteciden bir Cumhuriyet Savcısı gibi olayı tüm yönleriyle araştırması, kesinleşen bir mahkeme kararından sonra haber yapması beklenemez. Haberin kesinleşen bir mahkeme kararından sonra verilebileceği kabul edilirse, bu durumda da haberin güncel olmadığı iddia edilecektir.” Yargıtay 4. HD. 03.02.1983 11527-1087

Basın maddi gerçeği araştırıp bulduktan sonra yayımlamak zorunda olmadığından, olayın görünen gerçekliğe uygunluğunun kanıtlanması basını sorumluluktan kurtaracak bir olgudur. Şu durumda, istemin tümünden reddedilmemiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir. Yargıtay 4. Hukuk dairesi E. 2003/2507 K. 2003/7042 T. 13.5.2004”

### Özle Biçim Arası Denge (Sergilenişin Dengeli Oluşu)

Bu, esasında “biçimsel” de bir koşuldur. Yayın içerisinde kişilik haklarına saldıran bir kelimenin olmamasını, yayının üslubunun hukuka uygun, sergilenişinin dengeli olmasını ifade eder. İçerik ile biçim birbiriyle uyumlu olmalı, kullanılan kelimeler içerikte anlatılan olay açısından normal karşılanacak kelimeler olmalıdır. Bu ilke, ifade edilmek istenen konunun, onu ifadede kullanılan araç ile uyumluluğunu ifade eder. Yayında eleştiri hakkı kullanılabilir ama bu eleştiri ölçüyü kaçırırsa (ki ölçüyü kaçırma içerik ile beraber değerlendirilir) yayının sergilenişi dengeyi yitirir.

Bu anlamda, eleştirilen kişinin konumu ve mevkii de önem taşır. Kamu görevlileri, üst düzey yetkililer, toplumda tanınan kişiler eleştiriye daha açık olmalıdırlar. Bu anlamda bu kişiler açısından öz ve biçim arası denge kriteri daha geniş, esnek değerlendirilir. Veya sanatçılar, politikacılar, velhasıl toplumun bir şekilde tanıdığı kişiler bu gruba dâhildir. Yani özle biçim arası dengenin aşılmayıp aşılmadığı açısından kişinin konumu, konunun önemi dikkate alınır

### Kamusal Yarar (Toplumsal İlgı)

Yayın, kamusal yarar doğrultusunda yapılmalıdır. Yayınlanmasında hiçbir yarar bulunmayan, hiçbir amacı olmayan yayınlar kamusal yarara uygun yayınlar değildir. Fakat bu kriter bu açıdan geniş değerlendirilir. Halkın haber alma ihtiyacı doğrultusunda okumak isteyeceği yayınlarda toplumsal yarar bulunmaktadır. Magazin haberlerine, spor haberlerine karşı bu açıdan toplumsal ilgi bulunabilir. Bu ilkenin ilk görünümü bu şekilde, “toplumsal ilgi” anlamındadır. Yani verilen bir haberi halkın bilmek istemesi ve haber değeri oluşu anlamında kullanılır.

Bu ilkenin diğer bir görünümü ise, “üstün kamusal yarar” durumudur. Bazı durumlarda bir yayın bazı noktalar itibarıyla hukuka aykırı gözükse de yayında üstün bir kamu yararının bulunduğu hallerde basın özgürlüğüne üstünlük tanınır. Bu durumlarda kişilik hakları ile kamu yararı ilkesi çatışır ve tercih kamu yararından yana kullanılır. Fakat bu durum, yayında ciddi manada kamusal yarar olması durumuna bağlıdır. Bu durumlarda kamu yararı düşüncesi, kişilik haklarına karşı tercih edilir.

Bu ilkeler genel olarak yayınların hukuka uygunluk şartlarıdır. Fakat ifade hürriyeti, basın özgürlüğü, halkın haber alma hürriyeti ve basının haber verme hakkı gibi kavramlar da yayınların hukukilik denetimi açısından önemlidir. Basın özgürlüğü anayasal güvence altındadır. Bu noktada basının sert eleştirilerde bulunabileceği gözetilmelidir. Bununla birlikte basın yukarıdaki sınırlar çerçevesinde kışkırtma ve abartmaya dahi başvurabilecektir.

Yayının hukuka uygunluk şartları yukarıda anlatıldığı gibidir. Bununla birlikte “eleştiriler”de esas olarak bu ilkeler geçerlidir. Yani eleştiri de gerçek bir olay veya olgudan yola çıkarak yapılmalı, eleştirinin kabul ettiği maddi olguların varlığı doğru olmalı, konunun önemi ve yapılan işleme göre yapılan eleştiri dozajı uyumlu olmalı (özle biçim arası denge)dir. Farklı olan ise eleştirilerde AİHM’nin verdiği kararlar ve ifade özgürlüğüne dair gelişmelerdir.

Yukarıdaki ilkelerden başka, yayının hukuka uygunluk şartlarından olan diğer yan ilkeler de bulunmaktadır. Bunlardan biri, “karşılıklılık”, [mütekabiliyet] ilkesidir. Yayın yoluyla taraflar arasında karşılıklı bir “atışma” varsa yayın

yoluyla hukuka aykırı şekilde kişilik haklarına saldırılırsa ve karşı taraf da aynı şekilde buna cevap verirse duruma göre bu yayınlardan dolayı tazminat verilmeyebilir. Bunun uzantısı olarak, kişi yaptığı haksız ve kusurlu hareketlerle kendisine yapılacak sert eleştirilere davetiye çıkarmışsa, kendisine karşı yapılacak yayınlara sebebiyet vermişse bu durum da değerlendirilir.

Bir diğer ilke, “yansıma yoluyla manevi tazminatın genişletilemeyeceği” ilkesidir. Buna göre, bir yayından doğrudan doğruya zarar gören kişi tazminata hak kazanır. Kişinin kişilik haklarına yapılan saldırıdan dolayı saldırıya uğrayan kişinin yakınları, kural olarak dava açamazlar. Zira manevi tazminat isteme hakkı, doğrudan saldırıya uğrayan kişiye tanınan bir haktır. Ayrıca kişilik hakları, şahsa sıkı sıkı bağlı olan haklardan olduğu için mümeyyiz küçüklere karşı yapılan manevi saldırılarda doktrinde doğrudan mümeyyiz küçüklerin dava açabileceği görüşü hâkim olduğundan; mümeyyiz küçüklerin bu konuda açacakları davalarda hem küçüğün velisinin, hem de küçüğün imza ve onayı doktrinindeki itirazları bertaraf edecektir.

Ayrıca daha önce de değinildiği gibi, “ta-rafların konumu ve mevkii” de önemlidir. Siyasi kişilerin, politikacıların, üst düzey kamu görevlilerin eleştiriyeye daha anlayışlı olma zorunluluğu bulunmaktadır. Bunun yanında sanatçıların, magazin basınının önde gelen şahsiyetlerinin magazin haberlerine karşı daha anlayışlı olma mecburiyetleri bulunmaktadır. Bu veya buna benzer durumlar tamamen bir yazıyı hukuka uygun hale getirmeyen fakat yayındaki bazı aşırılıkları tolere edebilecek durumlardır.

Bir diğer husus, “yayında değinilen konunun önemi”dir. Konunun kamusal yarar taşıyan boyutu olması durumunda yayın lehine, yani basın özgürlüğü lehine yorum yapılmaya çalışılır. Tüm ilkelerden sonra, her yayın kendi somut ve özgün duruma göre değerlendirilmelidir.

Basın yolu ile kişilik haklarına saldırıdan kaynaklanan tazminat davalarını kısaca gördükten sonra bir başka önemli kurum olan tekzip kurumunu irdeleyelim:

## Tekzip (Cevap ve Düzeltme) Müessesesi

Tekzip, basılmış eserlerdeki gerçeğe aykırı bilgilerin veya kişilerin onur ve şereflerine saldırıan ifadelere karşı cevap verme hakkını içerir. Tekzip Basın Kanununun 14. maddesinde düzenlenmiştir. Madde metni şu şekildedir:

### Düzeltme ve Cevap

Madde 14: Süreli yayınlarda kişilerin şeref ve haysiyetini ihlal edici veya kişilerle ilgili gerçeğe aykırı yayım yapılması halinde, bundan zarar gören kişinin yayım tarihinden itibaren iki ay içinde göndereceği suç unsuru içermeyen, üçüncü kişilerin hukuken korunan menfaatlerine aykırı olmayan düzeltme ve cevap yazısını; sorumlu müdür hiçbir düzeltme ve ekleme yapmaksızın, günlük süreli yayınlarda yazıyı aldığı tarihten itibaren en geç üç gün içinde, diğer süreli yayınlarda yazıyı aldığı tarihten itibaren üç günden sonraki ilk nüshada, ilgili yayının yer aldığı sayfa ve sütunlarda, aynı puntolarla ve aynı şekilde yayımlamak zorundadır.”

Düzeltilme ve cevapta, buna neden olan eser belirtilir. Düzeltme ve cevap, ilgili yazıdan uzun olamaz. Düzeltme ve cevaba neden olan eserin yirmi satırdan az yazı veya resim veya karikatür olması hallerinde düzeltme ve cevap otuz satırı geçemez.

Süreli yayının birden fazla yerde basılması halinde, düzeltme ve cevap yazısı, düzeltme ve cevap hakkının kullanılmasına sebebiyet veren eserin yayımlandığı bütün baskılarda yayımlanır.

Düzeltilme ve cevabın birinci fıkrada belirlenen süreler içinde yayımlanmaması halinde yayım için tanınan sürenin bitiminden itibaren, birinci fıkraya hükümlerine aykırı şekilde yayımlanması halinde ise yayım tarihinden itibaren on beş gün içinde cevap ve düzeltme talep eden kişi, bulunduğu yer sulh ceza hakiminden yayımın yapılmasına veya bu Kanun hükümlerine uygun olarak yapılmasına karar verilmesini isteyebilir. Sulh ceza hakimi bu istemi üç gün içerisinde, duruşma yapmaksızın, karara bağlar.

Sulh ceza hakiminin kararına karşı acele itiraz yoluna gidilebilir. Yetkili makam üç gün içinde itirazı inceleyerek karar verir. Yetkili makamın kararı kesindir.

Düzeltilme ve cevabın yayımlanmasına hakim tarafından karar verilmesi halinde, birinci fıkradaki süreler, sulh ceza hakiminin kararına itiraz edilmemişse kararın kesinleştiği tarihten, itiraz edilmişse yetkili makamın kararının tebliği tarihinden itibaren başlar.

Düzeltilme ve cevap hakkına sahip olan kişinin ölmesi halinde bu hak, mirasçılardan biri tarafından kullanılabilir. Bu durumda, birinci fıkradaki iki aylık düzeltme ve cevap hakkı süresine bir ay ilave edilir.

Bu madde gereğince, tekzip yayımlatabilmek için gerekli prosedürler şu şekildedir:

- Bir yayında gerçeğe aykırı bir husus veya şeref ve haysiyete bir saldırı varsa bu durumun tekzip yoluyla düzeltilmesi için, ilk önce yayının sorumlu müdürüne başvurularak durum anlatılır ve hangi haber nedeniyle tekzip hakkının kullanılmasının istendiği ayrıntılı olarak bildirilir ve sorumlu müdüre yayımlanmasını istenen tekzip metni gönderilir. Bu gönderim daha sonra ispatlanması gerekeceğinden noter yoluyla ihtarname gönderilmesi faydalı olur. Noter marifetiyle ihtarname, sıhhat şartı değil ispat şartıdır.
- Bu bildirim sorumlu müdür aldıktan sonra günlük süreli yayınlarda 3 gün içinde yayımlamak durumundadır (diğer yayınlar için öngörülen farklı süreler maddede açıkça belirtilmiştir). Bu aşamada tekzip metninin yayımlanması zorunlu değildir. İsterse yayımlanmayabilir. Yayınlanacak bir tekzip metni, ona neden olan haber/yazı ile aynı sayfada, aynı puntolarla ve aynı sütunda olmalıdır.
- Eğer sorumlu müdüre gönderilen tekzip metni, kanunda belirtilen süre içinde yayımlanmaz ise 15 günlük süre içerisinde Sulh Ceza mahkemesine başvurularak tekzip metninin yayımlanması istenir. Bu süre kamu düzeninden olduğu için geçtiği durumlarda tekzip talebi reddedilir.
- Sulh Ceza mahkemesinin verdiği karara karşı, karar aleyhine olan taraf Asliye Ceza Mahkemesi nezdinde itiraz edebilir. Bu itiraz acele itirazdır ve 7 gün içinde yapılması gerekir. Asliye Ceza Mahkemesinin kararları kesindir fakat karar Yargıtay'da incelenmediği için kanun yararına bozma yoluna gidilebilir. Bu şekilde eğer tekzip metninin yayımlanması kararı kesinleşirse belir-

tilen sürelerde yayında tekzip metninin yayımlanması gerekir.

Tekzip talebi mahkeme önüne geldiği zaman, dosya üzerinden acele bir şekilde inceleme yapılır ve hemen karar verilmesi gerekir. Tarafların dosyaya sunduğu delil ve gazete örnekleriyle yetinilir. Tarafların delillerinin toplanması mümkün değildir. Fakat bazen uygulamada hatalı olarak başvuru tarafından dosyaya sunulmayan gazete örnekleri yayıncı kuruluştan istenmektedir. Yetkili mahkeme tekzip talebinde bulunan kişinin ika-metgâh yeridir.

Önemle belirtmek gerekir ki, tekzipin kabulü kararları, tekzip neden olan yazının/haberin hukuka aykırı olduğunu tespit etmezler. Bu tekzip kabul kararları, kişinin cevap hakkının doğduğunu ve bunun kullanılmasını gerektirdiğini tespit ederler. Cevap hakkının doğması ilkesi ile yayının hukuka aykırı olması ilkesi birbirinden farklıdır. Tekzip yargılaması, acele ve dosya üzerinden yapılır. Taraflara delil sunma hakkı, tanık dinletme hakkı, açıklama yapma hakkı verilmez. Oysaki haberin hukuka uygunluğu tüm bunların yapılacağı komple bir yargılama ile ortaya çıkar. Bu nedenle tekzip kabul kararları veya red kararları, aynı haber nedeniyle açılan kişilik haklarının ihlali iddiasına dayanan davalarda delil olamazlar.

Öte yandan ceza hukuku ile de şöyle bir ilişkisi vardır: Bir haberin sadece gerçeğe aykırı oluşu tek başına hakaret suçunun oluşmasına sebep olmayabilir. Ama bu durum tekzip hakkına başvurmak için yeterlidir. Uygulamada Basın Savcılıkları, tekzip hakkına başvurulmadığı zaman, konunun tekziple düzeltilebileceği gerekçesiyle kovuşturmayaya yer olmadığı kararları verebilmektedirler.

Tekzip metninin mahkeme kararına rağmen yayımlanmaması veya usulüne uygun olarak yayımlanmaması bir suçtur. Fakat bu da Basın Kanununda düzenlenen bir suç olduğu için dava açma süresi sınırlıdır (günlük süreli yayında suç tarihinden itibaren 2 ay). O yüzden bu konudaki şikâyetin bir an evvel yapılması gerekir. Bu, bir şekli suçtur. Kararın doğruluğu, yanlışlığı tartışılmaz. Karara uyulup uyulmadığı tespit edilir ve ona göre bir karar verilir.

## İnternet Yayınları Hakkında

İnternet yayınları basılmış eserlerden farklı bir özellik arzeder. İnternet yayını, o yayının içeriğini hazırlayan gazete veya dergi gibi basılmış bir mevkuteye ait bir site de olsa Basın Kanununun hükümlerine tabi değildir. Zira basılı bir eser değildir. Bu nedenle tekzip açısından Basın Kanunundaki tekzip kuralları değil 5651 sayılı Kanundaki özel düzenlemeler geçerlidir. Tekzip açısından esasında pek farklı bir durum yoktur. Farklılıklar, tekzip başvurusunun burada sorumlu müdüre değil, içerik sağlayıcısına (sitenin içeriğini oluşturan kişi veya kurum) yapılmasıdır. Yayınlanma kararı olursa eski yayın 2 gün içinde siteden kaldırılır yerine 15 gün yeni içerik yayınlanır. Yeni içeriğin yayınlandığı ilk gün bu içerik ana sayfadan, diğer 14 gün arşiv kısmında, ilgili yerde yayınlanır.

Ceza hukuku açısından da pek bir farklılık yoktur. Fakat burada yine Basın Kanunu uygulanmayacağı için internette yer alan bir haber nedeniyle dava açma süresi yoktur. Bu nedenle gazetede yer alan bir haber hakkında 2 ay sonra dava açılmazken, aynı haber internette o gazetenin internet sitesinde de (arşivi kısmında olsa bile) yayınlanıyor ise 2 ay geçse de dava açılabilir. Bu, çok önemli bir farklılıktır. Fakat bu konuda özel bir şikâyet aranır. Suç duyurusunda internet sayfasında yayınlandığı yerin ve linkinin gösterilmesi istenir.

Hukuk davaları açısından da değinecek olursak hukuk davaları içerik sağlayıcısına ve varsa eserin sahibine karşı açılması gerekir. Burada önemli bir husus, internet içeriği zamanlaşımı açısından tartışmalı bir haldedir. Haber tarihi eski olsa da arama motorlarında veya sitenin arşiv kısmında habere ulaşılabilirdiği için zamanlaşımı süresinin 1 yıl ile sınırlı olmadığına dair görüşler ve aksi görüşler bulunmaktadır. Bu konuda kanunda bir düzenleme yoktur.

## SONUÇ

Çok genel ve özet olarak basın hukuku ile ilgili özellikle de basılmış eserlerle ilgili genel düzenlemeler bu şekildedir. Basın Hukukunda eserlerin hukuksal açıdan değerlendirilmesi büyük önem taşır. Takdir alanı geniştir. Bir

tarafra kişilerin şahsi hakları, diğer tarafra basın özgürlüğü bulunmaktadır. Eserin terazinin hangi noktasında bulunduğunun tespiti önem arz etmektedir ve bu her zaman kolay olmayabilir. Fakat mümkün olduğunca objektif olarak belirlenen kriterler hâkime takdir hakkını kullanırken yardımcı olmaktadır. Bu anlamda Basın Hukuku, çok teknik düzenlemeleri içeren, şekli bir alan değil, mahkeme kararları ile çerçeveleri belirlenmiş, yoruma açık bir alandır. Basın, özelliği itibariyle “hızlı” olduğu için bu kanun kapsamındaki süreler de kısadır.

Görsel basın denilen televizyon ve uydu yayınları hakkındaki mevzuat da en genel anlamda Basın Hukuku kapsamındadır. Fakat Basın Kanunu, sadece basılı eserleri kapsamaktadır. Bu alanla ilgili düzenlemeler RTÜK mevzuatında bulunmaktadır. Bu nedenle gerek davalara ilişkin gerekse tekzibe ilişkin RTÜK mevzuatında televizyon yayınlarına özgü yol ve yöntemler bulunmaktadır. Örneğin televizyon yayınları nedeniyle yapılacak tekzip istemlerinde tekzip isteğini ilk önce başka bir kişiye yapmadan, ihtarnâme göndermeden çok kısa bir süre içinde doğrudan ve sadece Ankara mahkemelerinden bu konuda bir karar istenmesi lazımdır.

## Kaynakça

- Sahir Erman-Çetin Özek, *Açıklamalı Basın Kanunu*, Alfa Yayınları, İstanbul 2000.
- Erol Çetin, *Basın Hukuku*, 4. baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2008.
- Erol Çetin, *Hakaret Suçları*, 2. baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2007.
- Mustafa Reşit Karahasan, *Tazminat Hukuku*, Beta Basım Yayın, İstanbul 1996.
- Erhan Günay, *Yayın Yoluyla Kişilik Haklarına Saldırı ve Basında Sorumluluk*, Seçkin Yay., Ankara 1999.
- M. Ahmet Kılıçoğlu, *Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk*, 3. baskı, Turhan Yay., Ankara 2008.
- Ali Parlar-Muzaffer Hatipoğlu, *Ceza Hukuku ve Özel Hukukta Hakaret Suçları ve Tazminat Davaları*, Adalet Yayınevi, Ankara 2008.
- Yaşar Salihpaşaoğlu, *Türkiye’de Basın Özgürlüğü*, Seçkin Yayınları, Ankara 2007.







# Genel Bilgi Toplama Yönergesi ve GBT Uygulaması<sup>\*)</sup>

Necmettin AYDIN



## GİRİŞ

**G**enel bilgi toplama; bu kurumdan ne anlaşılması gerektiği, neye dayandığı, hangi yetki ile ve hangi merci veya merciler tarafından uygulandığı, hukuka uygun yasal dayanaklarının ne olduğu ve bu şekilde nitelenebilecek bir dayanağının olup olmadığı ve nasıl bir sistem olup nasıl işlediği hususlarında hakkında çok az bilgi sahibi olunan konulardandır.<sup>(\*)</sup>

Konu ile ilgili nerede ise yok denecek kadar az yazılı kayıt bulunduğundan kurum, belirsizliği ile gizem taşıdığı kadar insanlar üzerinde baskı da oluşturmaktadır.

Kişiler, bu kurumun varlığından ancak apansız gözaltına alındığında veya yakalanıp gözaltına alındıktan sonra savcılığa veya hâkime çıkarılmak veya doğrudan serbest bırakılmak için bu sistemdeki kayıtların sorgulanmasının sonucunun beklendiğini öğrendiğinde haberdar olabilmektedir. Ayrıca pek çok kişinin, daha önceki bir soruşturma veya kovuşturmadan dolayı haklarında verilmiş olan arama kayıtlarının düşürülmemiş olması sebebi ile haksız gözaltılara maruz kaldığı bilinmektedir. Haksız arama kaydı nedeni ile yaşanan/yaşattırılan haksız gözaltı veya nezaret-hanelerde geçirilen sürelerle ilişkin elimizde ne yazık ki herhangi bir veri bulunmamaktadır. Fakat uygulamada bu tür durumlarla her zaman karşılaşabildiği gibi yaygın iletişim kanallarından da özellikle meşhur kişilerin aynı nitelikteki öykülerini öğrenmek mümkündür.

Genel bilgi toplama, saf ve basit haliyle, mahkemelerin verdiği belirli kararların takibi

ve bu kararların gereklerinin yerine getirilmesi çerçevesinde anlamını kazanan bir sistemdir. Son zamanlarda sık sık ve yaygın bir şekilde havalimanlarında, şehir meydanlarında, toplu taşıma araçlarında veya bu araçların duraklarında, giriş ve çıkışlarında ve benzeri yerlerde kişilerin kimlik belgeleri üzerinden, yaygın deyimiyile “GBT sorgusu” yapılmakta olduğundan sistem, oldukça anılır ve tanınır hale gelmiştir. Bununla birlikte sistemin hukuk açısından değerlendirilmesine olan ihtiyaç da artmıştır.

Bu ihtiyacın giderilmesi için sistemin ne olduğu, hangi amaca hizmet ettiğinin ortaya konulması ve kurumun normatif ve hukuki tahlilinin yapılması gerekir. Böylelikle genel bilgi toplama sistemi hakkında bir hukuki değerlendirme yapmak amacıyla elinizde bulunan inceleme ele alınmıştır.

## İnceleme Planı

Bu çalışmamızda konu dört bölümde ele alınmış; ilk olarak genel bilgi toplama kurumu genel olarak açıklanmıştır. Bu bölümde sistemin mantığının anlaşılması ve hakkında yapılacak değerlendirmenin afakî kalmaması ve objektifliğinin sağlanabilmesi bakımından bu sisteme neden gerek duyulduğu hususuna da değinilmiştir.

İkinci olarak genel bilgi toplama kurumu, kendisine hukuki görünürlük sağlayan normun tahlil edilmesi suretiyle ele alınmıştır. Bu bölümde konuya ilişkin düzenleme ve bu düzenlemenin niteliği, amacı, konusu, kapsamı, kurulan sistemde hangi bilgilerin ve ne suretle kaydının tutulduğu ve kaydedilen bilgilerin ne şekilde çıkarıldığı hususunda bilgi verilmiş; sistemin kanuni dayanakları hakkında açıklan-

<sup>(\*)</sup> İncelememi, bana bu konuda çalışma yapmayı öneren Mazlumder İstanbul Şubesi'ne ithaf ediyorum.

ma yapılarak düzenlemenin, hukuka uygun kanuni dayanaklarının bulunup bulunmadığı ve hukuka aykırı veri kaydedilmesi hususları değerlendirilmiştir.

İncelemenin üçüncü bölümü, belirli durumlarda ve belirli kişiler hakkında sistemde kayıt bulunup bulunmadığı yönünde araştırma yapılmasına ve bu yönde yapılan uygulamalara ayrılmıştır. Bu bölümde yapılan işlem ve uygulamaların hukuka uygunluğu tartışılarak cezaevlerine müvekkilleri ile görüşmeye giden avukatlara yönelik bir uygulama ayrıca ele alınmıştır.

Dördüncü bölümde, sisteme kaydedilen bilgilerin kullanılması bağlamında, kullanımın şekli amacı, sınırları, sistemdeki bilgilerin bir soruşturma veya kovuşturma bakımından delil niteliğinin bulunup bulunmadığı ve bilgilerin kullanılmasının kanuni ve hukuki dayanaklarının olup olmadığı değerlendirilmeye çalışılmıştır.

İncelememizin sonunda, temel sonuç özetlenerek konuya ilişkin önerilerimiz belirtilmiştir.

## Konunun Sınırlandırılması

Genel bilgi toplama sisteminde kaydı tutulacak bilgiler çeşitli olup hem kişiler hem bazı belgeler hem de araçları kapsamaktadır. Bu incelememizde ise, genel bilgi toplama sistemine işlenecek bilgilerden sadece “kişiler hakkında ve işlenmiş suçlar sebebiyle” kaydedilecek olanları konu edinmektedir. Sistemi düzenleyen belgede düzenlenmiş olan “çalışan, kaybolan, gasp edilen veya bir olaya karışmaktan dolayı aranan ve müsaderesine karar verilip de ele geçirilemeyen motorlu taşıtlar, ateşli silahlar ve kimliği ispata yara-yan her türlü belgelere ilişkin hususlar”, inceleme konusunun dışında bırakılmıştır.

## GENEL BİLGİ TOPLAMA

### 1. Genel Olarak

Kolluk teşkilâtlarının temel görevleri, düzenin sağlanması ve korunması şeklinde özetlenerek, bu başlıklar altında tasnif edilebilir. Düzenin sağlanması ve korunması işlevi esas

olarak, hukuk hâkimiyetinin ve kurallarının dar anlamda ise ceza hukuku kurallarının uygulanması anlamına gelmektedir. Bir suçun işlenmesi ile bozulan kamu düzenini eski hale getirmek, işlenmiş olan suça ilişkin maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ve suç işleyenlerin ceza adaleti sistemine sokulması ve bu arada suçun faillerinin ortaya çıkarılması suretiyle gerçekleştirilebilir.

İşlenen suçla ilgili maddi gerçekleri bulma faaliyeti olan ceza muhakemesi faaliyet alanında elde edilen her bilgi ve atılan her adım gerektiğinde koruma altına alınır. İşte bu koruma tedbirlerinin de fonksiyonel olabilmesi için icra edilip sonuçlandırılması gerekir.

Bu bağlamda, kişiler hakkında yakalama, —mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu ve mülga 1412 sayılı CMUK sistemine göre de eski -giyabi tutuklama— veya bazı medeni hakları kullanma hakkının kısıtlanması kararlarının icrası için bir kayıt sistemi kurulmuş ve bu bilgilerin de bu sistemde ilgililerine açılarak takip ve icra edilmesinin sağlanmasına çalışılmıştır. Türkiye’de bu sistemin adı, “genel bilgi toplama”dır.

Konu ile ilgili olarak yapılan çalışmalara baktığımızda çok az çalışma yapıldığını görmekteyiz. Bu kapsamda değinilmesi gereken bir çalışma, konu hakkında bir milletvekili tarafından Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM)’ne bir soru önergesi verilmiş olmasıdır.<sup>1</sup> Konuyu hukuka uygunluğu açısından değerlendiren bir yazı ise, Av. Haluk İnanıcı tarafından yazılan bir makaledir.<sup>2</sup> Yine bu yazının yayımlanmasından hemen sonra yazıdaki bilgi ve argümanlara dayanılarak TBMM’ne bir meclis araştırması yapılması ve komisyon kurulması önergesi verilmiştir.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Ankara Milletvekili Yakup Kepenek’in, Genel Bilgi Toplama Sistemi ile toplanan bilgilere ilişkin Adalet Bakanından sözlü soru önergesi (6/812) ve Adalet Bakanı Cemil Çiçek’in cevabı. (01/03/2005 tarihli, 22. Dönem 3. Yasama Yılı’nın 64. Birleşim TBMM Genel Kurul Tutanağı). (<http://www.tbmm.gov.tr/tutanak/-donem22/yil3/bas/b064m.htm>).

<sup>2</sup> Haluk İnanıcı, “*GBT = Fişleniyorsun, Fişleniyorsunuz, Fişleniyorlar*”, *Radikal*, 16.06.2009. ([www.radikal.com.tr/Radikal.aspx?aType=RadikalDetay&ArticleID=940800&Date=16.06.2009&CategoryID=77](http://www.radikal.com.tr/Radikal.aspx?aType=RadikalDetay&ArticleID=940800&Date=16.06.2009&CategoryID=77))

<sup>3</sup> Mardin Milletvekili Ahmet Türk ve 20 milletvekilinin, Genel Bilgi Toplama (GBT) işlemlerinin araştırılarak alınması gereken önlemlerin belirlenmesi amacıyla

Konu ve uygulaması ile ilgili olarak kişi ve kurumlar tarafından bazı mercilere çeşitli başvurular yapıldığı da tespit edilmiştir. Bu bağlamda bilgilerin silinmesi için mahkemele-re, başvuru hakkında bir arama kararının bulunup bulunmadığı konusunda Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu'na başvuru yapıldığı bilinmektedir.

## 2. Tanım

Genel bilgi toplama (GBT) faaliyeti, kolluk birimlerinin, hakkında arama kararı bulunan kişilerin, kayıtlarının tutularak yakalanmasını sağlamak amacıyla yürütülen sisteme verilen isimdir.

Genel bilgi toplama; her türlü bilginin toplanmasından, devletin istihbarat faaliyetleri yapmasından farklı ve daha dar bir anlama sahiptir. Genel bilgi toplama, işlenmiş bir suçla ilgili olarak ve sanık hakkında belirli bilgilerin elde edilip kayıt altına alınmasını ifade eder. Çoğu zaman bu sistemin kısa adlandırılması olan GBT'nin açılımı sanılan genel bilgi tarama ise, belirli durumlarda bilginin kaydedildiği sistemde kişilerin kaydının olup olmadığının sorgulanması ve elde edilen bilgilerin ilgili mercilere iletilmesi de dâhil olmak üzere kullanılması işlemi ile ilgili olarak uygulamada yapılan isimlendirmeden ibarettir.

## 3. "Genel Bilgi Toplama"nın Amacı ve İşlevi

### a. Amacı

Genel bilgi toplama sistemi, ceza muhakemesi sisteminin ve belirli bir infaz rejiminin zorunlu sonucudur. Gerek ceza muhakemesi gerekse kişiler açısından belirli kısıtlamalar içeren ceza infaz sistemlerinde verilen belirli kararların icra edilmek üzere takip edilmesi gerekmektedir.

17.06.2009 tarihinde TBMM'ye verdiği Meclis araştırması açılmasına ilişkin (10/434) önergesi. (14.10.2009 tarihli, 23. Dönem 4. Yasama Yılı 6. Birleşim TBMM Genel Kurul Tutanağı). ([http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak\\_sd.birlesim\\_baslangic?P4=20467&P5=B&web\\_user\\_id=7125812&PAGE1=16&PAGE2=17](http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_sd.birlesim_baslangic?P4=20467&P5=B&web_user_id=7125812&PAGE1=16&PAGE2=17).)

Ceza muhakemesindeki koruma tedbirlerinin en önemlilerinden birisi, yakalamadır. Yakalama, bir suç işleme şüphesi altında bulunan kişinin kolluk kuvvetleri tarafından ele geçirilmesini ifade etmektedir. Yakalama, esas olarak hakkında yakalama kararı bulunan kişiler hakkında uygulanır. Yine infaz rejiminden bir unsur olarak kişiler hakkında verilen cezalara ilaveten bazı kısıtlama kararları da verilebilmektedir.

### b. İşlevi

Yetkili mercilerin verdiği yakalama ve belirli hakları kullanma konusundaki kısıtlama kararlarının havada kalmaması ve uygulanabilmesi için ülkenin tamamında görev yapan kolluk teşkilatının erişimine açık bir organizasyonun kurulması zorunludur. Zira yakalama emri, sadece yakalama kararının verildiği dar mahallin değil, bütün bir kolluk teşkilatının görevidir. Keza mahkemeler tarafından sanıklar hakkında verilen belli hakları kullanmaktan yoksun bırakma kararları da takip edilmeyi gerektirir. Bu görevlerin yerine getirilebilmesi için de öncelikle bu kararların ilgililerine yani kolluk kuvvetlerine ulaştırılması gerekir. Bu gereklilik de bir sistem ve organizasyonun kurulmasını zorunlu kılmaktadır. Bu zorunluktan dolayı sözü edilen organizasyon, genel bilgi toplama sisteminin oluşturulması ile hayata geçirilmiştir.

## GENEL BİLGİ TOPLAMA YÖNERGESİ

### 1. Sistemi Kuran Belge ve Niteliği

#### a. Belge

İnceleme konusu sistemi kuran ve dayanakları ile işleyişini gösteren belge, 29.03.2005 tarih ve B05KİH-73-23-71 sayılı İçişleri Bakanlığı Kaçakçılık, İstihbarat, Harekat ve Bilgi Toplama Daire Başkanlığı Bilgi Toplama Yönergesi'dir. (Resmi Gazete'de yayımlanmamıştır)

Genel Bilgi Toplama Yönergesi ve GBT uygulamasının, Güvenlik Soruşturması ve Arşiv

Araştırması Yönetmeliği<sup>4</sup> ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Zira ikisinin düzenlediği konular farklıdır. Buna göre Genel Bilgi Toplama Yönergesi'nin konusu, kişiler hakkında adli mercilerden verilen yakalama kararlarının ve diğer bilgilerin genel bilgi toplama programına kaydının yapılması iken, Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Yönetmeliği'nin konusu ise, Türk Silahlı Kuvvetlerinde, emniyet ve istihbarat teşkilatlarında, ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde çalışacak personel hakkında güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapılmasıdır.

### **b. Belgenin Niteliği**

Her bir normun, hiyerarşik olarak üstünde bulunan normlara uygun olması, yerleşmiş bir hukuk kuralıdır. Normlar hiyerarşisi gereği, bir alt norm kendinden üstte olanlara aykırı olmaz. Özellikle bütün fonksiyonu, tabi olduğu üst normların uygulamasını göstermek olan düzenlemelerde bu nitelik çok daha belirgindir. Buna göre bir tüzük, yönetmelik veya bunların da altında yer alan genelge, tebliğ, yönerge vb. düzenlemeler, Anayasa'nın 24. maddesine göre, kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla çıkarılır.

Yönetmelik altı diğer düzenlemeler gibi yönergeler de, öncelikle kanunların uygulanmasında idareye yol göstermek üzere çıkarılır. Bu itibarla da bir yönerge, bu çerçevede kalmak ve dayandığı sınırları aşmamak zorundadır.

Ayrıca bir yönerge ile kişi hak ve hürriyetleri düzenlenemeyeceği ve/veya herhangi bir sınırlamaya tabi tutulamayacağı açıktır. Zira hak ve özgürlüklerin ancak kanun ile düzenlenebileceği ve belirli şartlar dâhilinde yine ancak kanunla sınırlanabileceği anayasal bir kuraldır.

Yine bir yönergenin kanun, tüzük ve yönetmelik hükümlerine dayandırılması ve bu belgenin sayılan üst normlara aykırı olmaması ve kapsamını aşmaması zorunludur. Nitekim Yönerge'nin 3. maddesinde bu dayanaklar gösterilmiş olup bu husus aşağıda incelenecektir.

## **2. Yönerge'nin Amacı ve Konusu**

### **a. Yönerge'nin Amacı**

Yönerge'nin amacı, 1. maddesine göre, "Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğüne, Anayasa düzenine ve genel güvenliğe dair önleyici ve koruyucu tedbirleri almak üzere; güvenlik kuvvetleri ile görevli kuruluşlar arasında koordinasyon sağlamak suretiyle, suç işleme sebebiyle aranmasına karar verilen, kaybolan, yakalansalar dahi bazı suçları işlemiş olan, kamu haklarından yararlanmaları konusunda sınırlama getirilen kişilerin kayıtlarının tutulmasının esas ve usullerini" düzenlemektir.

### **b. Yönerge'nin Konusu**

Yönerge'nin konusunu belirleyen hükümler de belirtilen amaç paralelinde ve amacı düzenleyen 1. maddesinden başlayarak geniş bir kapsamda düzenlenmiştir. Bu amaç doğrultusunda, İçişleri Bakanlığı Kaçakçılık, İstihbarat, Harekât ve Bilgi Toplama Daire Başkanlığı ile il, ilçe ve şube güvenlik kuvvetlerinde kurulan bilgi toplama, büro ve kısımlarının görev, yetki ve sorumlulukları ve çalışma esaslarını ve suç işleme sebebiyle aranmasına karar verilen, kaybolan, yakalansalar dahi bazı suçları işlemiş olan, kamu haklarından yararlanmaları konusunda sınırlama getirilen kişiler ile çalınan, kaybolan, gasp edilen veya bir olaya karışmaktan dolayı aranan ve müsaderesine karar verilip de ele geçirilemeyen motorlu taşıtların, ateşli silahların ve kimliği ispata yarayan her türlü belgelerin, güvenlik kuvvetleri ile görevli kuruluşlar arasında koordinasyon sağlamak suretiyle kayıtlarının tutulması ve bu kuruluşlar arasında iletişimin sağlanması esas ve usullerini düzenlemektedir.

Yönerge, İçişleri Bakanlığı Kaçakçılık İstihbarat Harekât ve Bilgi Toplama Daire Başkanlığı ile il, ilçe ve şube güvenlik kuvvetlerinde kurulan bilgi toplama, büro ve kısımlarının görev, yetki ve sorumlulukları ile çalışma esasları ve anılan birimlerin hangi durumlarda belirli bilgilerin kaydını tutacakları konularını düzenlemektedir.

<sup>4</sup> Resmi Gazete, 12.04.2000, Sayı 24018.

### 3. Yönerge'nin Kapsamı

#### a. Organizasyon Yönünden

Yönerge'nin idarenin ve kolluk kuvvetlerinin hangi kısımlarını ilgilendirdiğini belirten 2. maddesi şöyledir:

"Bu Yönerge; İçişleri Bakanlığı Kaçakçılık İstihbarat Harekât ve Bilgi Toplama Daire Başkanlığı, il jandarma komutanlıkları ve il emniyet müdürlükleri ile ilçe jandarma komutanlıkları ve ilçe emniyet müdürlükleri/amirlikleri, şube müdürlükleri bilgi toplama büro ve kısımlarını kapsar."

**Bilgi Toplama Birimi:** İl jandarma komutanlıklarında bilgi toplama işlem kısmı, ilçe jandarma komutanlıklarında araştırma kısmı, jandarma karakollarında araştırma ve inceleme kısmı bilgi toplama birimi ve il emniyet müdürlüklerinde; bilgi işlem şube müdürlüğü, ilçe emniyet müdürlüğü/amirliği ile il merkezinde asayiş, terörle mücadele, kaçakçılık, organize suçlar, güvenlik vb. şube müdürlüklerinde bilgi toplama hizmetini yürüten üniteler bilgi toplama birimidir. (Yönerge, madde 4)

Genel bilgi toplama programını kullanmak ve gerekli işlemleri yapmakla görevli ve yetkili olan birimler, yukarıda sayılanlardan ibaret olup Yönerge'ye göre, polis ve jandarma karakollarının bilgi toplama programı ile ilgili yapacakları herhangi bir işlem bulunmamaktadır. Bu birimler icra edecekleri emniyet ve asayiş faaliyetleri esnasında ihtiyaç duyacakları ilçe/şube bilgi toplama biriminden alacaklardır. (Yönerge, madde 6/4)

#### b. Kayıt Edilecek Bilgiler Yönünden

Kayıt altına alınacak bilgiler yönünden ve inceleme konusunun sınırı sebebiyle sadece kişiler açısından Yönerge'nin kapsamına baktığımızda, Yönerge'nin "suç işlemesi sebebi ile aranmasına karar verilen kişiler" ile birlikte kısaca yakalansalar dahi bazı suçları işlemiş olan kişiler hakkında da bilgi toplanmasını düzenlediğini görmekteyiz.

Yönerge'nin kapsamının, konunun amacı ve işlevi anlatılırken kullanılan —haklı— gerekçe ile ilgisi olmayacak kadar geniş olduğu hemen dikkati çekmekte ise de Yönerge'nin

bu geniş kapsamının kanuni dayanağının olup olmadığı konusu, incelememizin "Yönerge'nin Kanuni Dayanakları" başlıklı bölümünde ele alınacağından burada sadece Yönerge'nin kapsamına hangi bilgilerin girdiği belirtilecektir.

Buna göre Yönerge'nin kapsamına giren kişiler; Suç işlemesi sebebiyle aranmasına karar verilen kişiler, Kamu haklarından yararlanmaları konusunda sınırlama getirilen kişiler ile yakalansalar dahi bazı suçları işlemiş olan kişilerdir.

#### Suç işlemesi sebebiyle aranmasına karar verilen kişiler:

Suç işlemesi sebebiyle aranmasına karar verilen kişiler, yetkili merciler tarafından hakkında yakalama emri düzenlenmiş kişilerdir. Hangi hallerde kişiler hakkında yakalama emri düzenleneceği, 04.12.2004 tarih ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "yakalama emri ve nedenleri" başlıklı 98. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre;

- Soruşturma evresinde çağrı üzerine gelmeyen veya çağrı yapılamayan şüpheli hakkında, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hakimi tarafından yakalama emri düzenlenebilir.
- Tutuklama isteminin reddi kararına itiraz halinde, itiraz mercii tarafından yakalama emri düzenlenebilir.
- Yakalanmış iken kolluk görevlisinin elinden kaçan şüpheli veya sanık ya da tutukevi veya ceza infaz kurumundan kaçan tutuklu veya hükümlü hakkında Cumhuriyet savcıları ve kolluk kuvvetleri de yakalama emri düzenleyebilirler.
- Kovuşturma evresinde kaçak sanık hakkında yakalama emri re'sen veya Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim veya mahkeme tarafından düzenlenir.

#### Kamu haklarından yararlanmaları konusunda sınırlama getirilen kişiler,

26.09.2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 53. maddesine göre, mahkeme tarafından kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûm edilen kişiler hakkında belli hakları kullanmaktan veya belli meslek veya sanatları icra etmekten yoksun

birakma kararı da verilir. Yoksun bırakılma süresi, kural olarak hapis cezasının infazı ile paralel ise belirli durumlarda uygulanacak tedbirin infaz süresinden uzun olmasına da karar verilebilir. Dolayısıyla yoksun bırakma kararının süresinin infaz süresinden uzun olmasına karar verilmiş olması halinde veya hapis cezası ertelenen veya koşullu salıverilen kişi hakkında bu kararların yerine getirilmesinin temini gerekecektir.

**Yakalansalar dahi bazı suçları işlemiş olan kişiler.**

Yönerge'nin 7. maddesinin A2 bendi ve 9. maddesinin a fıkrası hükümlerine göre; arama kararı bulunmadığı veya yakalanmış olduğu halde belirli bazı suçlardan dolayı kişiler hakkında genel bilgi toplama programına bilgi kaydedilecektir Bu suçların hangileri olduğu, Yönerge'nin 9. maddesinin b fıkrasında gösterilmiştir.<sup>5</sup>

**5 Madde 9/b: Sanığı yakalanmış olsa dahi hakkında bilgi formu açılacak suç türleri:**

213 Sayılı Vergi Usul Kanununun 359. maddesinde belirtilen vergi kaçakçılığı suçu.

430 Sayılı Tevhidi Tedrisat Kanunu kapsamına giren suçlar.

677 Sayılı Tekke ve Zaviyelerle Türbelerin Seddine ve Türbedarlıkları ile Birakım Unvanların Men ve İlgasına Dair Kanuna muhalefet suçları.

4926 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu.

2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanunun 15. maddesini ihlal suçu.

2313 Sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkındaki Kanunu ihlal suçu.

2596 Sayılı Bazı Kisvelerin Giyilemeyeceğine Dair Kanuna muhalefet suçları.

2863 Sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununa muhalefet suçları (tarihi eser kaçakçılığı, kaçak kazı).

3298 Sayılı Uyuşturucu Maddelerle İlgili Kanunu (Haşhaş Ekimi ve Afyon Üretimi) ihlal suçu.

3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar.

4208 Sayılı Kara Paranın Aklanmasının Önlenmesine Dair Kanunun 7. maddesindeki suçları işleyenler.

4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri İle Mücadele Kanunu kapsamındaki suçlar.

5816 Sayılı kanunda belirtilen Atatürk aleyhine işlenen suçlar.

6136 Sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar İle Diğer Aletler Hakkındaki Kanuna muhalefet suçu.

TCK, Madde 79-80: Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti.

TCK, Madde 247, 248, 249: Zimmet.

TCK, Madde 250: İrtikap.

TCK, Madde 252: Rüşvet.

TCK, Madde 220: Suç işlemek amacıyla örgüt kurma.

TCK, Madde 197-198-199-200-202-204-205-206-207-208: Sahtekarlık.

TCK, Madde 235: İhaleye fesat karıştırma.

TCK, Madde 170-172-173: Genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması, radyasyon yayma. Ve atom enerjisi ile patlamaya sebebiyet verme. TCK Madde 174 (1-2. Alt bentleri): Tehlikeli maddelerin izinsiz olarak bulundurulması veya el değiştirmesi.

TCK, Madde 223: Ulaşım araçlarının kaçırılması veya alıkonulması.

TCK, Madde 188, 190, 191: Uyuşturucu maddelerle ilgili suçlar.

TCK, Madde 102-103-104: Cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı ve reşit olmayanla cinsel ilişki.

TCK, Madde 109, 110: Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma.

TCK, Madde 227: Fuhuş.

TCK, Madde 81, 82, 83: Kasten Öldürme.

TCK, Madde 141, 142, 143, 144, 145, 146: Hırsızlık.

TCK, Madde 148,149: Yağma.

TCK, Madde 157,158-161: Dolandırıcılık, Hileli iflas.

TCK, Madde 155: Güveni kötüye kullanma.

TCK, Madde 165: Bir suçun işlenmesiyle elde edilen eşyayı bilerek satın alma.

TCK, Madde 228: Kumar oynanması için yer ve imkan sağlama.

TCK, Madde 76-77-78: Soykırım İnsanlığa karşı suçlar ve bu suçları örgüt kurarak işlemek.

TCK, Madde 86-87: Kasten yaralama.

TCK, Madde 90-91: İnsan üzerinde deney yapmak, organ ve doku ticareti.

TCK, Madde 94-95-96: İşkence ve eziyet.

TCK, Madde 107: Şantaj.

TCK, Madde 115: İnanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme.

TCK, Madde 132-133-134: Haberleşmenin gizliliğini ihlal. Kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması. Özel hayatın gizliliğini ihlal.

TCK, Madde 135-136-137: Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme ve kullanma.

TCK, Madde 185: Zehirli madde katma.

TCK, Madde 186: Bozulmuş veya değiştirilmiş gıda veya ilaçların ticareti.

TCK, Madde 187: Kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma.

TCK, Madde 193: Zehirli madde imal ve ticareti.

TCK, Madde 241: Tefecilik.

TCK, Madde 243-244-245: Bilişim alanında suçlar.

TCK, Madde 299-300-301 (301/4 Hariç)-302-303 (303/4 Hariç)-304-305-306 (306/6 Hariç)-307-308-

## 4. Sistemin İşleyişi

### a. Genel Olarak

#### Genel Bilgi Toplama Programı

Sistemin işleyişi, Bilgi Toplama Programı isimli bir program üzerinden yapılmaktadır. Yönerge'nin anlatımı ile bu program, Jandarma Genel Komutanlığı Muhabere Elektronik ve Bilgi Sistemleri (MEBS) Başkanlığı, Emniyet Genel Müdürlüğü Bilgi İşlem Daire Başkanlığı bilgisayar sistemi il ve ilçe bağlantısından, Bilgi Toplama Yönergesi usul ve esaslarına uygun olarak düzenlenen formların veri girişi, düşüm, iptal ve düzeltme işlemlerinin yapıldığı programdır.

#### Bazı Terimlerin Tanımı

Adli makamlar tarafından hakkında arama kararı verilen veya belirli hakları kullanmaktan yoksun bırakılan kişilere ilişkin bilgiler ile arama kararı olmaksızın belirli bazı suçlar ile ilgili bilgiler, sisteme kaydedilmekte ve kayıtlı bilgilerin çıkarılması da yine iki ayrı işleme tabi tutulmaktadır. Bu ayırım doğrultusunda bazı teknik terimlerin kullanıldığı görülmektedir. Bunlar, Yönergenin 4. maddesinde tanımlanan form açma, form iptali ve form düşümü terimleridir.

**Form açma:** Güvenlik kuvvetleri tarafından suç işleyen şahıslar ile çalınan, kaybedilen veya gasp edilen eşyalar ve kimlik belgelerini Yönerge'de belirtilen esas ve usullere göre kayıt altına alma işlemidir.

**Form iptali:** Yönerge'nin 9/b fıkrası kapsamına girmeyen suçlardan açılan bilgi formlarının şahısların yakalanmaları halinde tasniften çıkarılarak imha edilmesi, 9/b maddesine giren suçlar için açılan bilgi formlarının ise iptal koşulları oluştuğunda tasniften çıkarılarak iptal evrakı ekinde arşive alınması işlemidir. İptaller bilgi toplama birimleri tarafından resen veya söz konusu şahıs ya da vekilinin yazılı müracaatı üzerine Yönerge'de belirlenen usul ve esaslara göre yapılır.

**Form düşümü:** Yönerge'nin 9/b fıkrası kapsamına giren suçları işleyip aranmakta olan şüpheli/sanıkların yakalanmaları durumunda; bilgi formuna "YAKALANDI" kaşesi vurulmak suretiyle aranmasından vazgeçilmesi işlemidir. Bilgi formu tasnifte kalır.

### b. Genel Bilgi Toplama Programına Veri Girişi Yapılması

#### Sanık Karar Takip Formu Düzenlenmesi

Genel bilgi toplama programına veri girişi, bilgi formu düzenlenmekle yapılır. Bilgi formu ise, sanık karar takip formunda yazılı bilgilere göre düzenlenir. Bilgi formunun suçun türüne uygun olması gerekir. (Yönerge, madde 10/c son c.)

Yönerge, bilgi formunun açılmasından önce kolluk kuvvetlerinin hakkında yakalama kararı olan kişiler (Yönerge, madde 10/b-1(a)) ile Yönerge'nin 9/b fıkrası kapsamına giren suçlar bakımından hakkında soruşturma başlatılan kişiler (madde 10/b-2(a)) ile ilgili olarak sanık karar takip formu hazırlanacağını düzenlemektedir.

#### Hakkında Yakalama Emri Verilmiş Kişiler Yönünden

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "yakalama emri ve nedenleri" başlıklı 98. maddesinde sayılan sebeplerle kişiler hakkında yakalama emri verildiğinde bu karar, gereğinin yerine getirilmesi için Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından kolluk kuvvetlerine gönderilir.

Yakalama emrinin gönderildiği soruşturmayı yapan ilçe veya şube bilgi toplama birimi tarafından her bir şüpheli veya sanık için ikişer nüsha halinde sanık karar takip formu hazırlanıp (şüpheli veya sanığın nüfus ve iletişim bilgileri ile soruşturma konusu suçun niteliği, işlendiği zaman ve yere ilişkin bilgileri içeren) ilk bölümü doldurularak soruşturma dosyasına konulur. (Yönerge, madde 10/b 1)

#### Yönerge'nin 9/b Maddesine Giren Suçlar Yönünden

Şüpheli hakkında Yönerge'nin 9/b /b fıkrasında sayılan suçlardan dolayı bir soruşturmanın başlatılması üzerine, soruşturmayı yapan

309-310-311-312-313-314-315-316 (316/2 Hariç)-317-318-319-320-321-322 (322/2 Hariç)-323-325-326-327-328-329 (329/3 Hariç) -330-331-333-334-335-336 (336/3 Hariç) -337-339 devletin güvenliğine ve egemenliğine karşı işlenen suçlar.

ilçe veya şube bilgi toplama birimi tarafından her bir şüpheli veya sanık için ikişer nüsha halinde "Sanık Karar Takip Formu" hazırlanıp (şüpheli veya sanığın nüfus ve iletişim bilgileri ile soruşturma konusu suçun niteliği, işlendiği zaman ve yere ilişkin bilgileri içeren) ilk bölümü doldurularak soruşturma dosyasına konulur.

### **Bilgi Formu Düzenlenmesi**

Bilgi formunun Bilgi Toplama Programına girilmesi sonrasında sanığın suç yeri ile nüfus yerinin ayrı olması halinde, nüfus yeri güvenlik kuvvetine ve tespit edilen iş ve ikametgâh adreslerine genel bilgi toplama programı tarafından otomatik olarak mesaj gönderilir. Mesajı alan güvenlik kuvveti şahsın yakalanması için ivedi olarak ilgili birimlerine bilgi verir. Yakalama emrinin bulunduğu durumlarda ise, mesajı alan güvenlik kuvveti şahsın yakalanması için ivedi olarak ilgili birimlerine bilgi verir.

Aşağıda sayılan durumlarda bilgi formu düzenlenerek programa veri girişi yapılır.

### **Yakalama Emri İle İlgili Veri Girişi**

Gerek bir soruşturma gerekse kovuşturma sırasında veya hangi suç türü ile ilgili olursa olsun bir yakalama emri düzenlendiğinde, gereği yerine getirilmek üzere suçun işlendiği yer yani soruşturmayı yapan yer güvenlik kuvvetlerine gönderilir. Kararı alan birim, bunu kaydedip bilgi toplama birimine gönderir.

Bilgi toplama birimi tarafından da suç türüne (suçun madde 9/b fıkrası kapsamına girip girmemesi durumuna) göre, sanık karar takip formundaki bilgiler doğrultusunda bilgi formu açılarak yakalama emrinin programa kaydı yapılır. Bilgi Toplama Programının çalışmadığı durumlarda en seri muhabere vasıtalarıyla aynı işlemler yapılır. (Yönerge, madde 10/b 1c)

Yönerge'nin 9/b fıkrası kapsamına girmeyen bir suçtan dolayı sanığın yakalanmasından sonra programa başkaca bir veri girişi yapılmaz.

Yönerge'nin 9/b maddesi kapsamına giren bir suçtan dolayı sanığın yakalanması halinde ise, bilgi formuna "YAKALANDI" şeklinde kayıt eklenir.

### **Yönerge'nin 9/b Maddesine Giren Suçlar Yönünden Veri Girişi**

Hakkında yakalama emri olmayan bir kişi hakkında genel bilgi toplama programına veri girişinin yapılması, ancak ve sadece kendisi hakkında Yönerge'nin 9/b maddesinde sayılan suçlardan dolayı bir kovuşturmanın başlatılması halinde mümkündür. (Yönerge, madde 7/4 ve madde 10/b 2 b) Dolayısıyla Yönerge'nin 9/b maddesi kapsamına giren bir suçtan dolayı şüphelisi hakkında soruşturmanın başlaması ile sanık karar takip formu düzenlenecek ise de bu kişi hakkında dava açılması halinde bilgi formu düzenlenmeyecek ve onun hakkında genel bilgi toplama programına herhangi bir veri girişi yapılmayacaktır. Dolayısıyla soruşturma aşamasında kalmış bir suça ilişkin kayıt yapılmış olması şeklindeki bir uygulama, kanuna ve hukuka aykırılıktan önce Yönerge'nin açık hükümlerine aykırıdır.

### **Yakalama Emri Üzerine**

Hani adli aşamada olursa olsun, Yönerge'nin 9/b maddesi kapsamına giren bir suçtan dolayı sanığın yakalanması halinde ise, bilgi formuna "YAKALANDI" şeklinde kayıt eklenir.

### **İddianamenin Kabulü Kararı Üzerine**

Sanık hakkında kovuşturma yapılmasına karar verilmesi halinde, sanık karar takip formunun (isnat edilen suç, suçun ne zaman ve nerede işlendiği, şüpheli/sanık hakkında tutuklama kararı verilmiş ise bu kararı veren mahkeme ve kararın tarih ve sayısı ile iddianamenin tarih ve sayısı ve iddianamenin verildiği mahkemenin adını içeren) ikinci bölümü Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından doldurularak, bir sureti kolluk kuvvetlerine iade edilir. İlçe veya şube bilgi toplama birimi, Mahkemece iddianamenin kabulünden sonra açılan davanın esas numarasını alarak sanık karar takip formundaki bilgiler doğrultusunda sanık hakkında bilgi formu düzenleyerek veri girişini sağlar.

### **Davanın Sonucuna Göre**

Buna göre, dava sonuçlandıktan sonra Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından bilgi formunun diğer sureti, (kararı veren mahkemenin adı, karar tarihi, esas ve karar numarası, isnat edilen suç, kararın nevi —mahkûmiyet,



beraat, düşme vb.—, karar kesinleşme tarihi, mahkûmiyet halinde ilgili kanun maddesi ve cezanın miktarı ve nevine ilişkin bilgileri ihtiva eden) üçüncü bölümü de doldurularak kolluk kuvvetine gönderilir. Kolluk kuvvetlerinin bilgi toplama ile görevli birimleri, son kararı Genel Bilgi Toplama programına kaydeder.

#### ***Bazı Hakları Kullanmadan Yoksun Bırakma Kararları İle İlgili Veri Girişi***

İşlemiş olduğu bir suç nedeniyle ayrıca belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma cezası alanlara suç yeri güvenlik kuvveti tarafından kişi hakkında bu cezayı aldığı suçla ilgili bilgi formu olup olmadığı araştırılır; Mahkeme kararında belirtilen suçla ilgili şahıs bilgi formu varsa Bilgi Toplama Programının şahsın suçu ile ilgili suç detay bilgileri sayfasından belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma (kamu hizmetlerinden men) cezasının işlenip işlenmediği kontrol edilir. Eğer işlenmemişse süresi işlenir ve aynı bilgi tasnifteki bilgi formuna da yazılır.

Mahkeme kararında belirtilen suçla ilgili şahıs bilgi formunun olmaması durumunda ise, esas suçun niteliğine göre bilgi formu düzenlenir. Buna göre, esas suç, 9/b fıkrasının kapsamına giriyorsa şahıs bilgi formu düzenlenir ve belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma (Kamu hizmetlerinden men) süresi ilgili bölüme işlenir. Esas suç 9/b fıkrasının kapsamına girmiyorsa “Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma (Kamu hizmetlerinden men)” suç açıklaması ile bilgi formu düzenlenir ve süresi ilgili bölüme işlenir.

Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma (Kamu hizmetlerinden men) cezası için konulan şerh men ceza süresi sonunda kaldırılır.

#### ***c. Genel Bilgi Toplama Programındaki Bilgilerin İptal ve Düşümü***

Genel Bilgi Toplama Yönergesi, programa kaydedilen verilen akıbeti konusunda ikili bir ayırım yapmaktadır. Buna göre belirli durumlarda kayıtlı bilgiler iptal edilecek, bazı bilgiler programa girilen verilerin hiç silinmemesi durumu ortaya çıkmaktadır.

#### **Yönerge'nin 9/b Maddesi Kapsamına Girmeyen Suçlarda**

- Yönerge'nin 9/b fıkrasının kapsamına girmeyen suçları işleyip firar edenlerin yakalanmaları halinde bunlar için açılan bilgi formları iptal ve tasniften çıkarılarak imha edilir.
- Askeri suçlardan aranır iken askerlik şube başkanlıklarınca takibinin durdurulmasına dair güvenlik kuvvetine yazı gönderilenlerin bilgisayardaki kayıtları iptal edilir.<sup>6</sup>
- Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma (kamu hizmetlerinden men) cezası alanların bilgi formları verilen ceza süresinin bitiminde iptal edilir.

#### **Yönerge'nin 9/b Maddesi Kapsamına Giren Suçlarda**

Yönerge'nin 9/b fıkrasında sayılan suçlarla ilgili olarak genel bilgi toplama programına kaydedilen bilgilerin iptal ve düşüm işlemleri, Yönerge'nin 17/c, d ve 18/a hükümlerine göre yapılacaktır.

Buna göre;

- Şüpheli/sanık yakalandığında, kişinin aranmasına ilişkin kayıt ile ilgili olarak düşüm işlemi yapılır ve sanığın “ARANIYOR” kaydı “YAKALANDI” şeklide değiştirilerek, mevcut bilgi formuna YAKALANDI kaşesi vurulur.
- Yönerge'nin 9/b fıkrasının bentlerinde yazılı suçları işleyenler hakkında beraat veya dava zaman aşımı nedeniyle davanın ortadan kaldırılmasına karar verildiğinde bilgi formları iptal edilir.
- Yönerge'nin 9/b fıkrasının kapsamına giren bir suçtan dolayı açılan bilgi formu, sadece yukarıda belirtilen kararların verilmiş olması halinde iptal edilecek ise de form iptalinin tanımında yapılan ayırmadan dolayı, bu hallerde dahi bilgi formu imha edilmeyecek, tasniften çıkarılarak iptal evrakı ekin-

<sup>6</sup> Yönerge'nin madde 18/a5 hükmüne göre; “Ancak askeri suçtan aranır iken güvenlik kuvvetlerince yakalanan yükümlüler hakkındaki kayıtların iptali için yakalanan kişinin askerlik şubesine teslim edilmesinden sonra, işlemlerinin tamamlanmasını müteakiben yerli askerlik şubesinin mülki makam aracılığı ile güvenlik kuvvetine düşüm yazısı göndermesi gerekir.”

de arşive alınacaktır. Yine Yönerge'nin (madde 17/d1) hükmüne göre; "Sanık hakkında, af, şartlı tahliye, adli sicil kaydının silinmesi, cezanın paraya çevrilmesi, tecil edilmesi ve ceza zaman aşımı kararı verilmesi halinde bilgi formu iptal edilmecektir."

## 5. Yönerge'nin Kanuni Dayanakları

### a. Genel Olarak

Genel Bilgi Toplama Yönergesi'nin hangi normlara dayalı olarak düzenlendiği, "Kanuni Dayanak" başlıklı 3. maddesinde açıklanmıştır. Buna göre söz konusu Yönerge, 3152 sayılı İçişleri Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun 13/c ve 33., 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu Ek 7. maddesi ile Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Yönetmeliği'nin 42. maddesinin e fıkrasına dayanılarak hazırlanmıştır. Görüldüğü üzere maddede iki kanun ve bir yönetmeliğe atıf yapılmaktadır. Kanunların her birisi için ayrı ayrı değerlendirme gereğinin yanında dayatılan Yönetmelik'in de dayandığı üst norma bakmak icap edecektir.

### b. 3152 Sayılı Kanun

#### 13. Maddesinin c Fıkrası Yönünden

3152 sayılı İçişleri Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un söz konusu 13. maddesinin c fıkrası, Kaçakçılık İstihbarat, Harekât ve Bilgi Toplama Dairesi Başkanlığı'nın görevlerini düzenlemektedir. "Kaçakçılık İstihbarat, Harekât ve Bilgi Toplama Dairesi Başkanlığı" başlıklı maddede,

"c) Suç işleyip ele geçmeyen kişilerin, çalınan veya kaybedilen motorlu taşıtların, ateşli silahların, kimliği ispata yarayan her türlü belgelerin kayıtlarını tutarak güvenlik kuvvetlerine bildirmek, görevli kuruluşlarla ilgili kuvvetleri arasında koordinasyon sağlamak."

Maddenin konumuzu ilgilendirmeyen kısmı<sup>7</sup> ayıklanıp esasa bakıldığında, bunun "Suç

işleyip ele geçmeyen kişilerin ... kayıtlarının tutulması"ndan ibaret olduğu açıktır.

Genel bilgi toplama sistemine dayanak kılınan ilk kanun hükmünün mevcut Yönerge'nin geniş kapsamını temellendirmediği açıkça ortadadır. Kanuna göre, hakkında kayıt tutulması gereken kişiler sadece "suç işleyip ele geçmeyen kişiler"den ibarettir. Görüldüğü üzere, Genel Bilgi Toplama Yönergesi'ne dayanak gösterilen ilk kanun maddesinin, bu Yönerge'nin "yakalansalar dahi bazı suçları işlemiş olan kişiler" hakkında kayıt tutulacağı şeklindeki düzenlemesine ve bu yöndeki uygulamaya mesnet kılınması mümkün değildir. Bir başka deyişle bu maddeye göre Yönerge, bu yönden temelsiz durumdadır ve kanuna aykırıdır

#### 33. Maddesi Yönünden

Genel Bilgi Toplama Yönergesi'ne dayanak gösterilen ikinci kanun maddesi olan aynı kanunun 33. maddesi şöyledir:

"Bakanlığın düzenleme görev ve yetkisi"

"Bakanlık, kanunla yerine getirmekle yükümlü oldukları hizmetleri; tüzük, yönetmelik, tebliğ, genelge ve diğer idari metinlerle düzenlemekle görevli ve yetkilidir."

Bu madde ile yerine getirmekle yükümlü oldukları hizmetleri idari metinlerle düzenleme konusunda İçişleri Bakanlığı yetkilendirilmiş olmaktadır.

Bu madde, İçişleri Bakanlığı'nın düzenleyeceği idari metinlerin ve bu arada inceleme konumuz olan Genel Bilgi Toplama Yönerge-

**Madde 13:** Kaçakçılık İstihbarat, Harekât ve Bilgi Toplama Dairesi Başkanlığı'nın görevleri şunlardır:

- Her türlü kaçakçılık faaliyetlerine ait istihbaratı Devlet çapında toplayıp değerlendirmek, kaçakçılığı men, takip ve tahkikle görevli kuruluşlara bilgi vermek, bağlı kuruluşların önleme ve yakalama faaliyetlerini yönlendirmek ve ilgili kuruluşlar arasında koordinasyon ve işbirliği yapılması için gerekli tedbirleri almak,
- Kaçakçılıkla mücadele, hedef, taktik ve usullerini tespit etmek ve eğitici nitelikte yayımlar yapmak,
- Suç işleyip ele geçmeyen kişilerin, çalınan veya kaybedilen motorlu taşıtların, ateşli silahların, kimliği ispata yarayan her türlü belgelerin kayıtlarını tutarak güvenlik kuvvetlerine bildirmek, görevli kuruluşlarla ilgili kuvvetleri arasında koordinasyon sağlamak.

<sup>7</sup> Maddenin tam metni şöyledir:

**Kaçakçılık İstihbarat, Harekat ve Bilgi Toplama Dairesi Başkanlığı**

si'nin kapsamı konusunda herhangi bir hüküm içermemektedir. Bu durumun sebebi, bu düzenlemelerin her birisinin konu ve kapsamının, —İçişleri Bakanlığı'na kanunla yüklenmiş— ilgili hizmetlerin kapsamına göre belirlenecek olmasıdır. İçişleri Bakanlığının idari metin düzenleme yetkisi, kanunla yerine getirmekle yükümlendirildiği hizmetler ile sınırlı ve bu hizmetler için geçerli olduğuna göre, bu düzenlemelerin sınır ve kapsamı da ilgili hizmetleri İçişleri Bakanlığı'na yükleyen kanunlardan anlaşılacaktır.

Buna göre, genel bilgi toplama hizmetleri açısından İçişleri Bakanlığı'na kanunla verilen hizmet yükümlülüğü, aynı kanunun yukarıda değerlendirilen 13. maddesinin c fıkrasında düzenlenmiş olduğuna göre bu konuda çıkarılacak yönergenin ve yerine getirilecek hizmetin kapsamının da anılan madde çerçevesinde olacağı açıktır. Söz konusu maddenin, “yakalansalar dahi Yönerge'nin 9. maddesinin b fıkrasına giren suçları işlemiş olan kişiler” hakkında kayıt tutulması konusunda İçişleri Bakanlığının yükümlendirmediği açıktır.

Böylelikle bu maddenin de Genel Bilgi Toplama Yönergesi'nin “yakalansalar dahi bazı suçları işlemiş olan kişiler” hakkında kayıt tutulacağı şeklindeki düzenlemesine ve bu yöndeki uygulamaya mesnet kılınmasının mümkün olmadığı açıkça ortaya çıkmaktadır.

### c. PVSK Ek Madde 7

Genel Bilgi Toplama Yönergesi'nin dayandırılan üçüncü kanun maddesi, 2559 Sayılı Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu Ek Madde 7. maddesidir:

“Polis Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasa düzenine ve genel güvenliğine dair önleyici ve koruyucu tedbirleri almak, emniyet ve asayiş sağlama üzere, ülke seviyesinde istihbarat faaliyetlerinde bulunur, bu amaçla bilgi toplar, değerlendirir, yetkili mercilere veya kullanma alanına ulaştırır. Devletin diğer istihbarat kuruluşlarıyla işbirliği yapar.”

Görüldüğü gibi bu madde, genel nitelikte istihbarat yapma yetki ve görevini düzenlemekte olup Genel Bilgi Toplama Yönergesi'ne dayanak kılınması isabetsizdir. Zira maddenin, açık bir şekilde istihbari nitelikteki bilgile-

rin toplanmasını konu edindiği açıktır. Bu kapsamda bilgi toplanmasının amacı, ancak anayasa düzenine ve genel güvenliğine dair önleyici ve koruyucu tedbirlerin alınması ve emniyet ve asayişin sağlanmasıdır. Belirtilen hedefler ise, suç işlenmesinden önceki durumu göstermektedir.

### d. JTG Yönergesi Madde 42/e

Genel Bilgi Toplama Yönergesi'nin dayandığı normları gösteren 3. maddesi, “Kanuni Dayanak” başlığını taşımakta iken, bu maddede bir yönetmelik hükmünün de sayılması olması oldukça dikkat çekicidir.

Yönerge'nin —yanlış da olsa— iki kanunun belirli hükümlerinin dışında doğrudan Yönetmelik hükmüne dayandırılması, 10.03.1983 tarih ve 2803 sayılı Jandarma Kanunu'nun “GBT kurumu”na dayanak kılınamayacağını farkında olduğunu düşündürmektedir. Zira anılan kanunda genel bilgi toplama kurumuna dayanak kılınabilecek bir hüküm bulunmamaktadır.

Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Yönetmeliği'nin<sup>8</sup> 42. maddesinin e fıkrası şöyledir:

“(Jandarma) Eski hükümlülerin, sabıkalı ya da şüpheli ve serserilerin, iş ve ilişkilerini araştırır. Belirli zaman aralıklarıyla çevrelerinde gizlice soruşturur ve elde ettiği bilgileri kayıtlara geçirerek; toplumun emniyet ve asayiş yönünden, gerekli önlemleri alır. Bu gibilerin suç işlemesini önler. Jandarmanın bu konuya ilişkin görevleri bir yönergede gösterilir.”

Bu maddenin de İçişleri Bakanlığı Kaçakçılık, İstihbarat, Harekât ve Bilgi Toplama Daire Başkanlığı Bilgi Toplama Yönergesi'nin “yakalansalar dahi bazı suçları işlemiş olan kişiler” ile ilgili olarak kayıt tutulmasını konu edinmediği ve bu uygulamayı temellendirmediği başkaca açıklamaya gerek bırakmayacak kadar açık olduğundan burada bu şekilde tespitle yetiniyoruz.

Bu itibarla yakalanmış olsa bile Yönerge'nin 9. maddesinin b fıkrasında sayılan suçlar ile ilgili hüküm ve hükme dayalı uygulamanın yasal bir dayanağının olmadığı, dola-

<sup>8</sup> Resmi Gazete, 17.12.1983, Sayı 18254.

yısıyla, Yönerge'nin bu konuya ilişkin hükümlerinin ve bu hükümler doğrultusunda yapılan bilgi toplama işlemlerinin hukuka aykırı olduğu sabittir.

## 6. Kanuni Dayanağı Olmadan Kişisel Verilerin Kaydedilmesi: Hukuka Aykırılık

### a. Hakkında Yakalama Kararı Bulunan Kişiler İle İlgili Veri Kaydedilmesi

Yönerge'nin hakkında yakalama emri düzenlenmiş olan kişiler hakkında arama kaydı tutulacağına ilişkin kısmı, hem sistemin kuruluş amacına uygun hem de ilgili kanun hükümlerine dayandığından hukuka uygundur. Bu husus, yukarıda incelenmiş olduğundan burada tespitle yetiniyoruz.

### b. Yönerge'nin 9/b Fıkrası Kapsamına Giren Suçlar İle İlgili Veri Kaydedilmesi

Yönerge'nin 9/b fıkrası kapsamına giren bir suçla ilgili olarak yakalanmış kişiler veya yakalama kararı olmasa bile hakkında kovuşturma açılmış kişiler hakkında bilgi kaydedilmesinin herhangi bir kanun hükmüne dayanmadığı yukarıda açık bir şekilde ortaya konulmuştur.

Genel Bilgi Toplama Yönergesi, kişisel verilerin kaydedilmesinde hukuka aykırılığı ortadan kaldıracak bir düzenleme niteliğinde değildir. Kişiler hakkında verilmiş olan arama kararlarının genel bilgi toplama programına kaydedilmesi, konu Genel Bilgi Toplama Yönergesi'nde düzenlendiği için değil, kanundan (3152 sayılı Kanunu'nun 13/c fıkrası) kaynaklandığı için hukuka uygundur. Arama kararları dışındaki bilgilerin genel bilgi toplama programına kaydedilmesi ise, bu yönde herhangi bir kanuni düzenleme olmadığından hukuka aykırıdır.

Kişiler ile ilgili verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "hukuka aykırı olarak kişisel verilerin kaydedilmesi"<sup>9</sup> başlıklı 135. maddesinin 1.

<sup>9</sup> Kişisel verilerin kaydedilmesi

fıkrası hükmüne göre suçtur. Zira burada kişisel verilerin kaydedilmesinde hukuka aykırılığı ortadan kaldıracak ve Yönerge'nin bu kapsamını hukuka uygun hale getirecek bir kanun düzenlemesi bulunmamaktadır.<sup>10</sup> Ayrıca genel bilgi toplama programına veri girişi, kamu görevlisi olan kolluk görevlileri tarafından yapıldığından bu suçların nitelikli hali gerçekleşmiş olacaktır.<sup>11</sup>

### c. Yakalamaya Rağmen Madde 9/b Kapsamındaki Bilgilerin Silinmemesi

Yönerge'nin; 9/b kapsamına giren bir suçtan dolayı hakkında arama kararı olmaksızın

**Madde 135:** (1) Hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydeden kimseye altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) Kişilerin siyasî, felsefî veya dinî görüşlerine, ırkî kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlâkî eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgileri kişisel veri olarak kaydeden kimse, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır.

<sup>10</sup> Nitekim TCK 135 maddesinin gerekçesinin konu ile ilgili bölümü de tezimizi desteklemektedir:

"Suçun konusu, kişisel verilerdir. Gerçek kişiyle ilgili her türlü bilgi, kişisel veri olarak kabul edilmelidir.

Söz konusu suç tanımında kişisel verilerin bilgisayar ortamında veya kağıt üzerinde kayda alınması arasında bir ayırım gözetilmemiştir. Bu bakımdan, söz konusu suç tanımı ile Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanan Türkiye'nin de 28 Ocak 1981 tarihinde imzalamakla taraf olduğu "Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabii Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme"nin ilgili hükümlerine geçerlilik tanınmıştır.

Bu suçun oluşabilmesi için, kişisel verilerin hukuka aykırı bir şekilde kayda alınması gerekir. Kişinin rızası ile kendisiyle ilgili bilgilerin kayda alınmasının suç oluşturmayacağı muhakkaktır. Belirli nitelikteki kişisel verilerin kayda alınması kanun hükmünün gereği olarak yapılmaktadır. Bu bakımdan, çeşitli kamu kurumlarında verilen kamu hizmetinin gereği olarak kişilerle ilgili bazı bilgiler ilgili kanun hükümlerine istinaden (vurgu yazara aittir.) kayda alınmaktadır. Bu durumlarda, söz konusu suç oluşmayacaktır".

<sup>11</sup> Nitelikli Hâller

**Madde 137:** (1) Yukarıdaki maddelerde tanımlanan suçların;

a) Kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle,

b) Belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle,

işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.

kovuşturma açılmış olan kişilerle ilgili bilgi kaydedilmesi hukuka aykırı olduğu gibi Yönerge'nin; 9/b kapsamına giren bir suçtan dolayı hakkında arama kararı verilmiş olan kişilerin yakalanmasına rağmen, yakalama kaydının "YAKALANDI" durumuna çevrileceğine ve ancak bazı sınırlı hallerde iptal edileceğine ilişkin hükümleri de herhangi bir kanuna dayanmadığından kanuna aykırıdır.

Kaldı ki Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 90. maddesinin 6. fıkrasına, "Yakalama emrine konu işlemin yerine getirilmesi nedeniyle yakalama emrinin çıkarılma amacının ortadan kalkması durumunda mahkeme, hâkim veya Cumhuriyet savcısı tarafından yakalama emrinin derhal iadesi istenir".

Yakalamaya rağmen arama kaydının iptal edilmemesi şeklindeki düzenleme ve uygulama, herhangi bir kanun hükmüne dayanmadığından Türk Ceza Kanunu'nun 138. maddesinde düzenlenmiş olan "Verileri yok etme"<sup>12</sup> suçunu oluşturmaktadır. Bu hükümde belirtilen halin gerçekleşmesine rağmen yakalama emrinin iadesini istemeyen hâkim ve cumhuriyet savcısı bakımından görevi ihmal ve bu talimatı aldığı halde gereğini yerine getirmeyen kolluk görevlileri bakımından ise, bu maddedeki "verileri yok etme" suçunun unsurları oluşmuş olacaktır.

#### **d. Yakalamaya Rağmen Arama Kararlarının İptal Edilmemesi**

Hakkında verilmiş arama kararı yerine getirilmiş olmasına rağmen genel bilgi toplama programındaki arama kayıtlarının düşürülmemesi sebebiyle zaman zaman kişiler hakkında haksız yakalama ve gözaltı işlemlerinin yapıldığı görülmektedir. Bu durumun hukuka aykırı olduğu ve yukarıda açıklanan "Verileri yok etme" suçunu oluşturduğu açıktır. Ayrıca idare hakkında tazminat davası açılması mümkündür.<sup>13</sup>

#### **12 Verileri Yok Etmeme**

**Madde 138:** (1) Kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına karşın verileri sistem içinde yok etmekle yükümlü olanlara görevlerini yerine getirmediğinde altı aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir.

**13** "Gıyabi tutukluluk kararının mahkemece kaldırılmasına rağmen, davacının şikayetçi olarak gittiği karakol-

## **GBT SORGULAMASI – GBT UYGULAMASI**

### **1. Genel Olarak**

Günlük hayatta "GBT uygulaması" olarak nitelenen bir uygulama, yaygın ve sık bir şekilde yapılmaktadır. Bu uygulama, kolluk kuvvetleri tarafından fiili tertibat alınmak suretiyle, havalimanlarında, şehir meydanlarında, toplu taşıma araçlarında, yollarda gelip geçen kişiler hakkında ve kişilerin kimlik belgeleri üzerinden genel bilgi toplama programından sorgulama yapılması şeklinde gerçekleştirilmektedir.

Genel bilgi toplama programında sorgulama, kolluk kuvvetlerinin genel bilgi toplama ile görevli ve yetkili birimleri tarafından yapılır.

Bu bölümde incelenen her türlü GBT sorgulaması ve/veya uygulaması, hakkında arama kararı bulunan kişilerin yakalanmasını amaçlamak durumundadır.

Kolluk kuvvetleri, kişilere kimlik sorma yetkisini kullandığı hemen her durumda genel bilgi toplama programından bu kişilerin genel bilgi toplama kayıtlarına da bakmakta, haklarında herhangi bir arama kaydının olup olmadığını kontrol etmektedir.

Sistemde sorgulama yapıldığı her durumda da bu kayıtlar, sistemde tarama yapan görevlilerin önüne gelmekte, hakkında kayıt tutulmuş olan kişilere peşinen suçlu nazarıyla bakılmasına, bu görevliler veya merciler karşısında suçlu sayılarak, bu bakış doğrultusunda aleyhine tavır alınması veya işlem yapılmasına sebebiyet vermektedir. Bu şekilde uygulama ile idareye başvuran bir kişinin, ruhsat başvurusuna bu kayıtlar sebebiyle olumsuz cevap

da, kaldırılmış olan gıyabi tutuklama kararı uygulanıp gözaltına alınmasında idarelerin ağır hizmet kusuru bulunduğu, bu nedenle idarelerce davacının maddi ve manevi zararlarının tazmini gerektiği" yönündeki karar için bkz.: **Danıştay 10. Daire**, E. 2006/6131 K. 2008/4559 T. 18.06.2008.); "Hapis cezası infaz edilmesine rağmen genel bilgi toplama sisteminden silinmediğinden davacının belli aralıklarla gözaltına alınmasında idarenin hizmet kusuru bulunduğu ve bu sebeple duyulan elem ve üzüntü karşılığı manevi tazminat ödenmesi gerektiği" yönündeki karar için bkz.: **Danıştay 10. Daire**, E. 2007/1376 K. 2007/4756 T. 17.10.2007. (kazanci.com)

verilmesi veya hakkında kayıt bulunan bir kişi hakkında başkaca bir suçtan dolayı tabi tutulduğu bir soruşturma veya kovuşturmada önyargılı davranılması, sistemdeki kayıtların soruşturma veya kovuşturma konusu olay ile hiçbir ilgisi olmasa bile bu kayıtların ilgili kişi aleyhine karine olarak kullanılması ve mesela hakkında tutuklama kararı verilirken suç işlemiş olabileceğine ilişkin kanaatin kuvvetlenmesine yol açması her zaman mümkündür.

Kamu görevine talip olan veya kamu otoritelerinden herhangi ruhsat vb. nitelikte izin alınmasını gerektiren her durumda başvurusunun genel bilgi toplama sisteminde kaydının olup olmadığına bakılmakta, sonucuna göre işlem yapılmaktadır.

## 2. GBT Sorgulaması

### a. Polisin Durdurma ve Kimlik Sorma Yetkisi

2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'na, 5681 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile eklenmiş olan "Durdurma ve Kimlik Sorma" başlıklı 4/A maddesinin 1. fıkrasının "c" bendine<sup>14</sup> göre, Polis, "Hakkında yakalama emri

ya da zorla getirme kararı verilmiş olan kişileri tespit etmek amacıyla" kişileri ve araçları durdurabilir. Bu tespit, polis tarafından, elindeki yakalama emri veya zorla getirme kararındaki bilgilerden yola çıkılarak ve öncelikle kişilerden alacağı kimlik belgeleri üzerinden yapılacağına göre, bu durumda genel bilgi toplama programında kayıt sorgulaması yapılacağı tabiidir.

Belirtmek gerekir ki bu yetki, sınırsız olmayıp belirli şartlara bağlıdır. Buna göre durdurma ve kimlik sorma yetkisinin şart ve unsurları şunlardır:

Durdurma süresi, durdurma sebebine esas teşkil eden işlemin gerçekleştirilmesi için zorunlu olan süreden fazla olamaz.

Durdurma sebebinin ortadan kalkması halinde kişilerin ve araçların ayrılmasına izin verilir.

Polis, durdurduğu kişi üzerinde veya aracında silah veya tehlike oluşturan diğer bir eşyanın bulunduğu hususunda yeterli şüphenin varlığı halinde, kendisine veya başkalarına zarar verilmesini önlemek amacıyla yönelik gerekli tedbirleri alabilir. Ancak bu amaçla kişinin üzerindeki elbisenin çıkarılması veya aracın, dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin açılması istenemez.

Bu Kanun ve diğer kanunların verdiği görevlerin yerine getirilmesi sırasında, polis tarafından gerekli işlemler için durdurulan kişiler ve araçlarla ilgili hükümler saklıdır.

Polis, görevini yerine getirirken, kendisinin polis olduğunu belirleyen belgeyi gösterdikten sonra, kişilere kimliğini sorabilir. Bu kişilere kimliğini ispatlamaları hususunda gerekli kolaylık gösterilir.

Belgesinin bulunmaması, açıklamada bulunmaktan kaçınması veya gerçeğe aykırı beyanda bulunması dolayısıyla ya da sair surette kimliği belirlenemeyen kişi tutularak durumdan derhal Cumhuriyet savcısı haberdar edilir. Bu kişi, kimliği açık bir şekilde anlaşılincaya kadar gözaltına alınır ve gerekirse tutuklanır. Gözaltına ve tutuklamaya karar verme yetkisi ve usulü bakımından 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri uygulanır.

Kimliğinin tespiti amacıyla tutulan kişiye, kimliği tespit edildikten sonra ve talepte bulunması halinde, bu amaçla tutulduğuna ve tutulma süresine dair bir belge verilir. Kişinin kimliğinin belirlenmesi durumunda, bu nedenle gözaltına alınma veya tutuklanma haline derhal son verilir.

Nüfusa kayıtlı olmadığı için kimliği tespit edilemeyen kişilerin nüfusa kayıtlarının temini için gerekli işlemler yapıldıktan sonra, 5'inci maddeye göre fotoğraf ve parmak izi tespit edilerek kayda alınır.

Kimliği tespit edilemeyen kişinin yabancı olduğunun anlaşılması halinde, 5682 sayılı Pasaport Kanunu ve 5683 sayılı Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun hükümlerine göre işlem yapılır.

<sup>14</sup> GBT uygulamasına dayanak kılınabileceğinden maddenin tam metnini veriyoruz:

#### Durdurma ve Kimlik Sorma

Madde 4/A: (Ek: 5681 - 2.6.2007 / madde 1) Polis, kişileri ve araçları;

- Bir suç veya kabahatin işlenmesini önlemek,
- Suç işlendikten sonra kaçan faillerin yakalanmasını sağlamak, işlenen suç veya kabahatlerin faillerinin kimliklerini tespit etmek,
- Hakkında yakalama emri ya da zorla getirme kararı verilmiş olan kişileri tespit etmek,
- Kişilerin hayatı, vücut bütünlüğü veya malvarlığı bakımından ya da topluma yönelik mevcut veya muhtemel bir tehlikeyi önlemek, amacıyla durdurabilir.

Durdurma yetkisinin kullanılabilmesi için polisin tecrübesine ve içinde bulunulan durumdan edindiği izlenime dayanan makul bir sebebin bulunması gerekir. Süreklilik arz edecek, fiili durum ve keyfilik oluşturacak şekilde durdurma işlemi yapılamaz.

Polis, durdurduğu kişiye durdurma sebebini bildirir ve durdurma sebebine ilişkin sorular sorabilir; kimliğini veya bulundurulması gerekli diğer belgelerin ibraz edilmesini isteyebilir.

- Hakkında yakalama emri ya da zorla getirme kararı verilmiş olan kişileri tespit etmek amacı,
- Polisin tecrübesine ve içinde bulunulan durumdan edindiği izlenime dayanan makul bir sebebin bulunması,
- Süreklilik arz edecek, fiili durum ve keyfilik oluşturacak şekilde durdurma işlemi yapılmaması.

Önemle belirtmek gerekir ki hakkında arama kararı bulunan kişilerin yakalanması için tek yol bu maddede belirtilen uygulamanın yapılması değildir. Aksine bu amaçla başvurulması gereken asıl yöntem, aranan kişilerin bilinen adreslerinde, nüfus kayıtlarının bulunduğu yerde aranmasıdır.

Dolayısıyla belirli bir şüpheli/sanık hakkında olmaksızın ve “hakkında arama kaydı bulunan herhangi bir kişinin uygulama yapılan kişilerin içerisinde bulunabileceği” şeklinde bir saikle, insanların kalabalık olarak bulunduğu yerlerde gelip geçen herkes hakkında uygulanan durdurma ve kimlik sorma işlemleri kana ve hukuka aykırıdır.

### **b. 5271 Madde 116-118 ve 2559 Madde 13, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği Madde 30: Yakalama Amacıyla Arama**

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun “Şüpheli veya sanıkla ilgili arama” başlıklı 116. maddesine göre, “*Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir.*”

Yine aynı kanunun “Diğer kişilerle ilgili arama” başlıklı 117. maddesine göre,

- 1) Şüphelinin veya sanığın yakalanabilmesi veya suç delillerinin elde edilebilmesi amacıyla, diğer bir kişinin de üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir.
- 2) Bu hallerde aramanın yapılması, aranan kişinin veya suçun delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığına bağlıdır.

- 3) Bu sınırlama, şüphelinin veya sanığın bulunduğu yerler ile, izlendiği sırada girdiği yerler hakkında geçerli değildir.

Bu konu ile ilgili diğer bir hüküm ise, gece arama yapılmasını sınırlayan aynı kanunun “Gece yapılacak arama” başlıklı 118. maddesidir:

- 1) Konutta, işyerinde veya diğer kapalı yerlerde gece vaktinde arama yapılamaz.
- 2) Suçüstü veya gecikmesinde sakınca bulunan haller ile yakalanmış veya gözaltına alınmış olup da firar eden kişi veya tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanması amacıyla yapılan aramalarda, birinci fıkra hükmü uygulanmaz.

2559 sayılı Kanun'un 13. maddesinin B fıkrası ise, bu hususta polisi yetkilendirmektedir. “Polis, haklarında yetkili mercilerce verilen yakalama veya tutuklama kararı bulunanları, yakalar ve gerekli kanuni işlemleri yapar.”

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin<sup>15</sup> “Konut, işyeri ve eklentilerinde aramanın yapılması” başlıklı 30. maddesi şöyledir: “*Haklarında gıyabî tutuklama veya tutuklama kararı ile yakalama emri veya zorla getirme kararı bulunan kişilerin yakalanması için yapılacak aramalarda, ayrıca arama kararı verilmesi gerekli değildir. Bu gibi hâllerde sadece yakalanacak kişiyle ilişkili işlemler yapılabilir. O yerde bulunan diğer kişiler hakkında, ayrıca karar verilmemişse, arama yapılamaz.*”

Bu hükümler, arama kararlarının yerine getirilmesinde asıl uygulanması gereken yöntemi düzenlemektedir. Buna göre hakkında yakalama emri düzenlenmiş kişilerin yakalanmasında başvurulacak temel yöntem, aranan kişilerin bilinen adreslerinde, nüfus kayıtlarının bulunduğu yerde arama (ve araştırma) yapılmasıdır.

Bu hükümlerle ilgili olarak ilk dikkat çeken husus, bu maddede düzenlenen “arama” işleminin, herkesle ilgili değil, ancak belirli bir soruşturma veya kovuşturma çerçevesinde ve o soruşturma veya kovuşturmanın şüpheli veya sanığı olan kişiler hakkında söz konusu

<sup>15</sup> Resmi Gazete, 01.06.2005, Sayı 25832.

olmasıdır. Yine bu kişiler için dahi olsa arama işlemi, makul şüphenin varlığına bağlıdır.

Buna göre;

- Şüpheli veya sanığın yakalanması amacıyla,
- Yakalanabileceği hususunda makul şüphe varsa,
- Şüphelinin veya sanığın eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerlerde, arama yapılabilir.

Diğer kişiler ile ilgili arama yapılabilmesi ise, yukarıda sayılan şartlara ilave olarak;

- Aranılan kişinin belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığının bulunmasına bağlıdır. Ancak, şüphelinin veya sanığın bulunduğu yerler ile, izlendiği sırada girdiği yerler hakkında bu şartların varlığı aranmayacaktır.
- Arama kararı için iki halde de geçerli olan diğer bir sınırlama ise, aramanın gece yapılamayacak olmasıdır. Ancak kanun, bu sınırlamaya da bir istisna getirmiştir: Suçüstü veya gecikmesinde sakınca bulunan haller ile yakalanmış veya gözaltına alınmış olup da firar eden kişi veya tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanması amacıyla yapılacak aramalar.<sup>16</sup>

Gerek, 5271 sayılı Kanun'un 116. maddesi, gerekse, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 30. maddesi, "konut ve işyeri ve diğer yerlerde arama yapılması"nın düzenlenmektedir. Buna göre, arama işlemi, belirtilen yerlerde haklarında gıyabî tutuklama veya tutuklama kararı ile yakalama emri veya zorla getirme kararı bulunan kişilerin yakalanması için yapılabilecektir. Bu işlem, bu amaç ve kapsamla sınırlı olarak yapılmak gerektiğinden, bu aramada kendisi dolayısıyla işlem yapılmakta olan kişinin orada bulunup bulunmadığı araştırılacaktır. Bu arama, bir konut, işyeri ve eklentisine girilerek orada bul-

nan kişiler hakkında genel bilgi toplama sisteminde kayıt olup olmadığının kontrolünü sağlamak amacıyla değil, hakkında aramak kararı bulunan belirli bir kişinin yakalanması amacıyla yapılabilecektir.

Bu tür bir arama işleminin yapılabilmesi için genel bilgi toplama sisteminde hakkında arama kaydı bulunan kişi veya kişilerin "arama" yapılacak "o yer"de bulunabileceği konusunda "adli ve önleme aramalarında" aranan makul şüphenin mevcut olması gerekir. Nitekim bu maddelerde, bu kişiler dışındaki kişiler bakımından yapılacak işleme sınırlama getirilmiştir. Bu sınırlamalar, bu maddelerdeki aramanın, her hal ve şart veya her kişi hakkında değil, haklarında tutuklama kararı veya yakalama emri veya zorla getirme kararı bulunan kişiler hakkında icra edilebileceğini, ilgisiz kişiler hakkında arama yapılamayacağını, bunun için olan usul ve şartlara uygun bir arama kararının bulunması gerektiğini göstermektedir. Buna göre, sadece hakkında genel bilgi toplama sisteminde kayıt bulunan, adı-sanı belli kişilerin yakalanması amacıyla ve ancak bu kişilerin orada bulunabileceğini gösteren şüphe sebeplerinin bulunması halinde konut, işyeri veya eklentilerine arama yapılmak üzere girilecek olup başka kiler hakkında genel bilgi toplama sorgulaması yapılamaz.

### ***c. Yakalanan Kişiler Hakkında GBT Sorgulaması***

Kolluk kuvvetleri, bir soruşturma aşamasında ifadesini alacakları ve/veya yakaladıkları kişiler hakkında rutin bir işlem olarak genel bilgi toplama programında sorgulama yapmaktadır. Buna göre, yakalanan bir kişi, başka bir suçtan dolayı hakkında arama kararı bulunup bulunmadığı araştırılmadan, serbest bırakılmamaktadır. Kolluk kuvvetlerinin bu sorgulamayı yapmadan hakkında arama kararı bulunan bir kişinin serbest kalmasına sebep olması halinde "görevi ihmal" suçunu işlemiş olacağı kabul edilmektedir.<sup>17</sup>

<sup>16</sup> **Madde 118:** (1) Konutta, işyerinde veya diğer kapalı yerlerde gece vaktinde arama yapılamaz.

(2) Suçüstü veya gecikmesinde sakınca bulunan haller ile yakalanmış veya gözaltına alınmış olup da firar eden kişi veya tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanması amacıyla yapılan aramalarda, birinci fıkraya hükmü uygulanmaz.

<sup>17</sup> "Bilgi Toplama Yönergesine göre, adli soruşturma nedeniyle yakalanan kişilerin aranan kişilerden olup olmadıklarının araştırılması da bu hususta ayrıca ve özellikle bir emir verilmesini gerektirmeyen, rutin olarak yapılması gereken işlemlerdendir." Yargıtay



### 3. GBT Uygulaması

#### a. “GBT Yakalaması”

“GBT Yakalaması” şeklinde tanımlanan ve bir kişinin peşinen yakalanıp daha sonra hakkında genel bilgi toplama programında sorgu yapılması durumunu ifade eden uygulama, kanunda düzenlenmeyen bir yakalama tarzıdır.

GBT Yakalaması, hakkında arama kararı bulunan kişinin yakalanmasından farklıdır. Değinen ve yukarıda incelenmiş olan işlemde, sanık hakkında yakalama emri düzenlendiği tespit edildikten sonra yakalanması söz konusu iken; burada tam zıddı bir uygulama söz konusudur.

Hangi hallerde yakalama emrinin düzenlenebileceği konusu, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 98. maddesinde<sup>18</sup> açıkça belirtilmiş olup anılan maddelerde genel bilgi toplama programında sorgu yapmak üzere ve/veya bu amaçla yakalama yapılmasına imkân tanıyan bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla “GBT yakalaması”, kanuna ve hukuka açıkça aykırıdır.

#### b. 2559 Madde 9: Önleme Araması

Uygulamada “GBT sorgulaması”nın sıklıkla yapıldığı yerlere ilişkin düzenlemeler içerdiğinden “GBT uygulamasına” dayanak teşkil eder görünen 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu’nun 5681 sayılı Kanun’un 3.

Ceza Genel Kurulu, E. 2002/4-255 K. 2002/383, 12.11.2002. (kazanci.com)

#### <sup>18</sup> Yakalama Emri ve Nedenleri

**Madde 98:** (Değişik 1. fıkrası: 5353 - 25.5.2005 / madde 10) (1) Soruşturma evresinde çağrı üzerine gelmeyen veya çağrı yapılamayan şüpheli hakkında, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hakimi tarafından yakalama emri düzenlenebilir. Ayrıca, tutuklama isteminin reddi kararına itiraz halinde, itiraz mercii tarafından da yakalama emri düzenlenebilir.

(2) Yakalanmış iken kolluk görevlisinin elinden kaçan şüpheli veya sanık ya da tutukevi veya ceza infaz kurumundan kaçan tutuklu veya hükümlü hakkında Cumhuriyet savcıları ve kolluk kuvvetleri de yakalama emri düzenleyebilirler.

(3) Kovuşturma evresinde kaçak sanık hakkında yakalama emri re’sen veya Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hakim veya mahkeme tarafından düzenlenir.

(4) Yakalama emrinde, kişinin açık eşkali, bilindiğinde kimliği ve yüklenen suç ile yakalandığında nereye gönderileceği gösterilir.

maddesi ile değişik “Önleme Araması” başlıklı 9. maddesinin; gerek düzenlediği konu gerekse hedeflediği amaç itibarıyla bu nitelikten uzak olduğu açıkça anlaşılmaktadır:

“Polis, tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla usulüne göre verilmiş sulh ceza hakiminin kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülki amirin vereceği yazılı emirle; kişilerin üstlerini, araçlarını, özel kağıtlarını ve eşyasını arar; alınması gereken tedbirleri alır, suç delillerini koruma altına alarak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre gerekli işlemleri yapar.”

Uygulamada kolluk kuvvetlerinin önleme araması kapsamında kimlik sorma işlemine tabi tuttuğu kişilerin genel bilgi toplama kayıtlarını da sorguladığı görülmektedir. Ancak polis teşkilatına verilen bu yetkinin amacı, suç işlenmesini önlemek olduğuna göre bu madde kapsamında uygulama yapıldığında kişiler hakkında GBT sisteminde sorgulama yapılmaması gerekir.

İncelediğimiz maddede düzenlenen işlemlerin amacı, 1. fıkrasında belirtildiği üzere, “tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi”nden ibarettir. Bu amaç, hakkında arama kararı bulunan kişilerin tespitini amaçlaması gereken “GBT uygulamasına” dayanak teşkil edemez.

Bu madde gereğince yapılacak uygulamanın da hakkında arama kararı bulunan kişilerin tespiti ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Zira bu madde gereğince, belirtilen yerlerde ve maddede gösterilen şartların varlığı halinde polis, “*kişilerin üstlerini, araçlarını, özel kağıtlarını ve eşyasını arar; alınması gereken tedbirleri alır, suç delillerini koruma altına alarak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre gerekli işlemleri yapar*”. Sayılan işlemler arasında GBT uygulamasına haklılık kazandıracak bir işlemin olmadığı görülmektedir.

### 4. Avukatlara Cezaevlerinde GBT Sorgulaması

Tutuklu veya hükümlü bulunan müvekkille-ri ile görüşmek için cezaevlerine giden avukatlar hakkında genel bilgi toplama programında sorgulama yapıldığı ve bunun neticesinde bazı avukatlar hakkında işlem de yapıldığı bilinmektedir.

Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü tarafından İçişleri Bakanlığı'na gönderildiğini öğrendiğimiz bir yazı ile "Jandarmanın, Bilgi Toplama Yönergesi gereği ve lüzumu hâlinde genel Bilgi Toplama sorgulamasını avukatın hükümlü ve tutukluya erişimini engellemeyecek, kısıtlamayacak veya zorlaştırmayacak şekilde yapmasının uygun olacağı" bildirilmiştir.

Müvekkilliği ile görüşmek için cezaevlerine girerken avukat olduğunu gösteren belgeyi görevlilere ibraz ve teslim eden avukatlar hakkında, yokluklarında ve rızalarının alınması söz konusu olmaksızın, teslim ettikleri belgeler üzerinden genel bilgi toplama programında sorgulama yapılması, yargı görevi yapan avukatın saygınlığına gölge düşürecek bir uygulamadır.

Türk Ceza Kanunu'nun tanımlar başlıklı 6. maddesine göre, yüksek mahkemeler ve adli, idarî ve askerî mahkemeler üye ve hâkimleri ve Cumhuriyet savcısı gibi avukatlar da yargı görevi yapmaktadır. Yine hâkim ve savcılar gibi avukatlar hakkında da soruşturma ve kovuşturma yapılması ve haklarında koruma tedbirlerine başvurulması bazı şart ve esaslara bağlanmıştır.<sup>19</sup> Avukat, aynı zamanda ceza

muhakemesi sisteminde savunma makamını temsil etmektedir.

Cezaevlerinde müvekkilliği ile görüşmeye gelen avukatlar hakkında genel bilgi toplama programında sorgulama yapılması, avukatlara sağlanan kanuni güvencelere aykırı olduğu gibi bu uygulamanın herhangi bir kanuni dayanağı da bulunmamaktadır.

Kaldı ki hakkında arama kararı bulunduğu öğrenilen avukat yakalanıp gözaltına alınmayacak ve böylelikle arama kararının gereği de yerine getirilemeyecektir. Zira kanuna göre, avukatlar hakkında ancak ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü halinde ve bizzat Cumhuriyet savcısı tarafından soruşturma yapılacaktır. (19.03.1969 tarih ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu, madde 61)

Yine kim olursa olsun hakkında arama kararı bulunan kişilerin yakalanmasında öncelikli işlem, onların bilinen adreslerinden araştırma yapılmasıdır. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'na göre bir büro tutmak ve bürosunu veya konutunu değiştirdiğinde yenilerinin adresini bir hafta içerisinde baroya bildirmek zorunda olan<sup>20</sup> bir avukat hakkında verilmiş olan bir

#### **19 Soruşturmaya Yetkili Cumhuriyet Savcısı:**

Madde 58: (Değişik madde: 23.01.2008-5728 S.K./331. madde).

Avukatların avukatlık veya Türkiye Barolar Birliği ya da baroların organlarındaki görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı haklarında soruşturma, Adalet Bakanlığının vereceği izin üzerine, suçun işlendiği yer Cumhuriyet savcısı tarafından yapılır. Avukat yazıhaneleri ve konutları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısı denetiminde ve baro temsilcisinin katılımı ile aranabilir. Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatın üzeri aranamaz.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Ceza Muhakemesi Kanununun duruşmanın inzibatına ilişkin hükümleri saklıdır. Şu kadar ki, bu hükümlere göre avukatlar tutuklanamayacağı gibi, haklarında disiplin hapsi veya para cezası da verilemez.

Kovuşturma İzni, Son Soruşturmanın Açılması Kararı ve Duruşmanın Yapılacağı Mahkeme:

Madde 59: 58'inci maddeye göre yapılan soruşturmaya ait dosya Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğüne tevdi olunur. İnceleme sonunda kovuşturma yapılması gerekli görüldüğü takdirde dosya, suçun işlendiği yer ağır ceza mahkemesine en yakın bulunan ağır ceza mahkemesi Cumhuriyet Savcılığına gönderilir.

Cumhuriyet Savcısı beş gün içinde, iddianamesini düzenleyerek dosyayı son soruşturmanın açılmasına veya açılmasına yer olmadığına karar verilmek üzere ağır ceza mahkemesine verir.

İddianamenin bir örneği, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun hükümleri uyarınca, hakkında kovuşturma yapılan avukata tebliğ olunur. Bu tebliğ üzerine avukat, kanunda yazılı süre içinde bazı delillerin toplanmasını ister veya kabule değer bir istemde bulunursa nazara alınır, gerekirse soruşturma başkan tarafından derinleştirilir.

Haklarında son soruşturmanın açılmasına karar verilen avukatların duruşmaları, suçun işlendiği yer ağır ceza mahkemesinde yapılır. (Ek cümle: 02.05.2001 - 4667/38. madde) Durum avukatın kayıtlı olduğu baroya bildirilir.

#### **20 Büro Edinme Zorunluluğu:**

**Madde 43:** Her avukat, levhaya yazıldığı tarihten itibaren üç ay içinde baro bölgesinde bir büro kurmak zorundadır. Büronun niteliklerini barolar belirtir.

Bir avukatın birden fazla bürosu olamaz. Birlikte çalışan avukatlar ayrı büro edinemezler. (Ek cümleler: 02.05.2001 - 4667/29. madde) Avukatlık ortaklığı yurt içinde şube açamaz. Milletvekilleri, milletvekilliği süresince avukatlık yapamazlar.

Bürosunu veya konutunu değiştiren avukat yenilerinin adreslerini bir hafta içinde baroya bildirmek zorundadır.

arama kararının, usulüne uygun iş ve işlem yapılmak suretiyle her zaman yerine getirilmesi mümkün görünmektedir.

## GBT KAYITLARININ KULLANILMASI

### 1. Genel Olarak

GBT kısaltmasının açılımı ve genel olarak sistemin tanımlanması yapılırken bu ifadeler, çoğu zaman genel bilgi tarama olarak okunup anlaşıldığı görülmektedir. Mahkeme kararları da dahil bazı yerlerde “genel bilgi tarama” niteliğinin, genel bilgi toplama kurumu ve uygulamasının yerine kullanıldığı görülmektedir. Oysa bilginin toplanması ve kullanılması ayrı ayrı süreçleri oluşturmaktadır. Genel bilgi tarama olarak ifade olunan uygulama, belirli durumlarda belirli kişiler hakkında genel bilgi toplama sisteminde arama yapılmasını, bulunan sonuçların kaydedilerek ilgili mercilere iletilmesini ifade etmektedir.

Yukarıda kısaca açıklandığı üzere Genel bilgi toplama programında toplanıp kayıt altına alınmış olan bilgilerin işin tabiatı gereği gizli kalmayacağı ve kullanıma sokulacağı açıktır. Zira kullanılma, bilgi toplamanın doğal, anlaşılabilir ve beklenebilir bir sonucudur.

Elde edilerek arşivlenen ve kayıtlara geçirilen bilgilerin kullanılacağı tabii olmakla birlikte burada önemli olan hangi bilgilerin nerede ve ne amaçla kullanılacağı hususudur.

Hangi hallerde genel bilgi toplama sisteminde sorgulama yapılacağı konusu, Yönerge’de sınırlı olarak düzenlenmiştir. Konuyu düzenleyen Yönerge’nin 10. maddesinin b fıkrasına göre, “*Güvenlik kuvvetleri kendi sorumluluk alanında el koydukları olaylarda; suç işleyen şahsın bilgisayar sorgulamasını yapar, geçmişte işledikleri suç kayıtları varsa tespit eder, soruşturma evrakına yazar.*”<sup>21</sup>

<sup>21</sup> Yapılacak işlemi daha ayrıntılı bir şekilde düzenleyen diğer bir madde ise şöyledir:

#### Adli Soruşturmalar

**Madde 20:** a) Güvenlik kuvvetlerince yapılan adli soruşturmalarda, şüpheli yakalandığında adli makamlara teslim edilmeden önce, bilgisayar ortamında şahsın sorgulaması yapılır. Varsa alınan bilgiler, soruşturma dosyasına ilave edildikten sonra adli makamlara sevk edilir.

Burada herhangi bir ayırım veya tanımlama yapılmadan “kişi hakkında bulunacak suç kaydı”nın soruşturma dosyasına konulacağı belirtilmektedir. Nitekim uygulamada hem yakalama kararları hem de Yönerge’nin 9/b hükmünün kapsamına giren suçlara ilişkin kayıtlar kolluk görevlileri tarafından soruşturma dosyasına konulmaktadır.

Genel Bilgi Toplama Yönergesi’nin bir arama kararı olmadan da Yönerge’nin 9/b hükmü kapsamına giren suç iddiaları ile ilgili olarak kişiler hakkında genel bilgi toplama programında kayıt tutulmasına ilişkin hükmünün kanuni dayanağının bulunmadığı ve bu düzenlemenin hukuka aykırı olduğu yukarıda açıklanmıştır.

Yönerge’nin 9/b hükmünün kapsamına giren bir suç ile ilgili olarak hakkında kayıt bulunan kişilerin, tutulan kayıtların kullanılması neticesinde, başka bir zamanda bununla ilgili olmayan başka bir suç için yapılan adli bir işlem esnasında genel bilgi toplama kurumunun yasak meyvesi marifetiyle, peşinen suçlu sayılabileceği kuvvetle muhtemeldir.

Aynı şekilde kişi hakkında sistemde bulunan arama kararlarının da işlevini aşacak tarzda kullanılması halinde de aynı tehlikeye yol açılması her zaman mümkündür.

## 2. GBT Kayıtlarının Kullanılması

### a. Kullanılacak Bilgiler

Yönerge’nin 10. maddesinin b fıkrasına göre, güvenlik kuvvetlerinin bir soruşturma yürütürken, genel bilgi toplama programından sanığın sorgulamasını yaparak tespit edip soruşturma evrakına yazacağı bilgiler, onun

b) Bilgisayar ortamında yapılan sorgulamada, şahsın başka yer güvenlik kuvvetlerince arananlardan olduğu tespit edildiğinde, arayan makama bilgi verilmekle birlikte, (a) fıkrasındaki anılan soruşturma dosyasına bu husus işlenerek adli merciinde bilgisine sunulması sağlanır.

c) Şahsın üzerinde çıkan kimlik belgesi, ateşli silah ile kullandığı motorlu taşıtın da çalıntı veya sahte olup olmadığı açısından bilgisayar ortamında sorgulamaları sağlanır.

d) Sanığın Cumhuriyet Başsavcılığına intikali sırasında hakkında yapılan soruşturma dosyasına 2 adet “Sanık Karar Takip Formu” (EK-C-2) konulur.

“geçmişte işlediği suç kayıtları”dır. Buna göre, soruşturma dosyasına konulacak bilgi, kişi hakkında soruşturma yapılırken onun hakkında tespit edilen arama kararlarından ibaret olmayıp kendisi ile ilgili olarak sistemde tespit edilecek bütün bilgilerin kullanılmasını öngörmektedir.

Buna göre, genel bilgi toplama programında kayıt altına alınacak ve dolayısıyla Yönerge'nin incelemekte olduğumuz 10/b hükmüne göre kullanılacak bilgiler, kişiler hakkında verilmiş olan arama kararları ile Yönerge'nin 9/b maddesinin kapsamına giren bir suçtan dolayı kişiler hakkında tutulmuş olan bilgilerdir.

### **b. “Suç Kaydı” Deyimi**

Yönerge'nin bu maddesinde ve başka pek çok yerinde kullanılan “suç kaydı” deyim, dikkat çekmektedir. Öncelikle bu deyim, bir hukuki deyim olmadığını belirtilmesi gerekir. Zira bu Yönerge, kişilerin belirli bir suç işlediği konusunda kesin hüküm olduğunu belirten sabıka kayıtlarının tutulmasını konu edinmemektedir. Yönerge'ye göre bir kişi hakkında kayıt tutulması için onun bir suçtan dolayı kesinleşmiş bir kararla mahkûm olması gerekmektedir.

Yönerge'nin 10/b hükmüne konu bilgiler, bir kişi hakkında herhangi bir suçtan dolayı arama kararı verilmiş olması veya kişinin Yönerge'nin 9/b hükmünün kapsamına giren bir suçtan dolayı yakalanmış olması ya da kişi hakkında Yönerge'nin 9/b hükmünün kapsamına giren bir suçtan dolayı kovuşturma yapılmasına ilişkin bilgilerden ibaret olmasına rağmen bu üç tür bilgiyi karşılamak üzere kullanılan “suç kaydı” deyim, kişi hakkında kesinleşmiş mahkûmiyet hükmü bulunduğunu ima etmektedir.

Tutulan bilgilerin kişiler hakkında kesinleşmiş mahkûmiyet hükmü olduğu anlamına gelmediği ve böyle bir durumu işaret etmediği halde Yönerge'de “suç kaydı” deyiminin kullanılması, kişinin peşinen suçlu sayılmasına sebep olacaktır. Bu deyim, bu sebeple isabet-siz olduğu gibi suçsuzluk karinesine de aykırıdır.

### **c. Kullanım Şekli**

Yönerge'nin 10. maddesine göre, kişi hakkında genel bilgi toplama programında tespit edilen bilgilerin kullanılması, bu bilgilerin sanık hakkında yapılmakta olan soruşturma dosyasına konulmasından ibarettir.

### **d. Yapılacak İşlemler**

İnceleme konusunun sınırı sebebiyle yakalanan kişiler hakkında yapılacak işlemlerden, sadece yakalamayı yapan kolluk kuvvetlerinin genel bilgi toplama ile görevli birimleri tarafından yapılacak olanları ele alınmaktadır.

Buna göre, yakalamanın, aranan sanığın suç yeri güvenlik kuvveti dışında başka bir güvenlik kuvvetince yapılması halinde ilk bir saat içerisinde gönderilecek mesajla durum sanığın suç yeri güvenlik kuvvetine bildirilir. Suç yeri güvenlik kuvvetince, adli makam kanalı ile yakalama emrinin sanığın yakalandığı yer Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesi sağlanır. Yapılan işlem hakkında sanığı yakalayan yer güvenlik kuvvetine bilgi verilerek bilgi toplama kayıtlarında düşüm ve iptal işlemleri yapılır. (Yönerge, madde 18/a3)

Yönerge'nin madde 18/a4 hükmüne göre, bilgi toplama işlemlerinin göz altına alınma süreleri aşılmadan tamamlanması esas olduğundan bilgi formunu açarak kişiyi arayan birim ile yakalayan güvenlik kuvveti arasındaki mesaj alışverişi direk olarak bu iki birim arasında yapılır. İki birim arasında teknik imkânsızlıklar sebebiyle iletişim sağlanamaması durumunda il bilgi toplama birimleri olanaklarından yararlanılır. Yapılan işlemler birimlerin bağlılığı olan üst makamlarına bilgi olarak sunulur.

## **3. GBT Kayıtlarının Kullanılmasının Amacı**

### **a. Kullanımın Amacı**

Genel bilgi toplama programının oluşturulması ve genel bilgi toplama sisteminin oluşturulmasının sadece bir amacı ve sebebi bulunmaktadır. Bu da hakkında arama kararı bulunan kişilerin yakalanmasından ibarettir.

Yönerge'de yakalanan kişilerin "suç kaydı"nın kullanılmasının amacı belirtilmemiş ise de bu kullanmanın da amacı, sistemin kuruluş amacı doğrultusunda yakalama kararlarının yerine getirilmesi olmak zorundadır. Bu amaç doğrultusunda Yönerge değerlendirildiğinde kişilerin aranmasına ilişkin bilgiler dışındaki bilgilerin bir anlamı kalmamaktadır. Nitekim bu bilgilerin hukuka uygun bir kullanım yeri de bulunmamaktadır. Bu sebeple de hukuka aykırı bazı sonuçlara yol açmaktadır.

#### ***b. Kullanmanın Sınırları***

Yakalama kararlarının yerine getirilmesi amacı, bu bilgilerin kullanılmasını ve ilgili mercilere bildirilmesini de gerektirir. Yakalama kararının icrası, bu işlemin işlevini teşkil ettiği gibi sınırlarını da belirlemektedir.

Hakkında başka bir soruşturma veya kovuşturma yapılmakta olan bir kişi hakkında yakalama kararı bulunması halinde bu bilginin, belirtilen işlevin gerektirdiği kadar ve bu oranda kullanılması gerekir.

Somut bir iddia veya olay ile ilgili olarak gerçekleştirilmekte olan bir soruşturma veya kovuşturmada, hakkında işlem yapılmakta olan şüpheli veya sanık hakkında başkaca bir arama kaydının bulunduğu öğrenilmesi ve bilinmesi ve bu kararın soruşturma veya kovuşturma dosyasına konulması, kolluk görevlileri başta olmak üzere, şüpheli/sanık hakkında işlem yapma/karar verme durumunda olan bütün ilgili ve yetkililerin hakkında söz konusu yakalama kararından dolayı kişi hakkında peşin yargılara varmalarına sebep olmaktadır.

Hukuka uygun bir maddi gerçek araştırması için Cumhuriyet savcısı ve hâkimin somut olaya ilişkin bilgi ve belgelerle baş başa bırakılması, onların önlerine, olaya yabancı bilgiler konulmaması gerekir. Aksi halde şüpheli/sanık hakkında yakalama kararı bulunduğu bilgisi, kişiler hakkında önemli kararlar verme yetkisine sahip olan savcı ve hakimin vicdanına göre serbest kanaat oluşturma faaliyetine fesat karıştıracaktır.

Hakkında yakalama emri düzenlendiği tespit edilen kişiler hakkında yapılacak uygulama, arama kararının niteliği ve yerine getirilmesi amacıyla sınırlı ve orantılı olmalıdır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre; hakkında arama kararı bulunan bir kişi, özgürlükten alıkonulmasından daha az katı olan diğer önlemlerin kamu yararının korunması için yeterli olamayacağı durumlarda gözaltına alınabilir.<sup>22</sup>

#### **4. Kanuni Dayanakları ve Hukuka Uygunluğu**

##### ***a. Kişiler Hakkındaki Arama Kararlarının Kullanılması Bakımından***

Kolluk kuvvetleri, bir soruşturma aşamasında ifadesini alacakları ve/veya yakaladıkları kişiler hakkında rutin bir işlem olarak genel bilgi toplama programında sorgulama yapmaktadır. Arama kararı bulunduğu bilgisinin kullanılması, bu kararın yerine getirilmesi için gerekli bir işlemdir.

Ancak bu kararın soruşturma veya kovuşturma dosyasına konulmasının, kişi hakkında başta görevli kolluk kuvvetleri olmak üzere adli mercilerin olumsuz ve haksız kanaat edinmesine yol açma tehlikesi bulunmaktadır.

Bu sebeple kişiler hakkında arama kararı bulunduğu bilgisi, mevcut olay ile ilgili dosyaya konulmadan ve sadece yakalama kararının icrası amacıyla Cumhuriyet savcısı veya hakime bildirilebilir. Zira bu işlemin amacı, hakkında arama kararı bulunan kişinin, savcılık veya sorgu aşamasında serbest bırakılmasına karar verilmesi halinde programda bulunan yakalama kararının işlevsiz bırakılmamasından ibarettir.

##### ***b. Yönerge'deki Diğer Bilgilerin Kullanılması Bakımından***

###### **Kişi Güvenliği ve Suçsuzluk Karnesi Bakımından**

Yönerge'nin 9/b fıkrası kapsamına giren bir suç ile ilgili olarak hakkında kayıt bulunan kişilerin, tutulan kayıtların kullanılması netice-

<sup>22</sup> AİHM, 17.10.2006, 73792/01, Sultan Öner ve Diğerleri/Türkiye kararı. (kazanci.com).

sinde, başka bir zamanda bununla ilgisi olmayan başka bir suç için yapılan adli bir işlem esnasında genel bilgi toplama kurumunun yasak meyvesi marifetiyle, peşinen suçlu sayılabileceği kuvvetle muhtemeldir.

Bu bilgilere dayalı olarak hakkında bilgi bulunan kişiler aleyhine diğer bir soruşturma veya kovuşturmada olumsuz kanaat oluşturulmaktadır. Nitekim uygulamada soruşturma veya kovuşturmada gözaltına alma, tutuklama dahil koruma tedbirleri ile ilgili veya her türlü kararlarda karar verici mercilerin bu kişiler hakkında olumsuz kanaat oluşturarak değerlendirme ve takdir yetkilerini onların aleyhine kullandıkları görülmektedir.

Bu sebeple başka bir tarihte ve başka bir olay ile ilgili olan ve üstelik de iddia düzeyinde bulunan ve çoğu zaman bir iddianameye bile konu edilmemiş olan bir bilginin soruşturma veya kovuşturma dosyasına konulmasının herhangi bir kanuni dayanağı bulunmadığı gibi bu uygulamanın temel ve evrensel hukuk ilkelerine ve en başta kişinin masumiyeti ilkesine aykırı olduğu açıktır.

Muhakemenin etkilenmesi ihtimalinden dolayı genel bilgi toplama programında tarama yapılması, bulunan bilgilerin soruşturma dosyasına konulması, savcı ve hakimlerin maddi gerçeği zaten ellerinde buldukları zehabına kapılmalarına yol açabileceğinden dolayı soruşturma/kovuşturmanın selametine, amaç ve fonksiyonuna zarar verebileceği açıktır.

Genel bilgi toplama programında bulunan bilgilerin soruşturma/kovuşturma dosyasına konulması; isnadı ispatlama külfetini şüpheli/sanığa yüklemesi, şüpheli/sanık hakkında koruma tedbirlerine karar verilirken kişi aleyhine fiili karine teşkil etmesi ve hakimlerin tarafsızlığı ilkesini zedeleyebilmesi bakımından yönünden kişi güvenliği ve suçsuzluk karinesine aykırıdır:

#### **“Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme veya Ele Geçirme” Suçu**

Yönerge'nin 9/b fıkrası kapsamına giren bir suç ile ilgili tespit edilen kayıtların tutulmasının bir kanuni dayanağının bulunmadığı gibi kullanılmasının da aynı şekilde bir kanuni dayanağının bulunmamaktadır.

Bu tespitlerin mantıki sonucu olarak; Yönerge'nin 9/b fıkrası kapsamına giren bir suç ile ilgili tespit edilen kayıtların kullanılmasının, sadece yakalama kararlarının kayıtlarının tutulmasına imkân sağlayan ve yukarıda incelenmiş olan 3152 sayılı Kanun'un 13. maddesinin c fıkrası hükmüne aykırı olduğu açıktır.

Bu sebeple de kişiler hakkında kişiler ile ilgili verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi suç olduğu gibi bu verilerin kullanılması da suçtur. Zira burada kişisel verilerin hukuka aykırı olarak edinilmesi söz konusudur. Genel bilgi toplama programında sorgulama yapılarak elde edilen hukuka aykırı verilerin kullanılması ile işlenmesi söz konusu olan suç, Türk Ceza Kanunu'nun 136. maddesinde düzenlenen “Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme”<sup>23</sup> suçudur.

## **5. GBT Kayıtlarının Delil Niteliği**

Soruşturulmakta veya kovuşturulmakta olan bir olayla herhangi bir ilgisi ve bağlantısı bulunmayan genel bilgi toplama programındaki suç iddiası/bilgisinin varlığının ve dosyaya konulmasının, bu olayla ilgili maddi gerçeğin anlaşılmasına bir katkısının olmayacağı açıktır. Buna rağmen Yönerge'de bu bilginin bu şekilde kullanılacağı yazılıdır ve uygulama da bu şekilde yürümektedir.

Kişinin daha önce bir suç işlemiş olduğu iddiasının, karara bağlanıp kesin bir mahkumiyet hükmü ile ilgili olması halinde dahi, onun başka bir olayda suç işleyip işlememesi ile bir ilgisi yoktur; mahkumiyet hükmünün, başka ve ilgisiz bir olayın maddi gerçeğini açıklama konusunda bir fonksiyonu bulunmamaktadır.

Yargılamayı yapan hâkim, kişi hakkında daha önce verilmiş kesin bir mahkumiyet hükmü bulunduğu bilgisini, muhakeme sürecinde kullanamaz, sanık aleyhine bir delil sayamaz ve kanaatini buna dayandıramaz.

<sup>23</sup> **Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme veya Ele Geçirme**

**Madde 136:** (1) Kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Kesinleşmiş bir ceza hükmüne, kovuşturulmakta olan suçun sabit olduğuna karar verdikten sonra o suça uygun ceza verilmesi aşamasında ve arttırma-eksiltme sebeplerinin uygulanması esnasında başvurulabilir.

Ancak herhangi bir kanun hükmüne dayanmaksızın genel bilgi toplama programına kaydedilmiş olan bilgilerin çoğunlukla kişi hakkında kanaat oluşturulurken kullanıldığı bilinmekte ise de herhangi bir delil niteliği olmayan bu tarz bilgilerin adli merciler tarafından açık bir şekilde somut bir adli işleme dayanak kılındığı bile vakidir. Hukuk mesleği adına utanç verici olan böylesi bir kullanımın çok bariz bir örneği, “geçmişte işledikleri çeşitli suçlar nedeniyle polis kaydı bulunan sanıklar” deyiimiyle başlayan bir iddianamedir.<sup>24</sup>

Kişi hakkında Yönerge'nin 9/b fıkrasına girilen bir kayıt bulunmasının ve bu bilginin kendisinin, soruşturma veya kovuşturmada herhangi bir delil niteliği yoktur. Bu bilgilerin bulunması, sorgulanması ve kullanılması kanuna aykırı ise de bu bilgiler, soruşturma veya kovuşturmada maddi gerçeğin araştırılmasında herhangi bir etki veya öneme sahip olamacağından hukuka aykırı delil niteliğinde bile değildir.

Bu bilgilerin hiçbir şekilde soruşturma veya kovuşturma dosyasına konulmaması gerekir.

## 6. Bilgilerin İlgilisine Bildirilmesi

Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu, bir avukat tarafından “müvekkili hakkında arama ya da yakalama kararı olup olmadığının ve böyle bir karar varsa ilgili bilgi ve belgelerin tarafında verilmesi” talepli olarak yapılan başvurunun, “talep edilen bilgi ve belgelerin verilmesi halinde suçların önlenmesi ve soruşturulması ya da suçluların kanuni yollarla yakalanıp kovuşturulmasını tehlikeye düşüre-

cek nitelikte bilgi ve belgelerden olması nedeniyle” reddine karar vermiştir.<sup>25</sup>

Genel bilgi toplama sistemine bir kişi hakkında “aranıyor” kaydının işlenmesi, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun “yakalama emri ve nedenleri” başlıklı 98. maddesine göre onun hakkında yakalama emri düzenlenmiş olmasına bağlıdır.

Yakalama emri, temel olarak; soruşturma aşamasında çağrı üzerine gelmeyen veya çağrı yapılamayan şüpheli hakkında ve kovuşturma aşamasında ise kaçak<sup>26</sup> sanık hakkında düzenlenebilir. Yakalama emrinin düzenlenmesinin söz konusu olduğu diğer iki durum ise, Tutuklama isteminin reddi kararına itiraz halinde, itiraz mercii tarafından yakalama emri düzenlenmesi durumu ile yakalanmış iken kolluk görevlisinin elinden kaçan şüpheli veya sanık ya da tutukevi veya ceza infaz kurumundan kaçan tutuklu veya hükümlü hakkında Cumhuriyet savcıları ve kolluk kuvvetleri de yakalama emri düzenlenmesidir.

<sup>25</sup> [http://www.bilgiedinmehakki.org/doc/BEDK\\_kararlar.pdf](http://www.bilgiedinmehakki.org/doc/BEDK_kararlar.pdf)1. Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu'nun 18.05.2009 tarih ve 2005/359 sayılı Kararı.

<sup>26</sup> Kaçak sanık ve kaçakların yargılanması Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 247. maddesinde düzenlenmiştir:

### **Kaçığın tanımı**

**Madde 247:** (1) Hakkındaki kovuşturmanın sonuçsuz kalmasını sağlamak amacıyla yurt içinde saklanan veya yabancı ülkede bulunan ve bu nedenle mahkeme tarafından kendisine ulaşılamayan kişiyse kaçak denir.

**(Ek fıkra: 5353 - 25.5.2005 / madde 31)** (2) Hakkında, 248'inci maddenin ikinci fıkrasında belirtilen suçlardan dolayı kovuşturma başlatılmış olan sanığın, yetkili mahkemece usulüne göre yapılan tebligata uymamasından dolayı verilen zorla getirilme kararı da yerine getirilemez ise, mahkeme;

a) Çağrının bir gazete ile sanığın bilinen konutunun kapısına asılmak suretiyle ilanına karar verir; yapılacak ilanlarda, on beş gün içinde gelmediği takdirde 248'inci maddede gösterilen tedbirlere hükmedilebileceğini ayrıca açıklar,

b) Bu işlemlerin yerine getirildiğinin bir tutanak ile saptanmasından itibaren on beş gün içinde başvurmayan sanığın kaçak olduğuna karar verir.

(3) Kaçak sanık hakkında kovuşturma yapılabilir. Ancak, daha önce sorgusu yapılmamış ise, mahkumiyet kararı verilemez.

(4) Duruşma yapılan hallerde kaçak sanığın müdafii yoksa mahkeme barodan bir avukat görevlendirilmesini ister.

<sup>24</sup> Bu konuda elimizde bir Cumhuriyet Savcısı tarafından düzenlenmiş bir iddianame bulunduğunu, belirtmek durumundayız. Bir hukuk skandalı olacak nitelikte bu iddianamenin fotokopisi elimizde olduğu gibi, bir meslektaşımızın bürosundaki ve mahkemesindeki dava dosyasında da mevcuttur.

Yakalama emri düzenlenmesini gerektiren son iki durumda şüpheli veya sanık, yakalama emri düzenlenmesi sürecinin içerisinde. Tutuklama talebinin reddi kararına Cumhuriyet savcısı tarafından itiraz edildiğinde kendisi, önceki işlemlerde bulunmuş hatta kendisi hakkında tutuklanma talep edilmiş olduğundan sorgusu da yapılmıştır. Sonuncu durumda ise, kişi, tutuklu veya hükümlü iken kaçmış yani yakalama emri düzenlenmesine bilerek ve isteyerek sebep olmuştur.

Yakalama emri düzenlenmesini gerektiren ilk iki durumda, şüpheli/sanık hakkında yapılan işlemler onun yokluğunda yapılmıştır. Soruşturma aşamasında yapılan davete icabet etmediğinden kovuşturma aşamasında ise, zorla getirilmesine karar verilmiş olmasına rağmen bu karar da uygulanmadığından şüpheli/sanık hakkında yakalama emri düzenlenir. Bu işlemin amacı, şüpheli/sanığın ifadesinin alınması, sorgusunun yapılmasıdır. Her iki işlem de kişiye ulaşılmasını, davetin kendisine ulaştırılmasını gerektirir. Dolayısıyla arama kararı, öncelikle hakkında düzenlenmiş olduğu şüpheli/sanıkları ilgilendirir.

Bu durumlarda asıl olan kişinin kendisinin hazır bulunmasıdır. Herhangi bir sebeple hakkında yapılan soruşturma veya kovuşturmadan veya kendisine yapılmak istenen tebligat işlemlerinden haberdar olmayan/olamayan şüpheli/sanık, herkesten daha fazla bu işlemleri bilmek hakkına sahiptir. Kendisine ifade veya sorgu için yapılan çağrıya uyulmamasının muhtemel iki sebebi bulunmaktadır. Ya ilgili kişinin çağrıdan haberi yoktur ya da kişi bu nereye neden çağrıldığını bildiği halde isteyerek ortaya çıkmamaktadır.

Görüldüğü gibi her durumda kişinin bir soruşturma veya kovuşturmada kendisi hakkında yapılan bir işlemde haberdar olamaması her zaman mümkündür. Hatta hakkındaki yakalama emri de muhtemelen kendisi, yapılan çağrıdan haberdar olamadığı için düzenlenmektedir. Diğer ihtimalde ise yani kişiler, bilerek ve isteyerek saklanıyorsa, zaten hakkındaki işlemleri biliyor olacaktır.

Bu sebeplerle, genel bilgi toplama programında hakkında arama kararı bulunup bulunmadığı hususunda bilgi edinmek isteyen kişilerin başvuru olumlu değerlendirilmek durumundadır. Kişi, bu şekilde başvuru ile

hakkında bu tür bir karar varsa, gidip ifade verecek, gereksiz yere hakkında arama kararı bulunmasının önüne geçmiş olacaktır. Belirli bir şahıs hakkında verilen tutuklama kararı veya çıkarılan yakalama emri, gizli bir bilgi olmadığı gibi en başta ve her şeyden ve herkesten önce de ilgili kişiyi ilgilendirdiğinden bu bilginin kendisinden esirgenmesi hukuka aykırıdır.

Bilgi edinme hakkının kullanılması sayesinde haklarında yapılan işlemler konusunda bilgisi bulunmayan kişiler, yetkili mercilere başvurmak (ifade vermek/sorgusu yapılmak) suretiyle yakalama emri düzenlenmesine sebep olan durumu izale edebileceklerdir. Belirtmek gerekir ki yakalama emri düzenlenmesinin amacı her durumda kişinin yakalanması değildir; bu tedbirin amacı, yakalama ile gerçekleştirilmesi umulan adli bir işlemin yerine getirilmesidir. Önemli olan da bu işlemin yapılmasıdır. Bu bakımdan soruşturma veya kovuşturmada kişilerin kendilerinin işleme katılması esastır.

Bilgi edinme hakkının kullanılmasının bir diğer sonucu, sistemde bulunan bilgilerin güncellenmesi, kanunen sistemden silinmesi gereken kayıtların silinmemiş olması halinde kişilerin, bu durumdan dolayı mağdur olmasının önüne geçilmesi olacaktır. Böylelikle idare de hizmet kusurunu erken fark ederek, zararın ağırlaşmasını önleme imkânına kavuşabileceklerdir.

## SONUÇ

Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince bir soruşturma veya kovuşturmada şüpheli/sanık hakkında düzenlenen yakalama emirleri ile ilgili kayıt tutmak görevi, 3152 sayılı Kanun'un 13. maddesinin c fıkrası gereğince İçişleri Bakanlığı Kaçakçılık İstihbarat, Harekât ve Bilgi Toplama Dairesi Başkanlığı'na verilmiştir. Adı geçen merci de inceleme konumuzu teşkil eden Genel Bilgi Toplama Yönergesi'ni çıkarmıştır. Ancak bu Yönerge, kaydedilmesi ve kullanılması herhangi bir kanunla emredilmemiş olan bazı suçlara ilişkin bilgileri de konu edinmektedir. Bu durumun bir kanuni dayanağının bulunmadığı ve hukuka aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.



Mevcut sistemde savcılıklar, mahkemeler ve bu mercilerin personelleri arama kayıtlarına ulaşamamakta, bunun için kolluk kuvvetlerinin genel bilgi toplama ile görevli birimlerine yönelmek zorunda kalmaktadırlar. Yakalama emri düzenlenmesi işlemi, adli bir işlem olduğu halde; kişiler hakkında verilen arama kararlarını veren hâkimler ve Cumhuriyet savcıları, meslektaşları veya bizzat kendileri tarafından verilmiş olan arama kayıtlarına ulaşamamaktadır.

Konu ile ilgili önerimiz, öncelikle kanunlara ve hukuka aykırı olan mevcut Genel Bilgi Toplama Yönergesi'nin yürürlükten kaldırılması ve kişilerin aranmasına ilişkin olanları hariç olmak üzere kişiler hakkında tutulan bilgilerin imha edilmesidir. Mevcut sistem yerine kurulacak sistem, sadece kişilerin aranmasına ilişkin bilgileri kapsmalıdır. Aranmakta olan kişiler yakalandığı veya yakalama kararının geri alındığı her durumda arama kararları derhal iptal ve imha edilmelidir. Yine sistemdeki bilgiler, kişilerin bilgi edinme taleplerine açık olmalıdır.

Mevcut sistemin yerine kurulması gereken sistem, UYAP kapsamında; hâkim, savcı ve yetkilendirilecek personelin kullanımına açık, kolluk kuvvetlerinin yetkili birimlerinin ise aranan kişilerin tespiti görevi çerçevesinde erişebilecekleri ve sadece mer'î arama kararlarının tutulduğu bir sistem olmalıdır. Zira UYAP dururken kolluk kuvvetlerinin adli bilgiler için ayrı bir veritabanı tutmasına gerek bulunmamaktadır.<sup>27</sup>

Bunun için Ceza Muhakemesi Kanunu'na hüküm eklenmek ve 3152 sayılı Kanun'un 13. maddesinin c fıkrası değiştirilmek suretiyle, hakkında arama kararı olan kişilerle ilgili kayıt tutulması görevi, Adalet Bakanlığı'na verilmelidir. Hakkında kayıt tutulması gereken kişiler, sadece "hakkında yakalama emri düzenlenmiş olan kişiler"le sınırlanmalı; yakalama emrinin sebebini teşkil eden adli işlemlerin yerine getirilmesi amacı doğrultusunda ve bu amacın gerektirdiği uygulama ile sınırlı bir sistem kurulmalıdır. Bu sistem UYAP kapsamında kurularak, kolluk kuvvetlerine UYAP'ın bu bölümüne giriş izni verilmelidir.

## Kaynakça

Haluk İnanıcı, "**GBT = Fişleniyorsun, Fişleniyorsunuz, Fişleniyorlar**", Radikal, 16.06.2009.

[www.tbmm.gov.tr](http://www.tbmm.gov.tr)

[www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)

[www.radikal.com.tr](http://www.radikal.com.tr),

[www.bilgiedinmehakki.org](http://www.bilgiedinmehakki.org)

<sup>27</sup> İnanıcı, a.g.m.





# Rıza İle (Gönüllü-Muvafakatlı) Arama

A. Cihan TÜRKER



## ARAMA HUKUKU

### Arama Kavramı ve Aramanın Hukuki Niteliği

**A**rama, sözlük anlamı ile “aramak” fiili olarak tarif edilir; aramak ise bir şeyi “bulmaya çalışmak, araştırmak, yoklamak” anlamındadır.<sup>1</sup> Öğretide aramayı hukuki bakımdan izah eden tanımlar ise şöyledir: “Saklanan bir kişinin veya gizli ve saklı tutulan bir eşyanın, “önleme” veya “adli” amaçlarla, meydana çıkarılması için yapılır.”<sup>2</sup>

“Anayasal güvence altında bulunan konut dokunulmazlığına, özel yaşamın gizliliğine, kişi özgürlüğüne ve vücut bütünlüğüne müdahale oluşturan bir koruma tedbidir.”<sup>3</sup>

“Ceza yargılamasının amacına ulaştırmak için, suç şüphesi altındaki kişilerin, suç delillerinin ve müsadereye tabi nesnelerin elde edilmesi amacıyla, konutta, başka kapalı yerlerde ve kişilerin üzerlerinde yapılan bir işlemdir.”<sup>4</sup>

Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK)’ndan önce yapılan bir başka tanımda ise, “Kural olarak hâkim, gecikmede sakınca bulunması halinde savcı veya kolluk tarafından yakalama ve/veya delil elde etme amacına yönelik olarak sanık, şüpheli veya üçüncü bir kişinin

mesken ve sair iş yerlerinde, üstünde veya eşyasında yapılan bir araştırma işlemidir.”<sup>5</sup>

Son olarak CMK’da yer verilen tanımla bu bölüme noktayı koyalım: “Kural olarak hâkim, gecikmede sakınca olması halinde savcı ve ona ulaşamayan hallerde de kolluk amirinin yazılı emri ile; gerek şüpheli veya sanığın yakalanması, gerekse delil olan eşyaya el konulması amacıyla, kişinin mesken ve sair yerleri ile üst ve eşyasında yapılan araştırma işlemidir.” (CMK, madde 119 vd.)

Arama bu geniş kapsamı nedeniyle yargılama önlemlerinin araç oma özelliğini gerçekleştiren bir araçtır ki arama sonunda yakalama ve el koyma mümkün olacağından bu önlemlere hizmet etmiş olur.<sup>6</sup>

Yukarıda zikrettiğimiz tanımlar, “adli arama”nın tipik izahlarını içermektedir. Bunun yanında bir de “önleme araması” vardır. Buna göre önleme araması “Milli güvenliğin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi ve yasak silahların tespiti amacıyla, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülki amirin yazılı emri ile yapılan aramadır”.<sup>7</sup> (Arama Y. madde 19) Önleme aramasına yer vermeye yukarıdaki bilgilerin dışında gerek görmüyoruz.<sup>8</sup>

<sup>1</sup> Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, s. 66.

<sup>2</sup> Nurullah Kunter-Feridun Yenisey-Ayşe Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 912.

<sup>3</sup> Nur Centel-Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 292.

<sup>4</sup> Erdener Yurtcan, *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Şerhi ve İlgili Mevzuat*, s. 564.

<sup>5</sup> V. Özer Özbek, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 17.

<sup>6</sup> Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, s. 350.

<sup>7</sup> Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, a.g.e., s. 915.

<sup>8</sup> İlerde değineceğimiz ve asıl konumuz olan “Rıza-Gönüllü-Muvafakatlı Arama” ile ilgisi bulunmadığı için önleme aramasına yer vermeye yukarıdaki bilgilerin dışında gerek görmüyoruz. Rıza ile arama, adli aramalara ilişkin olduğundan (Öyleki rıza ile arama, Arama Yönetmeliğinde “...İlgilinin rızası...” ibaresi ile ‘Adli Arama’ alt başlığında düzenlenmişti. Ayrıca bkz.: Danıştay 10. Daire Kararı, Karşı Oy Gerekeşi, 2007) ve konunun iyi anlaşılmasını hedeflediğimiz-

Arama, anayasal güvence altında bulunan konut dokunulmazlığına, özel hayatın gizliliğine, kişi özgürlüğüne ve vücut bütünlüğüne müdahale oluşturan bir koruma tedbiridir. Bu sebeple anayasa hem adli hem de önleme aramasına ilişkin düzenlemelerin üst normu niteliğinde aramanın koşullarına yer verir. Anayasanın 20. maddesine göre usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz.<sup>9</sup>

### Arama Kararında Yetki Kuralı

#### *Adli Arama Kararı ve Emrinin Verilmesi/Verebilenler*

Arama, hak ve hürriyetleri kısıtlayan bir işlem olduğundan, kural olarak, hâkim kararı ile yapılır.<sup>10</sup> Aramaya hâkim tarafından karar verilebilmesi kuralının getirilmesindeki düşünce, onun önemli temel hak ve özgürlükleri ihlal edecek olmasıdır. Bu hukuk devleti olmanın bir gereğidir.<sup>11</sup> Aramada hâkim kararının varlığı aramanın teminatıdır<sup>12</sup> ve kişi için bir güvence oluşturur.

Adli arama kararını hazırlık soruşturmasında sulh hâkimi, son soruşturmada mahkeme, acele hallerde başkan verir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşılmadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilirler.

---

den, adli aramaya ilişkin temel bilgileri verdikten sonra asıl konumuza geçmeyi uygun görüyoruz.

<sup>9</sup> Konuyu iki aşamada sunmaya çalışacağız. İlk olarak Arama kararını verme yetkisine ve bu yetkinin istisnalarına değineceğiz. İkinci aşamada bu yetki kuralına bir yönetmelik ile istisna oluşturmak istenen ve fakat Danıştay tarafından iki defa iptal edilen "ilgilinin rızası"nın Türk Hukukundaki ve Mukayeseli Hukuktaki durumuna yer vermeye çalışacağız.

<sup>10</sup> Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, a.g.e., s. 946.

<sup>11</sup> Özbek, a.g.e., s. 68. "Krş.: RÜPING. 88."

<sup>12</sup> Özbek, a.g.e., s.68. Ö. Hamdi; *Hürriyet ve Mülkiyeti Takyid Eden Kaldeler*, AD. 1938, S. 12, s. 1981.

### ADLİ ARAMALARDA KARAR VEYA EMİR ALINMASINI GEREKTİRMEYEN HALLER: İSTİSNALAR

#### a. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 8. Maddesinde Sayılan Haller

##### • *Arama Yönetmeliği Madde 8/a*

Hakkında tutuklama kararı veya yakalama emri veya zorla getirme kararı bulunan kişi ile hakkında gıyabi tutuklama kararı verilen kaçak yakalandığında üstünde yapılacak aramalarda; ("yakalanması amacıyla konutunda, işyerinde, yerleşim yerinde, bunların eklentilerinde ve aracında yapılacak aramada" ibaresini Danıştay, hem sanık ve şüpheliye hem de 3. kişilere ait kapalı mahallerde yer, zaman ve süre sınırlaması olmadan hakim kararı ve cumhuriyet savcısının yazılı emri ile sağlanan güvenceyi ve hakkın özünü ortadan kaldıracak biçimde kolluk güçlerine sınırsız arama yetkisi verdiği ve bunun anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir.)<sup>13</sup>

##### • *Arama Yönetmeliği Madde 8/b*

Hakim kararı veya cumhuriyet savcısının yazılı emri ile veya kolluk tarafından doğrudan yakalanan kişinin, kendisine, başkalarına veya yakalama işlemi yapan kolluk görevlilerine zarar vermesini önlemek amacıyla yapılacak kaba üst aramasında; (kaba üst aramasıyla kastedilen yoklama suretiyle aramadır.)

##### • *Arama Yönetmeliği Madde 8/c*

Gözaltına alınan kişinin, nezarethaneyeye konmadan önce yapılan üst aramasında; (Bu tür bir üst araması kişinin kendi hayatına veya başkalarının hayatına zarar verecek türden

---

<sup>13</sup> Danıştay Onuncu Dairesinin, 13.03.2007 tarih ve 2005/6392 esas sayılı "iptal" kararı. Aktaran: İstanbul Barosu, "Danıştay 10. Dairesi AÖAY'nin 8/a-f bentleri ve 30/1 fıkrasını iptal etti", (Çevrimiçi) <http://www.istanbulbarosu.org.tr/yayinlar/BaroDergileri/ibd/20075/ibd200754dd10.pdf> Erişim Tarihi: 01.08.2009

şeyleri nezarethaneye geçirmesine engel olmak açısından önemlidir. Şunu da belirtmek gerekir ki bir kimsenin üzeri aranırken o kimsenin ar ve hayâ duygularının ihlal edilmemesi kuralına özen gösterilmelidir.)<sup>14</sup>

#### • Arama Yönetmeliği Madde 8/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;

#### • Arama Yönetmeliği Madde 8/e

1) 4926 sayılı eski Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 17. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında kaçak eşya, her türlü silah, mühimmat, patlayıcı ve uyuşturucu maddelerin bulunduğundan şüphelenen her türlü kap, ambalaj veya taşımaya yarayan diğer araçlarda hemen yapılan aramalarda hâkimin arama kararına veya yetkili mercinin yazılı olarak arama emri vermesine gerek yokken, bunu ilga eden 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 9. maddesinin 1. fıkrasında bu sayılan araçlar ile kişilerin üzerinde yapılacak arama ve el koymalarda 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanununun uygulama alanı bulacağı söylenmiştir. Dolayısıyla kurala istisna teşkil etmemektedir.

2) 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 9. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında gümrük salonları ve gümrük kapılarında kaçak eşya sakladığından kuşkulanan kişilerin üzerinin, eşyasının, yüklerinin ve araçlarının gümrük kontrolü amacıyla gümrük görevlilerince aranmasında;

3) 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 9. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında Gümrük bölgesine Gümrük Kanunu gereğince belirlenen kapı ve yollardan

başka yerlerden girmenin, çıkmanın ve geçmenin yasak olduğu yerlerde rastlanacak kişilerin ve her nevi taşıma aracının yetkili memurlar tarafından durdurulmasında ve bu kişilerin eşya, yük ve üzerleri ile varsa taşıma araçlarının aranmasında;

#### • Arama Yönetmeliği Madde 8/f

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 24. maddesindeki kanunun hükmü ve amirin emrini yerine getirme, 25. maddesindeki meşru savunma ve zorunluluk hali ve 26. maddesindeki hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası ("ve ilgilinin rızası" ibaresini Danıştay iptal etmiştir.<sup>15</sup>) ile diğer kanunların öngördüğü hukuka uygunluk sebepleri ve suçüstü halinde yapılan aramalarda, toplum için veya kişiler bakımından hayati tehlikeyi ortadan kaldırmak amacıyla veya kapalı yerlerden gelen yardım çağrılarının üzerine, konut, işyeri ve yerleşim yeri ile eklentilerinde yapılacak aramalarda; hakim arama kararı, yetkili mercinin yazılı olarak arama emri vermesi gerekmez.

Yine Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nun 20. maddesinde, konut veya eklentisinde hâkim kararı almadan arama yapılabilen iki duruma işaret edilmiştir. Buna göre suçüstü halinde yapılan aramalarda ve bu yerlerden gelen imdat çağrısı üzerine yapılan aramalarda önceden hâkim kararı alınmasına veya yazılı emrin varlığına ihtiyaç duyulmayacaktır.<sup>16</sup>

#### b. Olay Yeri İnceleme (Madde 9)<sup>17</sup>

Suç işlenen olay yerinde sebep ve sonuç ilişkisini ortaya koyacak delillerin aranması, bulunması ve el koyulması için geliştirilmiş bilimsel ve teknik araştırma işlemlerinin herkesin girip çıkabileceği kamuya açık alanlarda yapılması için emir veya karar alınması ge-

<sup>14</sup> Nevzat Toroslu-Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 238.

<sup>15</sup> Danıştay Onuncu Dairesinin, 13.03.2007 tarih ve 2005/6392 esas sayılı "iptal" kararı. Aktaran: İstanbul Barosu, "Danıştay 10. Dairesi AÖAY'nin 8/a-f bentleri ve 30/1 fıkrasını iptal etti", (Çevrimiçi) <http://www.istanbulbarosu.org.tr/yayinlar/BaroDergileri/ibd/2007/5/ibd200754dd10.pdf> Erişim Tarihi:01.08.2009.

<sup>16</sup> Kunter-Yenisey-Nuhoğlu; a.g.e., s. 911.

<sup>17</sup> V. Özer Özbek-M. Nihat Kanbur-Pınar Bacaksız-Koray Doğan, *Ceza Muhakemesi Hukuku Bilgisi*, s. 219.

rekmez. Ancak konut, işyeri ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda olay yerinin incelenmesi arama kurallarına tabidir. (Arama Y. madde 9)<sup>18</sup> Olay yeri incelemesinin karar veya emir alınmaksızın yapılacak aramalar arasında zikredilmesinin nedeni olay yeri incelemesi yapılırken aslında çoğu kez aramanın yapılmasıdır.<sup>19</sup>

Bundan başka kolluğun durdurma yetkisinin doğduğu hallerde (Arama Yönetmeliği, madde 27) sorulan sorular sırasında makul şüphe oluşursa, kolluğun kişinin silahlı olup olmadığını tespit etmek amacıyla yoklama suretiyle denetleme yetkisi doğar. Yoklama sırasında ele silaha benzer bir şey dokunursa arama yetkisinin doğacağı kabul edilmektedir.<sup>20</sup> Burada kolluğun can güvenliğinin korunması ve kişinin silah gibi zarar verici unsurlardan arındırılması ve bunun bir suç delili olabileceği ihtimali açısından arama yetkisinin oluşacağını kabul etmek mümkündür.

#### Aramaya Maruz Kalabilecekler:<sup>21</sup>

- Şüpheli
- Sanık
- Veya diğer bir kişidir.

#### Adli Aramanın Koşulları:

- Hâkim kararı (CMK, madde 119)
- Şüpheli ve sanığın veya delilin aranacak yerde olduğu konusunda makul şüphe bulunması. (CMK, madde 116)

Kısaca “makul şüphe” konusunda ne anlaşıldığına değinelim.

#### Makul Şüphe

**Tanım:** “Hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphedir.”<sup>22</sup>

“Akla uygun şüphedir”.<sup>23</sup> “hayatın akışına göre somut olaylar karşısında duyulan şüphedir.” (Arama Y. madde 6) Makul şüphe, aramanın yapılacağı zaman, yer ve ilgili kişinin veya onunla birlikte olanların tutum ve davranış biçimleri, kolluk memurunun taşındığından şüphe ettiği eşyanın niteliği gibi sebepler göz önünde tutularak belirlenir ve belirtilen konularda şüphenin somut olgulara dayanması şarttır.<sup>24</sup> Aramada basit şüphe yeterlidir.<sup>25</sup> Aramada temel alınacak iki şarttan biri şudur;<sup>26</sup> Aranan şeylerin aranacak olan yerde bulunduğu ve elde edilebileceğinin (CMK, madde 116) “umulması” gerekir.

#### Yukarıdaki koşulların varlığı halinde kişinin:

- Üstü
- Eşyası
- Konutu
- Ve/veya işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir (CMK, m. 116, 117).

#### Adli Arama Ancak İki Amaçla Yapılabilir:<sup>27</sup>

- Şüpheli veya sanığın yakalanması
- Ve/veya delil elde edilmesi.

Adli aramalara ilişkin, arama kararı verme yetkisini ve bunun istisnaları ile arama tedbirine ilişkin bazı temel bilgileri aktardıktan sonra “rıza ile arama” konusuna geçebiliriz.

#### “RIZA İLE (MUVAFAKATLI-GÖNÜLLÜ)” ARAMA

#### Rıza İle Arama ve Mukayeseli Hukukta Durum

Rıza, razı olmak fiili ile tarif edilir; razı olmak ise bir şeyin olmasına muvafakat etmek

<sup>18</sup> Centel-Zafer, a.g.e., s. 337.

<sup>19</sup> Haluk Çolak-Mustafa Taşkın, *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi*, s. 543.

<sup>20</sup> Feridun Yenisey, *Ceza Muhakemesinde Soruşturma, Kovuşturma ve Kanun Yolları*, <http://igul.bahcesehir.edu.tr/BOOKS/AramaHukuku.doc>, s. 12 (Erişim Tarihi 25.07.2009).

<sup>21</sup> Bahri Öztürk-M. Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 402.

<sup>22</sup> Centel-Zafer, a.g.e., s. 293.

<sup>23</sup> Öztürk-Erdem, a.g.e., s. 402.

<sup>24</sup> Centel-Zafer, a.g.e., s. 293.

<sup>25</sup> Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, a.g.e., s. 936.

<sup>26</sup> Kunter-Yenisey-Nuhoğlu; a.g.e., s. 936.

<sup>27</sup> Öztürk-Erdem, a.g.e., s. 402.

anlamındadır.<sup>28</sup> Rıza ile arama bir arama yöntemi-  
dir. Bu arama yöntemi bazı özelliklere  
sahiptir.

İleride değineceğimiz mukayeseli hukuk-  
taki uygulamaları ve doktrinde buna ilişkin  
görüşleri dikkate aldığımızda rıza ile arama  
için;

- Hâkim kararı veya kanunla yetkili kılınmış  
merciin “yazılı emri” şartını ortadan kaldı-  
ran<sup>29</sup> ve doğrudan doğruya kollukça yerine  
getirilen,<sup>30</sup>
- Hile, baskı, cebir, şiddet veya kanuna aykırı  
bir menfaat vaat etmek gibi yöntemlerle  
elde edilmemiş,<sup>31</sup> tamamen ilgilinin muva-  
fakati ile alınmış bir iradenin mahsulü olan,
- İlgilinin aratmama hakkının olduğu,<sup>32</sup>
- El konulan eşyanın delil olarak kullanılabi-  
leceği,
- Her şeyden önemlisi kişiden ne istendiği-  
nin açıkça söylenmesi gereken ve bu an-  
lamda şeffaflığın temel olması gereken,  
(öyleki suistimale oldukça açıktır)

bir arama yöntemidir, diyebiliriz. Hukuku-  
muzda rıza ile arama söz konusu değildir ve  
fakat Arama Yönetmeliği ile hukukumuzda  
getirmeye teşebbüs edilmiştir. Ne var ki,  
ileride de değineceğimiz üzere, Danıştay  
tarafından iptal edilmiştir. Öncesinde Muka-  
yeseli Hukuktaki durumu ele alalım.

## MUKAYESELİ HUKUKTA RIZA İLE ARAMA

Aynı hukuk sistemi dâhilindeki Kanada ve  
Yeni Zelanda’yı da dikkate alarak Amerikan  
Hukukunda “ilgilinin rızası”, makul şüphe  
olmasa bile, arama tedbirini geçerli hale geti-  
rir. Kolluk memurlarının serbest irade ile ve-  
rilmış bir rıza aldıkları durumlarda, rıza alın-  
dıktan sonra aramalar, makul şüphe olmasa

dahi, hâkimden karar alınmamış olmasına  
rağmen geçerlidir.<sup>33</sup>

Rızaya dayalı aramalarda en önemli nokta,  
rızanın serbest iradeyle verilmiş olmasıdır.  
Serbest iradeye dayanan bir rızanın bulunma-  
sı için, kişinin arama öncesi sahip olduğu  
hakları bilmesi ve aramadan aleyhine kullanı-  
labilecek delil doğabileceği konusunda da  
bilgi sahibi olması gerekir ve yine kişi rızasını  
açıklamadan evvel, polislin arama isteğini  
reddedebileceğini de biliyor olmalıdır.<sup>34</sup> Veri-  
len rızanın geçerli olup olmadığının tespiti  
bakımından şu noktalara dikkat çekilmekte-  
dir.<sup>35</sup>

- a) Şüphelinin eğitim ve zekâ durumu
- b) Akıl hastası veya sarhoş olup olmadığı
- c) Rızasını açıkladığı sırada yakalanmış olup  
olmadığı
- d) Yakalama esnasında hakkında yasalara  
uygun olarak zor kullanılmış olup olmadığı  
veya ellerine kelepçe takılıp takılmadığı
- e) Rutin üst araması sırasında üzerinde bulu-  
nan anahtarların daha sonra evin arama-  
sında kullanılıp kullanılmadığı
- f) Evinde arama yapılmasına rıza gösterirken  
tereddüt edip etmediği

Yukarıda sayılan esaslar çerçevesinde rıza-  
nın serbest iradeye dayanıp dayanmadığı,  
olayların bütünü göz önünde tutularak, hâkim  
tarafından sonradan değerlendirilir ve Hâkim  
iradenin serbest olup olmadığını olaydaki  
bütün şartları göz önünde tutarak, özellikle  
şüpheliden aldığı bilgi ve polislin gerçekleştiri-  
miş olduğu fiilleri değerlendirerek bir sonuca  
varacaktır.<sup>36</sup>

Amerikan Hukuku, durdurulan şüpheliye  
isterse gidebileceğinin, gitmekte serbest ol-  
duğunun söylenmesini rıza gösterme açısin-  
dan şart koşmamaktadır.<sup>37</sup> Yani bu durumda

<sup>28</sup> Mehmet Doğan, *Büyük Türkçe Sözlük*, s. 1093.

<sup>29</sup> M. Bedri Eryılmaz, *Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama*, s. 190.

<sup>30</sup> Centel-Zafer, a.g.e., s. 294.

<sup>31</sup> Eryılmaz, a.g.e., s. 191.

<sup>32</sup> Eryılmaz, a.g.e., s. 192.

<sup>33</sup> Gottlieb, David, *Amerikan Hukukunda Arama*, s. 98  
vd. Aktaran: Feridun Yenisey, *Mukayeseli Hukukta Arama, İfade Alma ve Hukuka Aykırı Deliller*.

<sup>34</sup> Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, a.g.e., s. 945.

<sup>35</sup> Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, a.g.e., s. 945.

<sup>36</sup> Gottlieb, a.g.e. Aktaran: Yenisey, a.g.e., s. 98.

<sup>37</sup> Gottlieb, a.g.e. Aktaran: Yenisey, a.g.e., s. 99.

bir aydınlatma yükümlülüğü yoktur. Mesela (Ohio v. Robinette, 136 L. Ed. 2d 347 [1996])<sup>38</sup> kararında polis trafik kontrolü için durdurduğu otomobilde bulunan Robinette'ye, ruhsat ve denetim işlemleri bittikten sonra arabasında arama yapmak için izin istemiştir. Fakat izin isterken ilgiliye arama öncesinde aratmama hakkının olduğunu, isterse gidebileceğini söylememiştir. Amerikan Yüksek Mahkemesi rızaya dayalı aramalarda kolluk memurunun bireye rıza göstermeme hakkı olduğunu söylemesinin gerekli olmadığına ve olayda verilen rızanın hukuka uygun olduğuna karar vermiştir. İlerde değineceğimiz İngiliz Hukukunda tam tersi bir durum söz konusudur ve geçerli bir rıza için önceden aydınlatılmış olmak koşulu arandığı için, Amerikan Hukukundan bu noktada farklılık arz etmektedir.

Rızanın tamamen serbest iradeye dayanması ve rıza alınırken açık veya örtülü baskı veya cebir uygulanmamış olması şarttır.<sup>39</sup>

Şüphelinin arama konusunda verdiği rızanın kapsamı da önemlidir<sup>40</sup> ve mesela evinde uyuşturucu madde bulduğundan şüphelenilen bir kişi arama yapılmasına rıza gösterdiği vakit, polisin rızaya dayalı aramayı yaparken bulduğu özel kâğıtları incelemesi yasal değildir. Rızayı veren kişi sadece belli yerlerde arama için izin vermişse, doğal olarak yapılacak arama da bu yerlerle sınırlı olacaktır.<sup>41</sup>

Son olarak Amerikan Hukukunda Üçüncü Kişilerin verdiği rızaya değinelim. Üçüncü kişinin vereceği rıza, ancak üçüncü kişinin aramanın yapılacağı yerler hakkında genel bir yetkisinin bulunması veya yeterli derecede ilişkisinin mevcut olmasına bağlı olmalıdır ki arama sonucu doğurabilsin.<sup>42</sup> Daha net bir ifade ile ve örneğin birlikte yaşayan şahıslar, kendi sorumluluk ve idareleri kapsamına giren alanların aranmasına izin verebilir. Bu vesile ile 1974 tarihli Matlock Kararına (U. S. v. Matlock, 415 U. S. 164 (1974))<sup>43</sup> değinmek

yerinde olacaktır. Amerikan Yüksek Mahkemesi Matlock kararında genel yetki olarak, hukuki bir ilişkiden ziyade, gayrimenkulün birlikte kullanılması, çift anahtar sahibi olması gibi eve girip çıkma yetkisi bulunması ve tek başına eve konuk getirebilme gibi durumları göz önünde tutmuş ve bu kişinin evde kendi kullanımını altındaki özel yerleri aratma hakkı bulunduğunu, ona evini bu şekilde kullanma izni veren diğer şahsın ise üçüncü şahsın eve bir başkasının getirilebileceği konusunda risk üstlenmiş sayılması gerektiğine karar vermiştir. Bu nedenle üçüncü şahsın ev sahibininkine benzer müşterek yetki kullandığının makul şekilde inanılabildiği durumlarda, üçüncü şahsın verdiği arama rızası geçerli kabul edilmiştir. (Illinois v. Rodriguez, 497 U. S. 177 [1990])

İngiliz Hukukunda, Amerikan Hukukunda olduğu gibi, "ilgilinin rızası", makul şüphe olmasa bile, arama tedbirini geçerli hale getirir. Kişinin durdurmaya rıza göstermesi ve gönüllü olarak aranmak istenmesi halinde, kolluk, durdurma ve aramanın maddi ve şekil şartlarını yerine getirmeden o kişinin üzerini, çantasını veya arabasını arayabilir.<sup>44</sup> Dolayısıyla, kolluk bir olayda, durdurma ve aramanın şartları gerçekleşmemiş ise ve o kişiyi durdurmak ve aramak istiyorsa, o kişinin rızasını arama yoluna gidebilecektir. Rızasını alamaz ise, durdurma ve aramanın kanuni şartlarının oluşmasını bekleyecektir.<sup>45</sup>

İngiliz Hukukunda kolluk, rıza ile aramanın söz konusu olduğu durumlarda aramanın öncesinde; üzerinde, arabasında veya konutunda arama gerçekleştirmek istediği kişiye, aramanın rızaya dayandığını, bununla beraber aramaya rıza göstermek zorunda olmadığını, rızası olmaması halinde (formu imzalamadan) aramanın gerçekleşmeyeceğini, arama sonrası el konulacak olan suç unsurunun delil olarak kullanılabileceğini bildirmek zorundadır.<sup>46</sup>

Durdurulan kişinin pasif olması veya yine arama tedbirine herhangi bir biçimde muhatap olmuş kişinin arama sırasında kolluk ile işbirliği içerisinde olması aramaya rıza gös-

<sup>38</sup> Gottlieb, David, a.g.e. Aktaran: Yenisey, a.g.e., s. 99.

<sup>39</sup> Gottlieb, a.g.e. Aktaran: Yenisey, a.g.e., s. 100.

<sup>40</sup> Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, a.g.e., s. 945.

<sup>41</sup> Gottlieb, a.g.e. Aktaran: Yenisey, a.g.e., s. 99.

<sup>42</sup> Gottlieb, a.g.e. Aktaran: Yenisey, a.g.e., s. 100.

<sup>43</sup> Gottlieb, a.g.e. Aktaran: Yenisey, a.g.e., s. 100.

<sup>44</sup> Eryılmaz, a.g.e., s.187. "COP A, paragraf 1 D (b)".

<sup>45</sup> Eryılmaz, a.g.e., s. 188.

<sup>46</sup> Eryılmaz, a.g.e., s. 187 "COP A, paragraf 1, D (b), COP B, paragraf, 4.2."



terdiği şekilde anlaşılmalıdır. Arama yetkisinin doğmadığı durumlarda kişinin işbirliğine davet edilmesi meşru olmakla birlikte, aramaya tabi kılınan kişiye aramanın rızaya dayandığı net olarak açıklanmalı, bunun anlaşıldığından emin olunmalı ve kişi tereddüt içinde bırakılmamalıdır.<sup>47</sup>

Kolluğun, aramaya tabi tuttuğu kişiye gerektiği gibi davranmaması, kişinin rıza gösterip göstermeme noktasında seçme özgürlüğüne müdahale edildiğini hissetmesi, rızanın baskı altında alınması, arama yapılmadan veya arama sırasında rızanın geri alınması, verilen rızayı ve dolayısı ile yapılan aramayı geçersiz kılacaktır.<sup>48</sup> Seçme özgürlüğünü kullanmaları söz konusu olmadığı için, küçükler ve akıl hastaları bu tip bir aramaya tabi tutulamaz.<sup>49</sup>

Aramaya rıza gösteren kişi, aramayı, aramaya konu şeyin belli bölümleri veya alanları ile sınırlayabilir.<sup>50</sup> Kişi, aramaya rıza göstermediği veya rızasını geri aldığı takdirde aranmaz ve kolluk görevlisinin kişinin yanından hemen ayrılması veya kişinin yanından ayrılmasına izin vermesi gerekir.<sup>51</sup>

## RIZA İLE ARAMA'NIN TÜRK HUKUKUNDAKİ YERİ

Ceza hukukunda bazı suçların asli unsurlarından ve tıpta tedavinin gerçekleştirilme şartlarından olan rızanın, usul hukukunda da, öteden beri, bir arama yöntemi olarak kullanılabilmesi savunulmaktadır.<sup>52</sup> Türk hukukunda, bir arama yöntemi olarak, rıza ile arama, 2003 ve 2005 tarihli Arama Yönetmeliği ile kolluğun imkânına sunulmaya çalışılmıştır. Bu hükümler ile rızanın alınması koşulu ile kolluk memuruna kendiliğinden adli arama yapma yetkisi tanınmaya çalışılmıştır. Fakat Danıştay

2003 tarihli ilk Arama Yönetmeliğinde<sup>53</sup> olduğu gibi, 2005 tarihli ikinci Arama Yönetmeliğinin de<sup>54</sup> “rızaya dayanan arama” yöntemine yer veren hükümlerini iptal etmiştir. İptal edilmiş bu hükümler ile kolluk memurunun kendiliğinden arama yapamayacağı açıktır.

## DANIŞTAY 10. DAİRE'SİNİN GEREKÇESİ/LERİ

Danıştay 2003 tarihinde “Adli ve Önleme Araması Yönetmeliği”nin 9. maddesini ve 20. maddesinin 2. fıkrasını (aşağıdaki hükümler) iptal etmiştir. Aşağıda önce bu hükümlere, ardından bu hükümlerin iptal gerekçelerine yer verilecektir.

**Madde 9:** Rıza ile arama, hâkim kararı veya kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmaksızın, kişinin rızasına dayanılarak yapılan aramadır. Rızasını almak için kolluk memuru, ilgili kişiye, bağlı bulunduğu birimi bildirir ve kimliğini gösterir; yapılan aramanın konusunu ve aramanın yapılmasına temel oluşturan sebebi açıklar; aramayı kabul etmeme hakkı olduğunu hatırlatır; kişinin rızası alındıktan sonra imzası alınır ve arama işlemine başlanır. Kişinin aramaya rızası bulunmadığını bildirdiği hallerde kolluk gücü, takdirine göre aranacak yerin etrafında gerekli tedbirleri alır ve arama kararı olmak üzere gerekli başvuruyu yapar.

Arama işlemi tutanağa bağlıdır.

**Madde 20/2:** 9. madde gereğince rıza ile yapılacak aramada, memur önce aramanın amacını bildirir, izin verme yetkisine sahip kişiye rıza göstermeye mecbur olmadığını söyler ve izin verme yetkisine sahip olan kişinin rızasını saptar. Ancak bu kişiyi, el konulan eşyanın delil olarak kullanılabilmesi hususun-

<sup>47</sup> Eryılmaz, a.g.e., s. 189.

<sup>48</sup> Eryılmaz, a.g.e., s. 189. “COP A, paragraf, 1 E”.

<sup>49</sup> Eryılmaz, a.g.e., s. 187. “COP A, paragraf 1 D (b), COP B, paragraf, 4.1”

<sup>50</sup> Bkz.: Amerikan Hukukunda “Rıza İle Arama” Bölümü, s. 9.

<sup>51</sup> Eryılmaz, a.g.e., s. 189.

<sup>52</sup> Eryılmaz, a.g.e., s. 190.

<sup>53</sup> Danıştay Onuncu Dairesinin, 11.11.2003 tarih ve 2003/3396 esas sayılı “iptal” kararı. Aktaran: Türkiye Barolar Birliği, “Danıştay 10. Dairesi AÖAY'nin 9. ve 20. maddelerini iptal etti”, (Çevrimiçi) ([http://www.barobirlik.org.tr/calisma/haberler/yargi/040301\\_danist\\_ay.aspx](http://www.barobirlik.org.tr/calisma/haberler/yargi/040301_danist_ay.aspx)), Erişim Tarihi:01.08.2009.

<sup>54</sup> Danıştay Onuncu Dairesinin, 13.03.2007 tarih ve 2005/6392 esas sayılı “iptal” kararı, Aktaran: İstanbul Barosu, “Danıştay 10. Dairesi AÖAY'nin 8/a-f bentleri ve 30/1 fıkrasını iptal etti”, (Çevrimiçi) <http://www.istanbulbarosu.org.tr/yayinlar/BaroDergileri/ibd/20075/ibd200754dd10.pdf> ErişimTarihi:01.08.2009.

da bilgilendirir. Aramanın ne sıfatla yapıldığı, arama yapılan kişiye bildirilir.

Şimdi ise kısaca 2003 tarihli iptal kararındaki gerekçeye kısaca değinelim.

*Danıştay Onuncu Dairesinin, 11.11.2003 tarih ve 2003/3396 esas sayılı İptal Kararının Gerekçesi.* Anayasa'nın sıkı bir şekilde korumakla yetinmeyip, sınırlama ölçütlerini de sıkı kurallara bağladığı temel haklardan olan "özel hayatın gizliliği" ve "konut dokunulmazlığı" hakkından tümüyle vazgeçilmesi anlamına gelen "rıza ile arama" müessesesinin, bu hakların ihlalini kolaylaştıracağı ve Anayasa ile getirilen korumayı işlevsiz hale getireceğinin açık olduğu ifade edilmiştir.

Danıştay tarafından iptal edilen bu hükümden sonra, Adalet Bakanlığı 2005 yılında adli ve önleme araması yönetmeliğinin 8. maddesinin f fıkrasına "ilgilinin rızası ile" ibaresini ekleyerek rıza ile aramayı tekrar gündeme getirmiştir. Adalet Bakanlığı bu düzenlemeyi yaparken, 2004 tarihinde yenilenen ceza kanununun 26. maddesinde düzenlenen hukuka uygunluk sebeplerinden rıza ibaresini dayanak almış olsa gerektir. Ne var ki Danıştay Onuncu Dairesi 2005.6392 esas sayılı dava üzerine 13.03.2007 tarihinde, dava konusu Yönetmeliğin 8. maddesinin (f) bendindeki "... ilgilinin rızası ..." ibaresini, esasta oybirliği gerekçede oyçokluğu ile iptal etmiştir. Bendin iptali yönünde bir uzlaşma hali mevcutken, gerekçe bakımından uzlaşmazlık söz konusudur.

Danıştay tarafından 2007 tarihinde iptal edilen ibarenin (... ilgilinin rızası ...) yer aldığı hüküm ise şu şekildedir:

**Madde 8:** Aşağıdaki hâllerde ayrıca bir arama emri ya da kararı aranmaz:

f) 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 24 üncü maddesindeki kanunun hükmü ve âmirin emrini yerine getirme, 25'inci maddesindeki meşru savunma ve zorunluluk hâli ve 26'ncı maddesindeki hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası ile diğer kanunların öngördüğü hukuka uygunluk sebepleri ve suçüstü hâlinde yapılan aramalarda, toplum için veya kişiler bakımından hayatı tehlikeyi ortadan kaldırmak amacıyla veya kapalı yerlerden gelen yardım çağrılarını üzerine, konut, işyeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine girmek için.

*Danıştay Onuncu Dairesinin, 13.03.2007 tarih ve 2005/6392 esas sayılı İptal Kararının Gerekçesi.*

İptale esas teşkil eden çoğunluk gerekçesi: Aynı zamanda Danıştay savcısının da bu bend ile ilgili olarak hazırladığı iddianamesinde bu görüşte olduğunu söyleyebiliriz. İptale esas teşkil eden bu gerekçede;

Anayasanın "Temel Haklar ve Ödevleri" kısmında yer verilen "özel hayatın gizliliği" ve "konut dokunulmazlığı hakkı"nın; dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez, kişiliğe bağlı temel haklardan olduğu, Anayasanın 20. ve 21. maddelerinde bu hakkın hangi hallerde ve nasıl sınırlanabileceği belirtilirken, anılan hakların "vazgeçilmez" niteliği nedeniyle sınırlama usulleri içinde "ilgilinin rızası"na yer verilmediği;

Gerek Anayasanın ilgili maddelerinde, gerek 5271 sayılı Yasada, özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı hakkı ile kamu güvenliği arasında bir denge kurulmaya çalışılırken, birey ile kolluk arasındaki güç dengesizliğinin, ilgilinin rızasını sakatlayabileceği endişesiyle, bu hakların mümkün olduğunca yargı yerlerince verilen kararlarla sınırlanması esasının olduğu;

Anayasanın sıkı bir şekilde korumakla yetinmeyip, sınırlama ölçütlerini de sıkı kurallara bağladığı temel haklardan olan "özel hayatın gizliliği" ve "konut dokunulmazlığı" hakkından tümüyle vazgeçilmesi anlamına gelen "rıza" müessesesinin, bu hakların ihlalini kolaylaştıracağı ve Anayasa ile getirilen korumayı işlevsiz kılacağına açık olduğu, bu durumda, dava konusu Yönetmeliğin 8. maddesinin (f) bendindeki "... ilgilinin rızası ..." ibaresinde hukuka uyarlık bulunmadığı ve bu gerekçelerle bendin iptal edilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

*İptale İlişkin Azınlık (Karşı Oy) Gerekçesi.* Aynı zamanda Danıştay Tetkik Hakiminin de bu bend ile ilgili olarak sunduğu raporda bu görüşte olduğunu söyleyebiliriz. Bu gerekçe-

Yargılama usulü ile ilgili kanunların, tamamen idarenin dışında kalan ve Anayasa'nın 9. maddesi uyarınca Türk Milleti adına yargı yetkisi kullanan mahkemeler tarafından uygu-

lanan kanunlar olduğu; bu vesileyle, genel anlamda, mahkemelerin yargılama faaliyeti içinde yer alan usul konusunun, idari alanın dışında kaldığının ve münhasıran kanun konusu olduğunun kabulünün zorunlu olduğu; yargılama usulü içinde düzenlenen bir konunun idari alan sayılabilmesi için ise; bu konuların neler olduğunun ve sınırlarının kanun koyucu tarafından açıkça gösterilmesi gerektiği; yasa koyucunun düzenleme yapma yetkisi vermediği hususların da idarece düzenlenebileceğinin kabulünün, yargı yetkisinin idare tarafından kullanılması anlamına geleceği, bu durumun diğer bir ifadesinin “fonksiyon gaspı” olduğu;

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun bütünü incelendiğinde, anılan Kanunun 82, 99 ve 167. maddelerinde yönetmelikte gösterilecek ve belirlenecek hususların açıkça belirtildiği ve bu maddeler arasında “arama” konusuna yer vermediği;

Yasa koyucunun, özellikle yönetmelik ile düzenlenmesini öngörmediği konuların ise, ayrıntılı olarak düzenlemeyi ve tüm olasılıkları kanun içinde tüketmeyi tercih ettiğinin görüldüğünü; diğer taraftan, Bakanlıkların Anayasanın 124. maddesinden kaynaklanan düzenleme yetkisinin ise; görev alanları ile ilgili kanunlarla sınırlı olduğu, mahkemeler tarafından uygulanacak olan yargılama usulüne ilişkin kanunların, idarenin görev alanı ile ilgili olmadığından, davalı idarelerin Anayasa'nın 124. maddesine dayalı düzenleme yetkisi olduğundan söz etme olanağı bulunmadığı, bu durumda dava konusu Yönetmeliğin adli aramalara ilişkin bulunan ...8. maddesinin (f) bendindeki “ilgilinin rızası ile” ibaresinin..., davalı Bakanlıkların düzenleme yapma yetkisinin bulunmadığı gerekçesiyle iptali gerektiği oyu ile karara (karara esas teşkil edecek gerekçeye) karşı olduklarını ifade etmişlerdir.

*Arama Sırasında İşbirliği ile Bir Yöntem Olarak “Rıza” Farklıdır.* İşbirliği yapmak ile rıza beyan etmek birbirinde farklıdır. Kişilerin hukuka uygun bir arama sırasında kolluğa yardımcı olmak veya en azından müdahale etmeden işlemin bitmesini beklemek şeklinde, kolluk ile işbirliği içinde olmaları gerekir. Bunun için kolluğun, arama yapmadan önce, ilgili kişiye bilgi vermesi yerinde

olacaktır.<sup>55</sup> Aramanın başarısını tehlikeye düşürecekse bu yapılmayabilir.<sup>56</sup> Kısaca Ceza Muhakemesi Kanunu madde 119'a göre, usulüne uygun verilmiş bir arama kararı veya emri söz konusu ise; kişilerin, herhangi bir zor kullanmaya muhatap olmadan, işbirliği içinde bu tedbire katlanmaları gerekir.

Rıza ise, mukayeseli hukuktaki uygulamaları ve yönetmelikle amaçlanan hedefi dikkate aldığımızda, “arama tedbiri”nde bir yöntemdir ve hakim kararı ile eşdeğerde olan, verip vermeyeceği tamamen kişinin iradesine kalmış bir beyandır. Bu sebeple işbirliği için “rıza” terimini kullanmak ve “bu da bir tür rızadır” demek yanlıştır.

## SONUÇ

“Arama Hukuku”na ilişkin temel bilgiler ve “rıza ile arama” ya ilişkin bilgileri paylaştıktan sonra;

- Türk Hukukunda “rıza ile arama” ya, ne mevzuat ne de uygulamada, yer verilmediğinden,
- “Rıza ile arama”nın, 2003 ve 2005 tarihli Adli ve Önleme Araması Yönetmelikleri ile mevzuata yerleştirilmeye çalışıldığından ve fakat her seferinde Danıştay tarafından iptal edildiğinden,
- Mukayeseli Hukukta “rıza ile arama”nın yeri ve uygulamasından,
- Danıştay'ın iptale esas teşkil eden ve etmeyen (iptal yönünde ve fakata iptale esas teşkil etmeyen (karşı oy)) gerekçelerinden,

bahsettik. Şimdi de “rıza ile arama tedbiri” ne ilişkin görüşlerimizi ifade edelim:

Arama, kişilerin özel hayatını, aile hayatını ve konut dokunulmazlığını yakından ilgilendirmektedir.<sup>57</sup> Anayasanın “Temel Haklar ve Ödevleri” kısmında yer verilen “özel hayatın gizliliği” ve “konut dokunulmazlığı hakkı” dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez, kişi-

<sup>55</sup> Özbek, a.g.e., s. 135 vd.

<sup>56</sup> Özbek, a.g.e., s. 135. “Kleinknecht-Meyer-Gossner, 106 5; Schlüchter, 278.

<sup>57</sup> Nevzat Toroslu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 224

liğe bağlı temel haklardandır. İnsan Hakları Hukukuna göre<sup>58</sup>; Kişi Özgürlüğü, Adil Yargılanma, Özel Hayata Saygı Duyulmasını İsteme, İşkence ve Ayrımcılık Yasağı gibi temel haklar devredilmez niteliktedirler; nasıl ki, kişiler kolluktan yakalanarak özgürlüklerinin kısıtlanmasını isterse şartları oluşmamış ise yakalanamaz; kişilerin suçu kabul etmesi halinde doğrudan tutuk veya ceza evine konularak adil yargılanma hakkının gereklerini yerine getirmekten vazgeçilemez; kişilerin “suç işledim, beni dövün, kötü muameleye tabi tutulmama hakkından feragat etmek istiyorum” demesi hukuken bir anlam ifade etmez ise; öyle de kişilerin kendi rızaları ile özel hayatlarına müdahaleyi kabul etmeleri hukuken bir değer ifade etmez. Bu bağlamda rıza ile arama müessesesini insan hakları anlayışı ile bağdaştırmak mümkün değildir.

Arama, kişilerin özel hayatını, aile hayatını ve konut dokunulmazlığını yakından ilgilendirmektedir, demiştik. Bu nedenle Anayasa tarafından da düzenlenmiştir. Nitekim Anayasa Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağını kabul etmiştir. (Madde 20/1) Kural olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyasının aranmayacağı ve bunlara el konulamayacağı öngörülmüştür. (Anayasa, madde 20/2) Anayasa konutta yapılacak aramayı da düzenlemiş; ilk olarak kimsenin konutuna dokunulamayacağını belirttiikten sonra, buralarda aramanın ancak kanunda açıkça gösterilen hallerde ve kural olarak hâkim kararı ile gecikmede tehlike bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan merciin emri ile yapılabileceğini öngörmüştür. (Anayasa, madde 21) Bir koruma ve önleme tedbiri olarak Aramanın, temel hak ve özgürlükleri ihlal edilecek<sup>59</sup> bir işlem olduğu düşünülerek, Hâkim tarafından karar verilmesi öngörülmüştür.

Gerçekten, arama kararı çoğu kere devlet menfaatleri ile birey menfaatleri arasında denge gözetmek, bazı temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilebilip edilemeyeceğine karar vermek gibi alınması zor bir karardır ve bu bakımdan hâkime bırakılması gereklidir.<sup>60</sup> Aramada hâkim kararının varlığı aramanın teminatıdır.<sup>61</sup> Bu bağlamda “rıza” aramanın teminatı olamaz. Bir yargı kararından önce temel hak ve özgürlükleri askıya alan, her zaman kötüye kullanılmaya elverişli olan bir koruma tedbiri olarak aramada “rıza” söz konusu olmamalıdır. Anayasanın her durumda, arama için hâkim veya yetkili bir merciin emrini isteyen hükmü karşısında, bu kurala istisna getirilmesi mümkün değildir.<sup>62</sup>

Birey ile kolluk arasındaki güç dengesizliğinin, hele ki demokratik toplumun tam oturmadığı ülkelerde, ilgilinin rızasını sakatlayabileceğinden, bu hakların, mümkün olduğunca yargı yerlerince verilen kararlarla sınırlandırılması kuralının dışına çıkılmamalıdır.

Anayasanın sıkı bir şekilde korumakla yetinmeyip, sınırlama ölçütlerini de sıkı kurallara bağladığı temel haklardan olan “özel hayatın gizliliği” ve “konut dokunulmazlığı” hakkından tümüyle vazgeçilmesi anlamına gelen “rıza” müessesesi, bu hakların ihlalini kolaylaştıracak ve Anayasa ile getirilen korumayı işlevsiz kılacaktır. Bu sebeplerle “rıza ile arama” müessesesine mevzuatımızda, hiçbir şekilde yer verilmemesi gerekir.

Son olarak kolluğa, rızanın alınması koşulu ile, hâkim kararına gerek olmadan kendiliğinden adli arama yapma yetkisinin bir yönetmelikle verilmeye çalışılmasının anlamsızlığını vurgulamak istiyorum. Yönetmelikle istisna formatında yeni kural ihdas edilmemelidir. Yönetmelikler ancak bir kuralın uygulanmasını gösterirler. (Anayasa, madde 124/1) Bu sebeple bu istisnalara kanunda<sup>63</sup> yer verilmesi

<sup>60</sup> Özbek, a.g.e., s. 68, “Karş. Michallek, 71”.

<sup>61</sup> Özbek, a.g.e., s. 68.

<sup>62</sup> Eryılmaz, a.g.e., s. 191, dipnot, 508.

<sup>63</sup> Kanunla “rıza ile arama”ya yer verilmesi ve ilgili kanunun iptali davasının Anayasa Mahkemesi’nde görülmesi durumunda, Yüksek Mahkeme tarafından ne karar verileceğini çok merak etmekteyim. Anayasa ile çelişik bir durum arz edeceği sebebiyle iptal edilmesi taraftarıyım ve edileceği kanaatini taşıyorum.

<sup>58</sup> İnsan Haklarının niteliği ile ilgili olarak bkz.: J. Donnelly, (Trc.: M. Erdoğan-L. Korkut), *Teori ve Uygulamada İnsan Hakları*, 1995, s. 19 vd.; M. Semih Gemalmaz, *İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, 1997, s. 311 vd.; Durmuş Tezcan-M. Erem-O. Ruhen Sancaktar, *Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu*, 2002, s. 29 vd. Aktaran: Eryılmaz, a.g.e., s. 188.

<sup>59</sup> Özbek, a.g.e., s. 68, “Krş.: Rüping, 88”.

yerinde olurdu.<sup>64</sup>olacaktır. Öyle ki İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (madde 8), özel hayata ve konut dokunulmazlığına müdahale edilmesini gerektiren bu tür düzenlemelerin kanunla yapılmasını şart koşmaktadır.<sup>65</sup> Ne var ki kanuni bir düzenleme ile bile “rıza ile arama” bir istisna olarak getirilmemelidir. Hukuka aykırı aramaların, yerel mahkemelerimiz ve Strazburg mahkemesi kararları ile sabit olduğu üzere, çokça olduğu ülkemizde, hukuka aykırılıkları daha da arttıracak olması nedeniyle böyle bir düzenleme kanunla da yapılmamalıdır. Aksi durumda Anayasa Mahkemesi Anayasa ile aykırı olacak bu düzenlemeyi iptal etmelidir.

## EK

### DANIŞTAY 10. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/6392 K: 2007/948

T: 13.03.2007

#### Aramada İlgilinin Rızası

**Özet:** “Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 8. Maddesinin a bendindeki “yakalanması amacıyla konutta, işyerinde, yerleşim yerinde, bunların eklentilerinde ve aracında yapılacak aramada...” ibaresinin; 30. maddesinin 1. fıkrasının ve 8. maddenin “f” bendindeki “ilgilinin rızası ...” ibaresinin iptaline karar vermek gerekmiştir.”

**İstemlin Özeti:** 1.6.2005 tarih ve 25832 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 8. maddesinin ... (f) bendindeki “ilgilinin rızası ile” ibaresinin... iptali istenilmektedir.

**Savunmaların Özeti:** ... Öte yandan “ilgilinin rızasının” aramayı hukuka uygun hale getireceği, ... bu itibarla, dava konusu Yönetmeliğin 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri ile 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu hükümlerine aykırılık bulunmadığı savunulmaktadır.

#### **Danıştay Tetkik Hakimi:** Yunus Aykın

Düşüncesi: Dava konusu Yönetmeliğin adli aramalara ilişkin bulunan 8. maddesinin ... (f) bendindeki “ilgilinin rızası ile” ibaresinin yasal dayanağı, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunudur. Yargılama usulü ile ilgili kanunlar ise, tamamen idarenin dışında kalan ve Anayasa'nın 9. maddesi uyarınca Türk Milleti adına yargı yetkisi kullanan mahkemeler tarafından uygulanan kanunlardır. Bu itibarla, genel anlamda, mahkemelerin yargılama faaliyeti içinde yer alan usul konusunun, idari alanın dışında kaldığının ve münhasıran kanun konusunun kabulü zorunludur. Yargılama usulü içinde düzenlenen bir konunun idari alan sayılabilmesi için ise; bu konuların neler olduğunun ve sınırlarının Kanun Koyucu tarafından açıkça gösterilmesi gerekmektedir. Aksi halde yargılama usulünün, idarece yönetmelikle düzenlenebileceğinin kabulü, yargı yetkisinin idare tarafından kullanılması anlamına gelir ki, bu durumun diğer bir ifadesi yetki saptırılmasıdır.

Nitekim 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun bütünü incelendiğinde Kanun Koyucunun da aynı kaygıdan hareketle düzenleme yaptığı görülmektedir. Anılan Kanun'un; 82, 99 ve 167. maddelerinde yönetmelikte gösterilecek ve belirlenecek hususlar açıkça belirtilmiş, 333. maddesinde de “(1) Bu Kanunda öngörülen yönetmelikler, aksine hüküm bulunmadıkça, ilgili bakanlıkların görüşü alınarak Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılır.” kuralına yer verilmiştir.

Yukarıda aktarılan yasa hükümlerinin değerlendirilmesinden, Kanun Koyucunun “idari alan” olarak gördüğü ve yönetmelikle düzenlenmesini öngördüğü hususları konu ya da madde belirtmek suretiyle Kanun'un 82, 99 ve 167. maddelerinde açıkça gösterdiği, bu konu ve maddeler arasında “arama” konusuna yer vermediği, 333. maddede ise, yönetmelik çıkarma yetkisini, sadece bu Kanunda öngörülen Yönetmelikler ile sınırladığı sonucuna ulaşılmaktadır. Yasa koyucunun, özellikle Yönetmelik ile düzenlenmesini öngörmediği konuları ise, ayrıntılı olarak düzenlemeyi ve tüm olasılıkları Kanun içinde tüketmeyi tercih ettiği görülmektedir.

Diğer taraftan, Bakanlıkların Anayasanın 124. maddesinden kaynaklanan düzenleme

<sup>64</sup> Şemsettin Aksoy, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), **Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama**. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2006, s. 80.

<sup>65</sup> Aksoy, a.g.e., s. 80.

yetkisi ise; görev alanları ile ilgili kanunlarla sınırlı olup, mahkemeler tarafından uygulanacak olan yargılama usulüne ilişkin kanunlar idarenin görev alanı ile ilgili olmadığından, idarenin Anayasa'nın 124. maddesine dayalı düzenleme yetkisi olduğundan söz etme olanağı da yoktur.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu Yönetmeliğin adli aramalara ilişkin bulunan 8. maddesinin (f) bendindeki "ilgilinin rızası ile" ibaresinin ..., yetki yönünden hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle iptali, gerektiği düşünülmektedir.

**Danıştay Savcısı:** Metin Çetinkaya

... Dava konusu Yönetmeliğin 8. maddesinin (f) bendindeki "... ilgilinin rızası ..." ibaresine gelince; Anayasanın "Temel Haklar ve Ödevleri" kısmında yer verilen "özel hayatın gizliliği" ve "konut dokunulmazlığı hakkı" dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez kişiliğe bağlı temel haklardır. Anayasanın 20. ve 21. maddelerinde bu hakkın hangi hallerde ve nasıl sınırlanabileceği belirtilirken, anılan hakların "vazgeçilmez" niteliği nedeniyle sınırlama usulleri içinde "ilgilinin rızası"na yer verilmemiştir.

Gerek Anayasanın ilgili maddelerinde, gerek 5271 sayılı Yasada, özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı hakkı ile kamu güvenliği arasında bir denge kurulmaya çalışılırken, birey ile kolluk arasındaki güç dengesizliğinin, ilgilinin rızasını sakatlayabileceği endişesiyle, bu hakların, mümkün olduğunca yargı yerlerince verilen kararlarla sınırlanması esası benimsenmiştir.

Anayasanın sıkı bir şekilde korumakla yetinmeyip, sınırlama ölçütlerini de sıkı kurallara bağladığı temel haklardan olan "özel hayatın gizliliği" ve "konut dokunulmazlığı" hakkından tümüyle vazgeçilmesi anlamına gelen "rıza" müessesesinin bu hakların ihlalini kolaylaştıracağı ve Anayasa ile getirilen korumayı işlevsiz kılacağı açıktır.

Bu durumda, dava konusu Yönetmeliğin 8. maddesinin (f) bendindeki "... ilgilinin rızası ..." ibaresinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu Yönetmeliğin 8. maddesinin "f" bendindeki "...

ilgilinin rızası" ibaresinin iptaline karar verilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

**Türk Milleti Adına** Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince gereği görüldü:

... Dava konusu Yönetmeliğin 8. maddesinin (f) bendindeki "... ilgilinin rızası ..." ibaresine gelince;

Anayasanın "Temel Haklar ve Ödevleri" kısmında yer verilen "özel hayatın gizliliği" ve "konut dokunulmazlığı hakkı" dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez, kişiliğe bağlı temel haklardır. Anayasanın 20. ve 21. maddelerinde bu hakkın hangi hallerde ve nasıl sınırlanabileceği belirtilirken, anılan hakların "vazgeçilmez" niteliği nedeniyle sınırlama usulleri içinde "ilgilinin rızası"na yer verilmemiştir.

Gerek Anayasanın ilgili maddelerinde, gerek 5271 sayılı Yasada, özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı hakkı ile kamu güvenliği arasında bir denge kurulmaya çalışılırken, birey ile kolluk arasındaki güç dengesizliğinin, ilgilinin rızasını sakatlayabileceği endişesiyle, bu hakların, mümkün olduğunca yargı yerlerince verilen kararlarla sınırlanması esası benimsenmiştir.

Anayasanın sıkı bir şekilde korumakla yetinmeyip, sınırlama ölçütlerini de sıkı kurallara bağladığı temel haklardan olan "özel hayatın gizliliği" ve "konut dokunulmazlığı" hakkından tümüyle vazgeçilmesi anlamına gelen "rıza" müessesesinin, bu hakların ihlalini kolaylaştıracağı ve Anayasa ile getirilen korumayı işlevsiz kılacağı açıktır.

Bu durumda, dava konusu Yönetmeliğin 8. maddesinin (f) bendindeki "... ilgilinin rızası ..." ibaresinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 8. maddenin "f" bendindeki "... ilgilinin rızası ..." ibaresinin, esasta oybirliği gerekçede oyçokluğu ile iptaline 13.3.2007 tarihinde karar verildi.

## KARŞI OY

... Dava konusu Yönetmelikte yer alan ve iptali istenilen maddelerden ...8/f ve... maddeleri adli aramalara ilişkin olup, bu maddeler yönünden Yönetmeliğin yasal dayanağını,

5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu oluşturmaktadır.

Yargılama usulü ile ilgili kanunlar ise, tamamen idarenin dışında kalan ve Anayasa'nın 9. maddesi uyarınca Türk Milleti adına yargı yetkisi kullanan mahkemeler tarafından uygulanan kanunlardır. Bu itibarla, genel anlamda, mahkemelerin yargılama faaliyeti içinde yer alan usul konusunun, idari alanın dışında kaldığının ve münhasıran kanun konusu olduğunun kabulü zorunludur. Yargılama usulü içinde düzenlenen bir konunun idari alan sayılabilmesi için ise; bu konuların neler olduğunun ve sınırlarının Kanun Koyucu tarafından açıkça gösterilmesi gerekmektedir. Yasa koyucunun düzenleme yapma yetkisi vermediği hususların da idarece düzenlenebileceğinin kabulü, yargı yetkisinin idare tarafından kullanılması anlamına gelir ki, bu durumun diğer bir ifadesi "fonksiyon gaspı"dır.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun bütünü incelendiğinde, anılan Kanunun 82, 99 ve 167. maddelerinde yönetmelikte gösterilecek ve belirlenecek hususlar açıkça belirtilmiş, 333. maddesinde de, "(1) Bu Kanunda öngörülen yönetmelikler, aksine hüküm bulunmadıkça, ilgili bakanlıkların görüşü alınarak Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılır." kuralına yer verilmiştir.

Yukarıda aktarılan Yasa hükümlerinin değerlendirilmesinden, Yasa koyucunun "idari alan" olarak gördüğü ve yönetmelikle düzenlenmesini öngördüğü hususları konu ya da madde belirtmek suretiyle Kanun'un 82, 99 ve 167. maddelerinde açıkça gösterdiği, bu konu ve maddeler arasında "arama" konusuna yer vermediği, 333. maddede ise, yönetmelik çıkarma yetkisini, sadece bu Kanunda öngörülen Yönetmelikler ile sınırladığı sonucuna ulaşmaktadır.

Yasakoyucunun, özellikle Yönetmelik ile düzenlenmesini öngörmediği konuları ise, ayrıntılı olarak düzenlemeyi ve tüm olasılıkları Kanun içinde tüketmeyi tercih ettiği görülmektedir. Diğer taraftan, Bakanlıkların Anayasanın 124. maddesinden kaynaklanan düzenleme yetkisi ise; görev alanları ile ilgili kanunlarla sınırlı olup, mahkemeler tarafından uygulanacak olan yargılama usulüne ilişkin kanunlar, idarenin görev alanı ile ilgili olmadığından, davalı idarelerin Anayasa'nın 124. maddesine

dayalı düzenleme yetkisi olduğundan söz etme olanağı bulunmamaktadır.

Bu durumda dava konusu Yönetmeliğin adli aramalara ilişkin bulunan ...8. maddesinin (f) bendindeki "ilgilinin rızası ile" ibaresinin..., davalı Bakanlıkların düzenleme yapma yetkisinin bulunmadığı gerekçesiyle iptali gerektiği oyu ile karara karşıyız.

(Başkan: V. Mehmet Ünlüçay, Üye: Cem Erbüük)

## Kaynakça

- Bahri Öztürk-M. Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 2006.
- Durmuş Tezcan-M. Erem-O. Sancaktar Ruhen, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, 2002.
- Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Yayınları, Ankara 2004
- Erdener Yurtcan, *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Şerhi ve İlgili Mevzuat*, C. 1, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1988.
- Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, Beta Basım Yayın, Ocak 2007.
- Feridun Yenisey, *"Ceza Muhakemesinde Soruşturma, Kovuşturma ve Kanun Yolları"*, <http://igul.-bahcesehir.edu.tr/BOOKS/AramaHukuku.doc>.
- Feridun Yenisey, *Mukayeseli Hukukta Arama, İfade Alma ve Hukuka Aykırı Deliller*, Bahçeşehir Üniv. Yayınları, İstanbul.
- Haluk Çolak-Mustafa Taşkın, *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi*, Ankara 2007.
- Hamdi Öner, *Hürriyet ve Mülkiyet Takyid Eden Kaideler*, AD. 1938.
- [http://www.barobirlik.org.tr/calisma/haberler/yargi/040301\\_danistay.aspx](http://www.barobirlik.org.tr/calisma/haberler/yargi/040301_danistay.aspx)
- <http://www.istanbulbarosu.org.tr/yayinlar/BaroDergileri/ibd/20075/ibd200754dd10.pdf>
- M. Bedri Eryılmaz, *Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.
- M. Mehmet Doğan, *Büyük Türkçe Sözlük*, Pınar Yayınları, İstanbul 2001.
- M. Semih Gemalmaz, *İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, 1997.
- Nevzat Toroslu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Savaş Yayınevi, 2001.

- Nevzat Toroslu-Metin Feyzioğlu, ***Ceza Muhakemesi Hukuku***, Ankara 2006.
- Nur Centel-Hamide Zafer, ***Ceza Muhakemesi Hukuku***, İstanbul 2006.
- Nurullah Kunter-Feridun Yenisey-Ayşe Nuhoğlu, ***Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi***, Arıkan Yayıncılık, İstanbul 2006.
- Şemsettin Aksoy, ***Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama***, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniv. Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2006.
- V. Özer Özbek, ***Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama***, Seçkin Yayıncılık, Ankara 1999.
- V. Özer Özbek-M. Nihat Kanbur-Pınar Bacaksız-Koray Doğan, ***Ceza Muhakemesi Hukuku Bilgisi***, Ankara 1999.





# Gözaltına Alma ve Gözaltına İlişkin Usuli İşlemler

Nurettin BOZKURT



## GÖZALTINA ALMA

### Genel Olarak

#### 1. Koruma Tedbiri Olarak Gözaltı

**G**özaltı kurumu, yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nun dördüncü kısmında koruma tedbirleri başlığı altında müstakil bir başlık olarak düzenlenmiştir. Yakalama Gözaltına alma ve ifade alma yönetmeliğinin tanımlar başlığı altındaki 4. maddesinin beşinci fıkrasında bu tedbir şöyle tanımlanmaktadır:

**Gözaltına alma:** Kanunun verdiği yetkiye göre, yakalanan kişinin hakkındaki işlemlerin tamamlanması amacıyla, yetkili hâkim önüne çıkarılmasına veya serbest bırakılmasına kadar kanunî süre içinde sağlığına zarar vermeyecek şekilde özgürlüğünün geçici olarak kısıtlanıp alıkonulmasını ifade eder.

Gözaltından CMK'nın 91. maddesinin ikinci fıkrasında da tedbir olarak bahsedilmektedir.

Ceza Muhakemeleri Kanunumuz ve yönetmelik düzenlemesi göz önünde tutulduğunda gözaltı kurumunun, koruma tedbirleri arasında düzenlendiği görülmektedir.

**Koruma tedbirleri,** ceza muhakemesinin yapılmasını veya yapılan muhakemenin sonunda verilecek kararların kâğıt üzerinde kalmasını ve muhakeme masraflarının karşılamasını sağlamak amacıyla, kural olarak, ceza muhakemesinde karar verme yetkisini haiz olan yetkililer tarafından verilen, Gecikmede sakınca bulunan durumlarda, geçici olarak başvuru ve hükümden önce bazı

temel hak ve hürriyetlere müdahaleyi gerektiren kanuni çarelere<sup>1</sup> denir.

Koruma tedbirlerinin ortak özellikleri şöyle sıralanabilir:

- yasa ile düzenlenmiş olması,
- şüphelerin belli bir yoğunlukta olması,
- henüz hüküm verilmeden temel bir hakkı sınırlaması,
- geçici olması,
- muhakemenin yapılabilmesini sağlamak ve/veya verilecek kararın kâğıt üzerinde kalmasını önlemek ve/veya delillerin kaybolmaması veya muhafaza etmek amacının bulunması,
- gecikmede sakınca bulunması,
- hâkim, (gecikmesinde sakınca olabilecek hallerde) savcı kararı bulunması,
- oranlılık (ölçülülük ilkesi) bulunması.<sup>2</sup>

Gözaltına almayı düzenleyen kanun ve yönetmelik maddeleri göz önünde bulundurulduğunda bu tedbirin CMK'da soruşturma safhasına ait bir koruma tedbiri olarak düzenlendiği görülür.

#### 2. Yakalama ve Gözaltına Alma Arasındaki Fark

Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu eskisinden farklı olarak yakalama ve gözaltına almayı birbirinden ayırmıştır. Her şeyden önce yaka-

<sup>1</sup> B. Öztürk-M. R. Erdem, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9. baskı, s. 483.

<sup>2</sup> B. Öztürk-M. R. Erdem, a.g.e., s. 484.

lanmanın mutlaka gözaltına alınmayla sonuçlanacağı yaygın kanısının doğru olmadığını belirtmek gerekir. Yakalama, şüpheli veya sanığın, kişi hürriyetinin herhangi bir hâkim kararı olmaksızın sınırlandırılarak nezarethane adı verilen yere konmasına<sup>3</sup> denir. Yakalama yetkisi kural olarak, savcı, adli kolluk amiri ve memurlarıdır. Ancak herkesin yakalama yapabildiği durum da mevcuttur. Bu durum meşhut suç yani suçüstü haliyle sınırlıdır. Gözaltı işlemine ise sadece savcı karar verebilmektedir. Yani yakalama işlemi yukarıda sayılan kişilerce yapıldıktan sonra gerekli şartların mevcudu halinde savcının sözlü veya yazılı emri ile başlayan bir süreçtir.

Eski Ceza Muhakemesi Kanunumuzda, yakalama ve gözaltına alma ayırımına gidilmediğinden, Yakalananın hareket serbestisini ortadan kaldıran durumun vukuundan itibaren gözaltı işleminin başladığını varsayılmaktaydı. Bu nedenle kişinin özgürlüğünü kısıtlayan her işlem gözaltına alma olabilmekteydi. Kişinin gözaltına alınmış olması için özgürlüğünün yetkili kişilerce kısıtlanmış olmasından başka bir işleme gerek kalmamaktaydı. Ancak yeni CMK Cumhuriyet savcısının serbest bırakmama kararı vermesine kadar geçen süreci ve bu sürecin işleyişini ayrı bir düzenlemeye tabi tutmuştur. Bu farklılık en açık şekilde kendisini gözaltına almaya yetkili kişilerin sınırlamasında ortaya koymaktadır. Eski Ceza Muhakemesi Kanunu düzenlemesinde, yakalama ve gözaltına alma tedbirleri birbirinin devamı ve birbirinin içinde mülâhaza edildiğinden, Cumhuriyet savcısı dışında yakalamaya yetkili olan adli kolluk amir ve memurlarının yakalama işlemiyle de gözaltı işlemi gerçekleşmiş olmaktadır. Hâlbuki yeni CMK ile yakalamaya ve gözaltına almaya yetkili kişiler —savcı ikisine de yetkili— tamamen ayrı tutulup bu iki süreç dâhilinde şüpheli veya sanığın hakları ayrıca düzenlemeye tabi tutulmuştur.

Örneğin kolluk, yakalama anında Cumhuriyet savcısına götürünceye kadar, sadece “yakınlarına” haber vermek zorundadır. (PVSK 13) Ancak, yeni kanun yakalanan kişinin yakınlarına haber verme mükellefiyetini “gözaltı işlemleri sırasında” kolluğun elinden almış,

Cumhuriyet savcısının emrine bağlamıştır.<sup>4</sup> Ancak belirtmeliyiz ki yakalanan kişi hakkında Cumhuriyet Savcısının gözaltı emri vermesi ile eski ve yeni kanun arasındaki bu farklı düzenleme herhangi bir önem arz etmeyecektir. Nitekim CMK’da da gözaltı süresi, yakalama anından itibaren işletilmektedir. Yeni düzenlemenin getirdiği farklılık sadece Cumhuriyet Savcısının kararının gerekliliğidir.

## Gözaltına Alma

### 1. Şartları

Ceza Muhakemesi Kanununun 90. maddesine göre yakalanan kişi Cumhuriyet savcısı tarafından bırakılması emredilmezse, soruşturmanın tamamlanması için gözaltına alınır. Nitekim CMK’nın 91. maddesinin birinci fıkrasında: “Yukarıdaki Maddeye göre yakalanan kişi, Cumhuriyet savcılığınca bırakılmazsa, soruşturmanın tamamlanması için gözaltına alınmasına karar verilebilir.” denilmektedir.

Sanık veya şüphelinin gözaltına alınması kararını verme yetkisindeki Cumhuriyet savcısı bu kararı CMK’nın 91. maddesinin 2. fıkrasındaki koşullar çerçevesinde verir. CMK’nın 91/2 maddesi “Gözaltına alma, bu tedbirin soruşturma yönünden zorunlu olmasına ve kişinin bir suçu işlediğini düşündürebiyecek emarelerin varlığına bağlıdır” demektedir ve yakalamadan sonra gözaltı tedbirinin uygulanmasını, maddede anılan iki şartın bir arada mevcudiyetine bağlanmıştır. Makul şüphenin, yani somut olgulara dayanan ve ilk bakışta herkesi inandırabilecek şüphenin bulunmadığı hallerde Cumhuriyet savcısı, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkıyla sıkı ilişkisi olan gözaltı tedbirine başvuramaz.

Kanun metninden anlaşılacağı üzere “kişinin bir suçu işlediğini düşündürebiyecek emarelerin varlığı”ndan, bu nitelikte deliller olmadan gözaltı kararının verilememesi anlaşılmalıdır. Bir kişinin suç işlediğini düşündürebiyecek delil, suçu ana hatlarıyla ortaya koyan delildir.

<sup>3</sup> B. Öztürk-M. R. Erdem, a.g.e., s. 491.

<sup>4</sup> N. Kunter-F. Yenisey-A. Nuhoglu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 841.

CMK'ya göre, yakalanan kişinin gözaltına alabilmesi için elde delil bulunması yetmez; bununla beraber gözaltına alınanın soruşturma yönünden zorunlu olması da gerekir. "Gözaltına alma işleminin soruşturma yönünden zorunlu olması" demek, yapılmadığında soruşturma hiç yapılamayacak veya yapılsa dahi maddi gerçek ortaya çıkarılamayacak, adil yargılama tehlikeye girecek demektir.<sup>5</sup>

## 2. Gözaltına Alma Kararı

Her ne suretle olursa olsun, yakalanan kişi otomatik olarak gözaltına alınamaz. Bu konuda Cumhuriyet savcısının kararına ihtiyaç vardır. Yakalanan kişi, Cumhuriyet savcılığınca serbest bırakılmazsa, kişi ancak o zaman, soruşturmanın tamamlanması amacıyla gözaltına alınabilir. Gözaltına alma yetkisi Cumhuriyet savcısındadır. Savcının bu yolda karar verebilmesi için iki şartın bir arada bulunması gerekir

- Gözaltına alınanın soruşturma yönünde zorunlu olması
- Kişinin bir suçu işlediğini düşündürebilecek emarelerin bulunması

gerekir.

Gözaltına alma, daima yakalama üzerine olur. Hâkim kararı ile yapılan hürriyetin tahdid, hatalı olarak, nezaret altında bulundurma adını taşısa dahi, bu nitelikte değildir.

Nitekim kanunumuz, duruşmanın tehiri müddetine münhasır olmak üzere, savuşmasını önlemek için, başkanın kararı ile sanığın nezaret altına alınabileceğini beyan etmekte ise de, burada hürriyeti tahdit eden işlem yakalama olmayıp özel bir tutuklamadır. Ve hürriyeti tahdit durumu da gözaltına alınma olmayıp özel bir tutukluluktur. Aynı şekilde hâkimin zorla getirme kararı ile yargılama makamı önüne getirilmek için hürriyeti tahdit edilen kimsenin durumu da yakalama olmadıktan, "zorla getirilme" durumu ile "gözaltına alınma" durumu da aynı şeyler değildir. Ancak hakkında zorla getirme kararı verilen kimsenin de, bunun zorunlu sınırları içinde, hürriyetinin tahdidini gerekir. Buradaki hürriye-

tin tahdidini de hâkim kararına dayandığından, yakalamadan ve onun neticesi olan gözaltına almadan farklı olmak icap eder.<sup>6</sup>

Kolluğun bir kimseyi gözaltına alma yetkisi bundan ibarettir. Süreleri geçirmek veya haklı olmayan gecikmelere meydan vermek "kişi hürriyetinden yoksun kılma" suçunu oluşturabilir. (YTCK 109)<sup>7</sup>

Yeni CMK yakalanan, gözaltına alınan veya gözaltı süresi uzatılan sanık veya şüphelinin Cumhuriyet savcısının emri ile bir yakının veya belirlediği bir kişinin gecikmeden haberdar edileceğini düzenlemektedir

## 3. Gözaltı İşlemlerine Karşı Hâkime Başvurma

Gözaltına alma işlemine veya gözaltı süresinin uzatılmasına ilişkin Cumhuriyet savcısının yazılı emrine karşı, yakalanıp gözaltına alınan kişi, müdafî veya kanunî temsilcisi, eş ya da birinci veya ikinci derecede kan hısımları hemen serbest bırakılmasını sağlamak için Sulh ceza hâkimine başvurabilir. Kişi hürriyeti ve özgürlüğü söz konusu olduğu için yönetmelikte yakalanan veya gözaltındaki kişinin dilekçesinin yetkili hâkime en seri şekilde ulaştırılacağı bildirilmektedir.

Bu başvuru, gözaltı süresinin sonunda sulh ceza hâkiminin önüne çıkarılmadan farklı bir usul işlemidir. Sulh ceza hâkimi yakalamanın, gözaltına alma kararının veya gözaltı süresinin uzatılması emrinin hukuka aykırı olup olmadığını "evrak üzerinde inceleyerek" derhal sonuçlandırmak mecburiyetindedir. Kanun en fazla 24 saatlik bir süre öngörmüştür.<sup>8</sup> Kanun "derhal ve nihayet 24 saat dolmadan karar verilir" demektir. Kanunda geçen "derhal" lafzında da anlaşılacağı gibi imkân dâhilindeki en kısa sürede karar verilmesi esastır.

Sulh ceza hâkiminin, günün herhangi bir saatinde yakalanan kişinin, yakalanmasını, gözaltına alınmasını veya gözaltı süresinin uzatılması hakkındaki savcılık kararlarının hukuka aykırılıklarını inceleyebilmesi için de-

<sup>6</sup> N. Kunter- F. Yenisey-A. Nuhoğlu, a.g.e., s. 851.

<sup>7</sup> N. Kunter- F. Yenisey-A. Nuhoğlu, a.g.e., s. 851.

<sup>8</sup> N. Kunter- F. Yenisey-A. Nuhoğlu, a.g.e., s. 843.

<sup>5</sup> B. Öztürk-M. R. Erdem, s. 494.

vamlı makamında —nöbet esasına uygun— bulunması gerekir. Tabidir ki hâkim için bir de zabıt kâtibi hazır bulunmalıdır. Ancak uygulamada nöbetçi hâkim ve savcıya belli bir saat-ten sonra ulaşmak dahi imkânsızlık derecesindedir. Bu tür durumlarla karşılaşılması halinde durumun tutanak altına alınması ve nöbetçi kolluk memuruna imzalatılması gerekir. İmzadan imtina etmesi halinde Baro'dan istenebilecek veya bir meslektaşın müşahitliği ile tutanak imzalanarak tutanağın Baro'ya bilgi için, Adalet Bakanlığı'na ise soruşturma iste- miyle gönderilmesi faydalı olacaktır.

Sulh ceza hâkimi evrak üzerinde yapacağı inceleme sonucunda, yakalama, gözaltına alma ve gözaltı süresinin uzatılmasına ilişkin kararların yerinde olduğu kanısına varırsa, başvuru reddeder. (CMK 91/4)

Bu kararlarda hukuka aykırılık tespit ederse yakalananın derhal soruşturma evrakıyla cumhuriyet savcılığında hazır bulundurulma- sına karar verilir. (CMK 91/4)

#### 4. Şüphelinin Sağlık Kontrolü

Şüphelinin sağlık kontrolüne, Yakalama Gözaltına Alma ve İfade alma yönetmeliğinin 9. maddesinde genişçe yer verilmiş olup şö- yle bir düzenlemeye tabidir:

Yakalanan kişinin gözaltına alınacak olması hâllerinde hekim kontrolünden geçirilerek yakalanma anındaki sağlık durumu belirlenir. Hekim ile muayene edilen şahsın yalnız kal- maları, muayenenin hekim hasta ilişkisi çer- çevesinde yapılması esastır. Ancak, hekim kişisel güvenlik endişesini ileri sürerek mu- yenenin kolluk görevlisinin gözetiminde ya- pılmasını isteyebilir. Bu istek belgelendirilerek yerine getirilir. Bu durumda gözaltına alınan kişinin talebi hâlinde müdafii de muayene sırasında gecikmeye neden olmamak kaydıyla hazır bulunabilir. Kadının muayenesi, talebi hâlinde ve olanaklar elverdiğinde bir kadın hekim tarafından yapılır. Muayene edilecek kadının talebine rağmen kadın hekimin bu- lunmaması halinde, muayene sırasında hekim ile birlikte sağlık mesleği mensubu bir kadın personelin bulundurulmasına özen gösterilir.

Hekim raporu üç nüsha hâlinde düzenle- nir. Kolluk görevlileri tarafından, hekim rapo-

runu verecek birime, yakalananın nezarethane- neye giriş raporu mu, yoksa çıkış raporu için mi getirildiği yazılı olarak bildirilir. Yakalama veya nezarethaneye giriş raporunun bir nü- shası raporu tanzim eden sağlık kuruluşunda saklanır, ikinci nüshası gözaltına alınana, üçüncü nüsha ise soruşturma dosyasına ek- lenmek üzere ilgili kolluk görevlisine verilir. Tıbbî muayene, kontrol ve tedavi, adli tıp kurumu veya resmî sağlık kuruluşlarınca yapı- lır. Gözaltına alınan kişinin ifadesini alan veya soruşturmayı yürüten kolluk görevlisi ile bu kişiyi tıbbî muayeneye götüren kolluk görevli- sinin farklı olması zorunludur. Ancak personel yetersizliği nedeniyle farklı kolluk görevlisinin bulunmaması hâlinde bu durum belgelendiril- lir.

Gözaltı süresinin uzatılması veya yer deği- şikliği ya da nezarethaneden çıkış sırasında düzenlenen hekim raporlarından ise; bir nü- shası sağlık kuruluşunda saklanır, iki nüshası ise raporu düzenleyen sağlık kuruluşunca kapalı ve mühürlü bir zarf içerisinde ilgili Cumhuriyet başsavcılığına en seri şekilde gönderilir. Bunlardan bir nüshası Cumhuriyet savcısı tarafından gözaltına alınanın kendisine veya vekiline verilir, bir nüshası ise soruşturma dosyasına eklenir. Bu raporların düzen- lenmesinde ve Cumhuriyet başsavcılığına gönderilmesi hususunda 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 157. maddesindeki “kanunun başka hüküm koyduğu haller saklı kalmak ve savunma haklarına zarar verme- mek koşuluyla soruşturma evresindeki usul işlemleri gizlidir” kurallarına uyulur ve bu amaçla gerekli tedbirler ilgili sağlık kuruluşun- ca alınır.

Gözaltına alınan kişinin herhangi bir ne- denle yerinin değiştirilmesi, gözaltı süresinin uzatılması, serbest bırakılması veya adli mer- cilere sevk edilmesi işlemlerinden önce de sağlık durumu hekim raporu ile tespit edilir.

Gözaltına alınanlardan herhangi bir ne- denle sağlık durumu bozulanlar ile sağlık durumundan şüphe edilenler, derhâl hekim kontrolünden geçirilerek gerekiyorsa tedavi- leri yaptırılır. Bu durumdaki kişilerden kronik bir rahatsızlığı olanların, istekleri hâlinde varsa kendi hekimi nezaretinde resmî hekim tarafından muayene ve tedavi edilmeleri sağlanır.

Hekim muayene esnasında 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 94. maddesinde belirtilen işkence, 95. maddesinde belirtilen neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence ve 96. maddesinde belirtilen eziyet suçlarının işlendiği yolunda herhangi bir bulguya rastlaması halinde, keyfiyeti derhâl Cumhuriyet savcısına bildirir. Bu durumda bir suça ilişkin delil elde etmek için mağdurun vücudu üzerinde muayene yapılabilmesine sağlığının açıkça veya öngörülebilir şekilde tehlikeye düşürmemek ve cerrahi bir müdahalede bulunmamak koşuluyla Cumhuriyet savcısının istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkemece, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilir. Cumhuriyet savcısının kararı 24 saat içinde hâkim veya mahkeme onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme 24 saat içinde karar verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır. (YGİY, madde 9)

### 5. Güvenlik Araması

Gözaltı birimine getirilen kişi hakkında aşağıdaki hükümler uygulanır:

Nezarethaneye veya zorunlu hâllerde bu amaca tahsis edilen yerlere konulmadan önce usulünce aranır. Kadının üst veya vücudunun aranması, bir kadın görevli veya bu amaçla görevlendirilecek diğer bir kadın tarafından yapılır. (YGİY, madde 10/a)

Kendisine zarar verebilecek kemer, kravat, ip, kesici ve delici alet gibi nesnelere arındırılır. (YGİY, madde 10/b)

Üzerinden çıkan eşya ve para muhafaza altına alınır. Paranın nevi, seri numarası ve miktarı, eşyanın vasıfları ve markasını belirten bir tutanak düzenlenir ve bu tutanağın bir sureti üstü aranan kişiye verilir. (YGİY, madde 10/c)

### 6. Soruşturma Evresinde Yapılan İşlemlerin Tutanağa Bağlanması

Yeni CMK'nın 169. maddesinin ikinci fıkrası, her soruşturma işleminin tutanağa bağlanacağını hüküm altına almıştır. Bu hükmün amacı, soruşturmanın gizliliği karşısında sanık veya şüphelinin haklarının korunması ve sa-

vunma hakkının güvence altına alınmasıdır. Tutanak, işlemi yapan görevlice, zabıt kâtibine veya bu işle görevlendirilmiş adli kolluk görevlisine yazdırılır. Ve tanzim edilen tutanak, adli kolluk görevlisi, Cumhuriyet savcısı veya sulh ceza hâkimi ile hazır bulunan zabıt kâtabi tarafından imza altına alınır.

Müdafi veya vekil sıfatıyla hazır bulunduğu işlemlerle ilgili tutanakta, avukatın isim ve imzasına da yer verilir. (CMK, madde 169/3)

Tutanak, işlemin yapıldığı yeri, zamanı ve işleme katılan veya ilgisi bulunan kimselerin isimlerini içerir. (CMK, madde 169/3)

İmzadan kaçınma hâlinde kaçınma neden veya nedenlerinin tutanağa geçirilmesi gerekir.

Çoğu zaman müdafi tarafından bu şerhlerin netice doğurmayacağı düşüncesinden hareketle düşülmediği görülmektedir. Ancak unutulmamalıdır ki temyiz aşamasında veya AİHM'e başvurularda en önemli delilleri bu şerhler teşkil edecektir. Netice odaklı bir savunma taktiğinde şüphesiz hukuka aykırılıkların şerh düşülmesi önem arz edecektir.

### 7. Nezarethaneye Alınanların Kaydına Ait Defter

Üst araması yapılan kişinin nezarethaneye girişi, Yakalama Gözaltına alma ve İfade Alma Yönetmeliğine ekli "Nezarethaneye Alınanların Kaydına Ait Defter"e kaydedilerek sağlanır.

Gözaltı işlemleri de nezarete alınanların kaydına ait deftere yazılmak suretiyle tespit edilir. Sonucunu Nezarethaneye Alınanlar Defterine kaydederler. Cumhuriyet başsavcıları veya görevlendirecekleri Cumhuriyet savcıları, adli görevlerinin gereği olarak, gözaltına alınan kişilerin bulundurulacakları nezarethaneleri, varsa ifade alma odalarını, bu kişilerin durumlarını, gözaltına alınma neden ve sürelerini, gözaltına alınma ile ilgili tüm kayıt ve işlemleri denetlemek zorundadırlar. (CMK, madde 92)

Cumhuriyet Başsavcıları veya görevlendirecekleri Cumhuriyet Savcılarının denetimine tâbi olan bu defterde Şüphelinin:

- a) Kimlik bilgileri
- b) Gözaltına alınmasına esas bilgiler;
- 1) İsnat edilen suç, gözaltına alınma nedeni,
  - 2) Suç yeri ve tarihi,
  - 3) Kimin emri ile yakalandığı ve nezarete alındığı,
  - 4) Haber verilen Cumhuriyet savcısının adı ve soyadı,
  - 5) Cumhuriyet savcısına haber verildiği tarih ve saat,
  - 6) Bilgi toplama işlem kısmı kaydı,
- c) Giriş işlemleri;
- 1) Yakalamanın yeri, tarihi ve saati,
  - 2) Giriş tarihi ve saati,
  - 3) Girişte alınan hekim raporunun verildiği makam, tarihi, sayısı ve özeti,
  - 4) Üst aramasında teslim alınan malzemeler, teslim eden ve teslim alanın imzası,
  - 5) Giriş işlemi yapan görevlinin adı, soyadı, rütbesi ve imzası,
- d) Şüpheli ile ilgili işlemler;
- 1) Haber verilen yakını veya belirlediği kişi, adres ve telefon numarası,
  - 2) Haber verilen diplomatik temsilciliğin adı ve telefon numarası,
  - 3) Haber veren personelin adı, soyadı, sicil ve imzası,
  - 4) Haber verme tarihi ve saati,
  - 5) Şüphelinin, hakkında haber verildiğine dair imzası,
  - 6) Tercüman temin edilip edilmediği, tercümanın adı, soyadı ve imzası,
  - 7) Müdafinin istediği hakkındaki beyanı ve imzası,
  - 8) Müdafinin talep etmiş ise baronun adı veya kendi avukatının adı ve soyadı,
  - 9) Gelen müdafinin adı ve soyadı, sicil numarası, geliş saati ve imzası,
- 10) Süre uzatımına karar veren makam, kararının tarihi, sayısı ve uzatılan süre,
- e) Çıkış işlemleri;
- 1) Çıkarıldığı tarih ve saat,
  - 2) Sevk edildiği makam,
  - 3) Sevk evrakının tarihi ve sayısı,
  - 4) Teslim alan görevlinin adı, soyadı ve imzası,
  - 5) Kişinin kendisine teslim edilen malzemeler ve imzası,
  - 6) Görevliye teslim edilen malzemeler ve imzası,
  - 7) Geçici ayrılışlar,
  - 8) İlân, işlemler ve sonuç,
  - 9) Çıkış işlemi yapan görevlinin adı, soyadı, rütbesi ve imzası,
  - 10) Kontrol eden âmirin adı, soyadı, rütbesi ve imzası,
- belirtilir.
- Bu defterde, yukarıda belirtilen zorunlu bilgilerin dışında gerekli görülen diğer bilgilere de yer verilebilir. (YGİY, madde 12/2)
- Buna ilişkin olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Çiçek/Türkiye davasında<sup>9</sup> şöyle bir karar vermiştir;
- “Mahkemenin; gözaltına alınanların isimleri, gözaltına alınma sebepleri ve bu işlemi yapan kişinin isminin yanı sıra, tarih, zaman ve gözaltında tutulan yer gibi hususlara ilişkin bilgi kayıtlarının yokluğu, Sözleşme'nin 5'inci maddesinin esas amacıyla bağdaşmaz görülmelidir.”
- Konuyla bağlantılı olarak AİHM İpek/Türkiye davasında da benzer bir karar vermiştir.”
- “... Ayrıca gözaltının yeri, tarihi, saati, alınan kişinin ismi, neden gözaltına alındığı, yakınları gibi kayıtların bulunmaması 5. Maddenin amacına uygun düşmemektedir.”<sup>10</sup>

<sup>9</sup> Süleyman Çiçek/Türkiye Davası, 18.01.2005 T., B.N.25704/94, <http://www.yargitay.gov.tr>, AİHM Kararları. GT. 12.09.2006

<sup>10</sup> İpek/Türkiye Aleyhine Davası. K.T.17.02.2004, S.2004/079, B.N. 25760/94, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmtr/ipek.htm>, GT.13.09.2006

## 8. Nezarethane işlemleri

Üst araması yapılan kişinin nezarethaneye girişi, bu Yönetmeliğe ekli "Nezarethaneye Alınanların Kaydına Ait Defter'e kaydedilerek sağlanır. (YGİY, madde 11/1)

Nezarethane işlemlerinde;

- a) Aynı suçla ilgili olanlar, birbirine hasım olanlar, erkek ve kadınlar bir araya konulmazlar, çocuklar yetişkinlerden ayrı tutulurlar.
- b) Nezarethanede zarurî hâller dışında beşten fazla kişi bir arada bulundurulmaz.
- c) Tuvalet, temizlik gibi zorunlu ihtiyaçların giderilmesi görevli memurun gözetiminde sağlanır.
- d) Yiyecek ve içecekler önceden kontrol edilir.
- e) Gözüaltına alınan kişi saldırgan bir tutum sergilemeye başladığı veya kendisine zarar vermeye kalkıştığı takdirde önce sözle kontrol altına alınmaya çalışılır. Bu mümkün olmadığı takdirde, hareketini giderecek derecede kuvvet kullanılabilir. Ancak zarurî olmadıkça gerek kendisinin gerek başkasının hayatı, vücut bütünlüğü veya sağlığı tehlikeye girmedikçe kuvvet kullanılmaz.
- f) Saldırgan tutum ve davranışları kontrol altına alınamayan kişiler tıbbî müdahalede bulunulması için sağlık kuruluşlarına gönderilir.
- g) Gözüaltına alınan kişilerin yaşama haklarını koruyucu gerekli önlemler alınarak, bu amaçla ilgili gözetlenebilir. Gözetleme işlemi teknik imkânlar ölçüsünde kayda alınabilir.
- h) Gözüaltındaki kişinin beslenme, nakil, sağlığının korunması ve gerektiğinde tedavisi, yakalandığının yakınlarına haber verilmesi giderleri ilgili birimin bağlı olduğu Bakanlığın bütçe ödeneklerinden karşılanır. (YGİY, madde 11/2)

## Gözüaltı Süreleri

### 1. Genel Gözüaltı Süresi

Genel gözüaltı süresi, CMK'nın 91. maddesinin birinci fıkrası gereğince: "Yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç, yakalama anından itibaren 24 saati geçemez. Yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre 12 saatten fazla olamaz." şeklinde düzenlenmiştir. 24 saatlik süre yakalama anından itibaren başlar. Böylece yakalama anından itibaren, gözüaltında geçen maksimum süre olan 24 saat ve yol süresi dâhil, kimse 36 saatten fazla özgürlüğünden yoksun kılınmaz. Ancak önemle belirtmek gerekir ki zorunlu süre hariç 24 saatlik süre maksimum süredir. Nitekim Yakalama, Gözüaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği Madde 17'de bu açıkça şöyle ifade edilmiştir:

"Gözüaltı süreleri azamî süreler olup, gözüaltına alınan kişilerin işlemlerinin en kısa sürede bitirilmesi esastır. Gözüaltına alınanlar, işlemleri bitirdikten sonra gözüaltı süresinin dolması beklenmeksizin kolluk kuvvetince ilgili Cumhuriyet başsavcılığına derhâl sevk edilir."

Yönetmelik ve kanunundaki düzenlemeye değındikten sonra Anayasalarımızda ve Ulusal üstü belgelerde bu hususun nasıl düzenlendiğine bakmakta fayda olacaktır.

Konuya ilişkin 1924 Anayasasında herhangi bir düzenleme yokken, nispeten özgürlükçü bir düzenlemeye sahip olan 1961 Anayasası, gözüaltı süresini ilk düzenleyen anayasamız olup gözüaltı süresini kısa tutmuştur. Bu Anayasamızda, gözüaltı süresine ilişkin 30. maddenin 4. fıkrası, "Yakalanan kimsenin, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç 24 saat içinde hâkim önüne çıkarılması gerektiğine değınmış ve bu süre dışında toplu suçlarla ilgili herhangi bir süre düzenlemiş değıldir."<sup>11</sup>

Bu Anayasada 1488 ve 1699 sayılı kanunlarla yapılan değışikliklerden sonra Anayasamızın 30/4 maddesi:

"Yakalanan veya tutuklanan kimse, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç kırk sekiz saat ve Devlet güvenlik mahkemelerinin görev ve yetkilerine giren suçlar ile kanunun açıkça belirlediği suçlarda ve genellikle savaş ve sıkıyönetim hallerinde, kanunlarda gösterilen süre içinde hâkim önüne çıkarılır; bu süre on beş

<sup>11</sup> İ. Şahin, *Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Yakalama ve Gözüaltına Alma*, 2. baskı, s. 238.

günü geçemez. Kimse bu süreler geçtikten sonra hâkim kararı olmaksızın, hürriyetinden yoksun bırakılamaz”<sup>12</sup>

şeklinde değiştirilmiştir.

Darbe sonrası hazırlanan 1982 Anayasasında ise yakalanan kimsenin, yakalama yerine en yakın mahkemeye götürülmesi için gerekli süre hariç, kırk sekiz saat içinde hâkim önüne çıkarılacağı bu süre geçtikten sonra hâkim kararı olmadan kimsenin hürriyetinden yoksun bırakılamayacağına yer verilmiştir. Ancak “toplu suçlarda gözaltı süresinin en çok dört gün olabileceği” hükmü genel sürenin istisnasını teşkil etmektedir.

İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Korumaya Sözleşmesi madde 5/3’te “gözaltına alınan ya da gözaltında/(tutuklu olarak) alınılan herkes, derhal, bir yargıcın ya da yasa tarafından kendisine yargısal yetkiler kullanma erki verilen bir başka görevlinin önüne çıkartılacaktır. Ve bu kişi makul süre içinde yargılanma ya da yargılaması sürerken salıverilme hakkına sahip olacaktır.” yazılıdır. Ancak Avrupa İnsan Hakları Komisyonu mevcut kanunlardaki duruma bakarak, “derhal” kelimesini dar anlamamış dört günü sözleşmeye aykırı bulmamıştır. Avrupa Sözleşmesi hemen hâkim önüne çıkarmadan bahsetse de Adalet Divanına göre “derhal” kavramından anlaşılması gereken süre, her somut olayın özelliği göz önünde tutularak belirlenmelidir. Sözleşmedeki gözaltı süresiyle ilgili olarak AİHS 5/3 maddesinde ifade edilen “derhal” kavramı Komisyon ve Divan İçtihatları ile “gün” olarak belirlenmiştir. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, mevcut kanunlardaki duruma bakarak bu kelimeyi geniş yorumlamakta ve dört günlük süreyi sözleşmeye aykırı bulmamaktadır. Komisyon Hollanda ve Belçika Aleyhinde yapılan kişisel başvurularla ilgili olarak verdiği kararlarda, “gözaltın süresini adi suçlar için dört günü aşmaması gerektiği” yönünde görüş bildirmiştir. Komisyon Türkiye ile ilgili bir başvuru üzerine hazırladığı raporunda “Sözleşme organlarını dört günü aşan gözaltı süresinin ‘derhal’ gerekliliğine aykırı düştüğüne karar verdiklerini...” hatırlatmıştır.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> İ. Şahin, a.g.e., s. 239.

<sup>13</sup> Şimşek/Türkiye AİHK Raporu 01.03.1999, s. 55. Aktaran: İ. Şahin, a.g.e., s. 235.

Görüldüğü gibi genel gözaltı süresi, mevcut Anayasamızda kırk sekiz saat olarak düzenlenmişken, 4 güne kadar ki süre, Türkiye için de bağlayıcı olan AİHS yorumunda, makul bir süre olarak kabul görmüştür. Ancak makul karşılanan bu süre, mahkeme önüne gelen bir olayda gözaltı süresince yapılan işlemlerin her birinin tuttuğu zamanın toplamından elde edilmiştir. Fakat her olay için gerekli zamanın farklı olabileceğini belirtmek gerekir. Nitekim mahkeme de sadece önüne gelen olayla ilgili olarak bu hesabı yapmıştır. Ancak mahkemenin bu kararının her olay için geçerli olacakmış gibi yorumlama eğilimi mevcuttur.

Gerek Anayasadaki 48 saatlik süre gerekse Divan ve Komisyon içtihatlarıyla yorumlanarak makul görülen 4 günlük süre, kabullenebilecek en üst düzeydeki süreler olarak telaki edilmelidir. Ve kesinlikle amaçlanan bir süre olarak görülmemelidir. Ki iç hukuk mevzuatı olarak “kanunlar” doğrudan uygulanan norm olmaları hasebiyle daima insan hakları söylemine en uygun düzenlemeler olmak zorundadır. Yeni CMK’da bu anlayışa paralel bir düzenlemeyle genel gözaltı süresini zorunlu süreler hariç en fazla 24 saat olabileceğini düzenlemektedir.

## 2. Toplu suçlarda Gözaltı Süresi

Toplu suçlarda gözaltı süresine geçmeden önce, toplu suçtan ne anlaşılması gerektiğini belirtmek gerekir. Buna göre toplu suç derken “aralarında iştirak iradesi bulunmasa da üç veya daha fazla kişinin toplu olarak<sup>14</sup>... işlediği suç” kastedilir.

Toplu olarak işlenen suçlarda, delillerin toplanmasındaki güçlük veya şüpheli sayısının çokluğu nedeniyle; Cumhuriyet savcısı gözaltı süresinin, her defasında bir günü geçmemek üzere, üç gün süreyle uzatılmasına yazılı olarak emir verebilir. (CMK 91/3) Yasa lafzından, savcının, şüpheli sayısının fazlalığı veya delillerin toplanmasındaki güçlük karşısında bile görev sorumluluğu içinde ihtiyari davranabileceği sonucuna varılmaktadır. Bu konunun uygulamayla şekilleneceğini söylemekle yetinebiliriz.

<sup>14</sup> N. Kunter- F. Yenisey-A. Nuhoğlu, a.g.e., s. 847.



Yine yasada “uzatılmasına... emir verilebilir” denilerek gözüaltı süresini bu şartlarda uzatmanın yasanın amacı olmadığı, sadece ihtiyaç halinde uzatma kararı verilebileceği hüküm altına alınmıştır. Kanunda, “gözüaltı süresinin uzatılması emri gözüaltına alınana derhâl tebliğ edilir.” denilerek yasanın, uzatma kararından sonra, kişinin savcı önüne getirilmesini düzenlemediği anlaşılmaktadır. Nitekim yasa böyle bir amacı hedeflemiş olsaydı açıkça “tefhim” terimini kullanması gerekirdi.

Yeni Kanunda gözüaltı süresinin uzatması sistemi tamamen değiştirilmiş ve Cumhuriyet savcısının her defasında bir günü geçmemek üzere gözüaltı süresini ayrı ayrı kararlar vererek, üç gün süre ile uzatması konusunda yazılı emirler vermesi öngörülmüştür.<sup>15</sup> Bu durumda Cumhuriyet savcısının üç günlük uzatma yetkisini bir defada kullanamayacağı ve her bir uzatma için ayrı yazılı emirler vermesi gerektiği izahıtan varestedir.

### 3. Sıkı Yönetim Kanununda Gözüaltı Süresi

Sıkıyönetim kanununun 15. maddesinin ek 4. fıkrasında gözüaltı süresiyle ilgili şöyle bir düzenleme yer almaktadır:

Sıkıyönetim Komutanı bu kanunda yazılı suçlardan sanık kişileri sıkıyönetim komutanlığı nezdindeki askeri mahkemeye sevk ve tutuklamaları gerekip gerekmediği hakkında bir karar alıncaya kadar gözetim altında tutabilir. Bu süre 15 günden fazla olamaz. Ancak, delillerin araştırılıp tespitinin uzun süre alması sebebiyle sanıkların 15 gün içinde hâkim önüne çıkarılmalarına imkân bulunmaması halinde sanıklar soruşturmanın bitiminde ve herhalde<sup>16</sup> 30 gün içinde yetkili hâkim önüne çıkarılır. Gözetim altında bulunanlar ilk 15 gün sonunda hâkim önüne çıkarılmadıkları takdirde, komutan bu kişilerin durumunu bu sürenin sonunda inceler ve hâkim önüne çıkarılıp çıkarılmamaları konusunda karar verir. Aynı kişi için aynı suç isnadıyla yeni deliller çıkması

<sup>15</sup> N. Kunter- F. Yenisey-A. Nuhoğlu. a.g.e., s. 840.

<sup>16</sup> Burada kullanılan “herhalde” sözcüğünün, anlam bütünlüğü içinde “en geç, mutlak olarak” anlamını ifade ettiğini düşünmekteyim.

gibi haklı bir sebep yokken bu yetki birden fazla kullanılamaz.

Kanun tekniği ve kişi özgürlüğü açısından son derece zayıf bir düzenleme olan kanun maddesi bir noktada izaha ve yeni düzenlemeye ihtiyaç duymaktadır. Şöyle ki:

Sürenin kaide olarak “en fazla 15 gün” olacağı belirtildikten sonra, bunun mümkün olmaması halinde sürecin 30 güne kadar uzayabileceği belirtilmektedir. Hâlbuki bir önceki cümlede sürenin “en fazla” 15 gün olacağı belirtilmektedir. Bunun kanun tekniğine ve Türk dil kuralına ne kadar uyacağı tartışma götürmektedir. Ayrıca belirtilmesi gereken başka bir husus da kanunda öngörülen 15 günlük sürenin dahi çok uzun bir süre olduğudur. Nitekim anayasada özel durumların saklı tutulması, taraf olduğumuz uluslararası sözleşmeler karşısında mazeret teşkil etmemektedir.

### 4. Olağanüstü Hal’de Gözüaltı Süresi

Anayasanın 120. maddesi gereğince olağanüstü hal ilan edilen bölgelerde yakalanan kişiler hakkında 91. maddenin üçüncü fıkrasında: Toplu olarak işlenen suçlarda, delillerin toplanmasındaki güçlük veya şüpheli sayısının çokluğu nedeniyle; Cumhuriyet savcısı gözüaltı süresinin, her defasında bir günü geçmemek üzere, üç gün süreyle uzatılmasına yazılı olarak emir verebilir denmektedir. Böylece toplu suçlarda ihtiyaç halinde, 24 saatlik süre dahil, toplam dört günlük bir gözüaltı süresi uygulanabilecektir. CMK toplu suçlarda dört gün olarak belirlenen bu sürenin, Olağanüstü hal bölgesinde, Cumhuriyet savcısının talebi ve hâkim kararıyla yedi güne kadar uzatılabileceğini hüküm altına almaktadır. Hâkim, karar vermeden önce yakalanan veya tutuklanan kişiyi dinler. (CMK, madde 251/5)

AİHM Türkiye ile ilgili 14.11.2000 tarihli Taş/Türkiye kararında dört günden fazla süren gözüaltının da “olağanüstü durumlarda” sözleşmeye aykırı olmadığına karar vermiş ise de; AİHM 3. Dairesi 20.06.2002 tarihli Filiz ve Kalkan/Türkiye kararında sekiz gün süren gözüaltının teröristlere yönelik bir soruşturma da olsa, her halde uzun olduğu sonucuna

varmıştır.<sup>17</sup> Yine İğdeli kararında PKK üyesi olmakla suçlanan kişinin 7 gün; Öcalan kararında Kenya'da yakalanıp İmralı'ya getirilen başvuruçunun 7 gün boyunca hâkim önüne çıkarılmaksızın gözaltında tutulmaları "derhal" gerekliliğine uygun bulunmadığı ve sözleşmenin 5/3 maddesine aykırı bulunduğu karar vermiştir.<sup>18</sup> AHİM'in bu kararları ışığında, olağanüstü hal olsun veya olmasın 7 güne kadarki gözaltı süresinin uzun olduğunu düşünmekteyim. İkrar eksenli olmayan kovuşturmada şartlar ne olursa olsun ifade için 24 saatin yeterli olacağını düşünüyorum. Yedi günlük bir süre kolluğu, mutlaka işkence veya kötü muameleye, ikrar ettirme çabalarına ve yasak sorgu yöntemlerine yönlendirecektir. Bu sürelerin, anayasada saklı tutulması ve yasalarla düzenlenmesi sadece yasallığını temenni edecek, ancak bunu insan haklarına uygun kılamayacaktır.

### 5. CMK 250 Kapsamına Giren Suçlarda Gözaltı Süresi

Ceza Muhakemesi Kanununun 250. maddesinin birinci fıkrasında yer alan aşağıdaki suç grupları Ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçlar olup gözaltı süresi bu suç kategorileri için daha uzun öngörülmüştür. CMK'nın bu konudaki düzenlemesi şöyledir:

Türk Ceza Kanununda yer alan;

- Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu,
- Haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenen suçlar,
- İkinci Kitap Dördüncü Kısmın dört, beş, altı ve yedinci bölümünde tanımlanan suçlar (305, 318, 319, 323, 324, 325 ve 332. Maddeler hariç), dolayısıyla açılan davalar; Adalet Bakanlığı'nın teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na yargı çevresi birden çok ili kapsayacak şekilde belir-

lenecek illerde görevlendirilecek Ağır ceza mahkemelerinde görülür. Bu mahkemelerin başkan ve üyeleri Adli Yargı Adalet Komisyonunca, bu mahkemelerden başka mahkemelerde veya işlerde görevlendirilemez. (CMK, madde 250/1)

Birinci fıkrada belirtilen suçları işleyenler sıfat ve memuriyetleri ne olursa olsun bu kanunla görevlendirilmiş Ağır ceza mahkemelerinde yargılanır. Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay'ın yargılayacağı kişilere ilişkin hükümler ile savaş ve sıkıyönetim hâli dâhil askerî mahkemelerin görevlerine ilişkin hükümler saklıdır. (CMK, madde 250/3)

Yeni CMK, 250. maddede belirtilen ve Ağır ceza mahkemelerinde görülecek suçlardan birini işlediği şüphesiyle yakalananlara, 91. Maddenin birinci fıkrasındaki yirmi dört saatlik gözaltı süresinin kırk sekiz saat olarak uygulanacağını 251. maddenin 5 fıkrasında belirtmektedir. Böylece genel gözaltı süresi, Ceza Muhakemesi Kanunu içerisinde farklı bir yargılama Usulüne tabi suçlarda, yargılama usulündeki farklılığa paralel olarak kırk sekiz saat olarak düzenlemeye tabi tutulmuştur. Ancak bu süre farklılığı diğer durumlardan farklı olarak savcının ihtiyarına bırakılmış olmayıp yasal zorunluluk olarak düzenlenmiştir.

### Gözaltına Alınanın Hakları

#### 1. Yakalanma Sebebi ve Hakkındaki İsnadı Öğrenme Hakkı

Bundan sonraki bazı hakların teminatı olan bu hak, uluslararası sözleşmelerde, Anayasamızda ve kanunlarda düzenleme bulmuştur. Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesinde "tutuklanan bir kimseye, tutuklama sırasında tutuklama nedenleri ve neyle suçlandığı hemen bildirileceği" (9/2) ve "aleyhinde bir suça hükmedilirken herkesin tam bir eşitlikle, en azından; hakkındaki iddianın niteliği ve gerekçesi konusunda hemen anladığı dilde ve ayrıntılı olarak bilgi edinmek hakkına sahip olduğu" (14/3) belirtilmiştir.<sup>19</sup>

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5/2. maddesinde ise yakalanan kimseye, yakalama

<sup>17</sup> D. Tezcan-M. R. Erdem-O. Sancaktar, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, s. 175.

<sup>18</sup> Yasemin Özdek, *Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye*, s. 187. Aktaran: İ. Şahin, a.g.e.

<sup>19</sup> İ. Şahin, a.g.e., s. 172.

sebepleri ve isnadın bildirilmesi düzenlenmiştir. Buna göre: “Tutuklanan bir kimseye tutuklanma sebepleri ve kendisine karşı ileri sürülen isnatlar en kısa zamanda ve anladığı bir dilde bildirilecektir.” İç hukuk mevzuatımızda da yer alan böyle bir düzenlemeden amaç, gözaltındaki şahsın hakkındaki isnada karşı savunmada bulunabilmesidir. CMK 147. maddesinin (f) bendinde şüpheliye, “Şüpheden kurtulması için somut delillerin toplanmasını isteyebileceği hatırlatılır ve kendisi aleyhine var olan şüphe nedenlerini ortadan kaldırmak ve lehine olan hususları ileri sürmek olanağı tanınır.” denmektedir.

Yine CMK'nın 104. maddesinin birinci fıkrasında soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında şüpheli veya sanığın salıverilmesini isteyebileceği belirtilerek gözaltındaki şahsın hakkındaki isnada karşı, lehinde deliller sunup özgürlüğüne kavuşması güvence altına alınmaya çalışılmıştır. Şüphesiz sanık veya şüphelinin 147/f bendindeki ve 104. maddedeki haklarını kullanabilmesinin teminatı yakalanma sebeplerini ve hakkındaki isnadı bilmesi olacaktır.

Anayasanın “Yakalanan kişilere, yakalanma sebepleri ve haklarındaki iddialar herhalde yazılı ve bunun hemen mümkün olmaması halinde sözlü olarak derhal, toplu suçlarda en geç hâkim huzuruna çıkarılincaya kadar bildirileceğini” ifade eden 19/4. maddesi bu hakkın anayasal teminatıdır. Anayasadaki toplu suçlar için “en geç hâkim huzuruna çıkarılincaya kadar bildirileceği” şeklindeki istisnanın hukuk devleti ilkesine uygun düştüğü söylenemez. Çünkü yine anayasada toplu suçlarda gözaltına alınan kimselerin en çok dört gün içinde hâkim önüne çıkarılması öngörülmüştür. Bir hukuk devletinde insanların ne ile suçlandıklarını bilmeden dört güne kadar gözaltında tutulması izah edilemeyecek bir durumdur.<sup>20</sup>

Anayasa ve uluslararası sözleşmelerde açık olarak düzenlenmiş bu hakkın, asıl düzenlenme yeri olması gereken eski CMUK ve yeni CMK'da açıkça düzenlenmemiş olması büyük eksikliktir. Dikkat edileceği üzere “Açıkça” düzenlenmeyişiinden yakınmaktayız. İlerde görüleceği üzere bu hakka yasa bünyesinde

çeşitli şekillerde yer verilmiştir. CMK 141. maddenin birinci fıkrasının (g) bendi, “yakalama veya tutuklama nedenleri ve haklarındaki suçlamalar kendilerine, yazıyla veya bunun hemen olanaklı bulunmadığı hâllerde sözlü açıklanmayan kişiler, maddi ve manevî her türlü zararlarını, Devlettten isteyebilirler.” düzenlemesine yer vermiştir. Yasanın, hatırlatılmamasını tazminat sebebi saydığı bir hakkın, yasada açıkça düzenlenmemiş olması gerçekten izaha muhtaç bir hatadır.

Yakalama Gözaltına Alma ve İfade alma Yönetmeliğinin tanımlar başlıklı birinci bölümünde Gözaltı ve nezarethane sorumlusu şöyle tanımlanmıştır: “Gözaltına veya muhafaza altına alınan kişilere haklarının okunmasını, kayıtların tutulmasını ve kanunlara uygun davranılmasını sağlamak amacıyla ilgili karakol, birim veya bot komutanı, âmiri veya büro âmiri tarafından görevlendirilen personeli...”

Tanımda, gözaltına veya muhafaza altına alınmak üzere nezarethaneye konulan kişilere, yakalanma sebebinin nezarethane görevlisince okunacağı ibaresinden, bu hakkın varlığına yönetmelikte yer verildiği sonucuna varabilmekteyiz. Her ne kadar Ceza muhakemesi kanununda “yakalama” başlığı altında bu konuda bir hükme yer verilmese de CMK'nın 147. maddesinin (b) bendinde şüphelinin veya sanığın ifadesinin alınması esnasında “kendisine yüklenen suçun anlatılacağı” düzenlenmiştir. “İfade ve sorgu usulü” başlığı altında bu hakkın düzenlenmesi, yasa tekniği açısından sorunlu olsa da hakkın yasada varlığına delil teşkil etmesi bakımından söz konusu fıkra önemlidir.

İsnat edilen fiilin bildirilmesi, gözaltına alınan kimseye fiilin tüm ayrıntılarıyla önceden açıklanmak demek değildir. Böyle bir uygulama, maddi gerçeğin araştırılması ve soruşturma tekniği bakımından yanlış olurdu. Bu bakımdan isnadın bildirilmesi ne çok yüzeysel ne de çok ayrıntılı olmalıdır. Ancak isnat edilen fiilin adının verilmesi de yeterli değildir. Aksine olay ana çizgileriyle tanıtılmalıdır.<sup>21</sup>

Bildirim hiçbir şekle bağlı değildir. Avrupa insan hakları komisyonuna göre, gözaltına

<sup>20</sup> İ. Şahin, a.g.e., s. 173.

<sup>21</sup> İ. Şahin, a.g.e., s. 175.

alınma nedeni ve kişiye yöneltilen suçlamanın mutlaka yazılı bir form içinde olması zorunluluğu yoktur. Bu konudaki bildirim ya da bildirme sözlü olarak yapılmışsa komisyon, bunun da mutlaka önceden belirlenmiş bir forma bağlı olarak açığa çıkarılması zorunluluğunun bulunmadığını karara bağlamıştır.<sup>22</sup>

## 2. Hakları Konusunda Aydınlatılma Hakkı

Bu hak tarihi olarak önlü Miranda kararına dayanmaktadır. 1963 yılında Miranda-Arizona davası üzerine verilen kararla, Amerika hukukunda polis tarafından yakalanan kişilere sahip bulunduğu hakların öğretilmesi hakkı temel bir hak olarak yerleşmiştir.<sup>23</sup>

Hakları konusunda aydınlatılmanın, kuşkusuz, kişi güvenliği ve özgürlüğü ile çok sıkı bir irtibatı mevcuttur. Yakınlarına haber verilmesi hakkının, Susma hakkının, müdafiden yaralanma hakkının, lehine olan delileri ortaya koymak suretiyle serbest bırakılmasını talep hakkının anlam ifade etmesi, sanığın veya şüphelinin hakları konusunda aydınlatılmasıyla mümkün olacaktır.

Kolluk, yakalandığı sırada kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önleyecek tedbirleri aldıktan sonra, yakalanan kişiye kanunî haklarını derhal bildirir. (CMK 90/4) Yakalanan kişiye, suç ayrımı gözetilmeksizin yakalama sebebi ve hakkındaki iddialar ile susma ve müdafiden yararlanma, yakalanmaya itiraz etme hakları ile diğer kanunî hakları ve itiraz hakkını nasıl kullanacağı, herhâlde yazılı, bunun hemen mümkün olmaması hâlinde sözlü olarak derhâl bildirilir. Yakalama işlemi bir tutanağa bağlanır. Bu kişiye ayrıca haklarının yazılı olarak bildirildiğini ve kendisi tarafından da bu hususun anlaşıldığını belirten bu Yönetmeliğe ekli "Yakalama ve Gözaltına Alma Tutanağı Şüpheli ve Sanık Hakları Formu" (EK-A) tanzim edilerek imzalı bir örneği verilir. (YGİY, madde 6)

Eski CMUK'da hakları konusunda aydınlatılmaya, ifade ve sorgunun tarzı başlıklı 135. maddenin 3. fıkrasında yer verilmekteydi. Eski yasada, hem düzenlemenin ifade ve sorgu bölümünde yer alması hem de hakların hatırlatılması konusunda yasada açık bir ifadenin olmayışı, "bu hakkın hatırlatılması zamanı" konusunda tartışmalara yol açmıştı. Yeni CMK bu konuda daha iyi bir düzenleme getirmiştir. Yeni yasaya göre: "kaçması, kendisine veya başkasına zarar vermesi tedbirleri alındıktan sonra kişiye kanuni haklarının "derhal" bildirileceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme ışığında şöyle bir sonuca varabiliriz: Kelepçe gereken durumlarda kelepçe takılmasıyla, gerekmeyen durumlarda ise kişinin kaçma girişimi duruma göre sezinlenmiyorsa kollukça zapt edilme veya araca alınma anından itibaren hakların hatırlatılması gerekir. Ancak fiili çatışma durumlarında veya çok sanıklı kavga durumlarında durumun farklı olması gerektiğini unutmamak gerekir. Bir hususa daha dikkat çekmek gerekir. Yönetmelikte hakların bildirilmesinin yazılı olması gerektiğinden bunun mümkün olmaması durumunda ise sözlü olarak derhal bildirilmesi gerektiğinden bahsedilmektedir. Yönetmelik düzenlemesi göz önüne alındığında sanki yakalama anında hakların yazılı olarak verilmesi gerektiği, şartların çok fazla zorlaması nedeniyle bu yapılamadığı zaman ise mutlaka ve her halde sözlü olarak hakların hatırlatılması gerektiği intibayı uyandırmaktadır. Yakalama anında, her zaman sözlü olarak hakların hatırlatılması mümkün olmasa bile, yakalanmadan kısa bir süre sonra, ancak şahsın kolluk merkezine getirilmeden önce yolda hatırlatma imkânının olacağı, bunun ise en geç, şahsın yakalanarak kontrol altına alınmasından itibaren dakikalar süren bir zaman dilimi olacağı kanaatindeyim.

Sanığa veya şüpheliye, bu haklardan haberdar olduğu varsayımıyla, (örneğin; yakalananın Avukat olması) haklarının hatırlatılması gibi bir şeyin söz konusu olamayacağını belirterek bu konu hakkındaki açıklamamıza son vereceğiz.

## 3. Müdafiden Yararlanma Hakkı

Sanığın bir müdafî yardımına başvurabileceği, sorgudan önce ve sorgu sırasında bir müdafîe danışabileceği hemen bütün ülkeler-

<sup>22</sup> M. S. Gemalmaz, "Kişi güvenliği ve adil yargılanma hakkının AİHS ve içtihatlarında beliren ölçütleri" Mül. B.D, Aralık 1989, S: 114, s. 15. Aktaran: İ. Şahin, a.g.e., s. 172-173.

<sup>23</sup> Cihan-Yenisey, a.g.e., s. 317. Aktaran: İ. Şahin, a.g.e., s. 176.

ce kabul edilmektedir. Buna karşılık, bu hakkın diğere bir cephesi olan "sorgu sırasında müdafii bulundurma hakkı" ancak bazı ülkelerde örneğın, ABD, İngiltere, İtalya ve Danimarka Ceza usul mevzuatı tarafından tanınmaktadır.<sup>24</sup> Türk hukukunda ise CMUK'da 3842 sayılı kanunla yapılan değişiklikle sorgu sırasında müdafii bulundurma hakkı tanınmıştır. Almanya'da müdafiiin sorguda hazır bulundurulması ancak, savcılık soruşturmaları bakımından söz konusu olup, polisteki ifade almada kabul edilmemiştir.<sup>25</sup>

CMUK 136. maddede yapılan değişiklikten önce de bu hak çeşitli şekillerde tanınmıştı. Değişiklikten önce Başbakanlık kararname si ve Adalet Bakanlığı'nın çeşitli genelgelerıyla, hazırlık safhasında hâkim karşısına çıkarılmadan evvel talebi halinde, şahsın müdafiiyle görüştürülmesi gerekliliği vurgulanmıştır.<sup>26</sup>

Yeni ceza muhakemesi kanunumuzda bu konu teferruatlı bir düzenlemeye tabi tutulmuştur. Yeni CMK şüpheli veya sanığın, soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında bir veya birden fazla müdafiiin yardımından yararlanabileceğini; kanunî temsilcisi varsa, kanuni temsilcinin de şüpheliye veya sanığa müdafii seçebileceğini bildirmektedir. Soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında avukat, şüpheli veya sanıkla görüşebilir, ifade alma veya sorgu süresince yanında olarak hukukî yardımda bulunabilir. Yasa bu hakkın engellenemeyeceğini ve kısıtlanamayacağını da hüküm altına almıştır. (CMK, madde 149)

#### a. Hakkın Kullanılması

Müdafiden yararlanma hakkının kullanılması ya

- kişinin seçtiği müdafiiin yardımından yararlanması veya

- durumu buna elvermediği için talebi üzerine, soruşturma evresinde, ifadeyi alan merciin veya sorguyu yapan hâkimin istemi üzerine Baro'ca atanan yahut
- şüpheli veya sanık on sekiz yaşını doldurmamış ya da sağır veya dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede malûl oluy ya da alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma söz konusu ise şahsın istemi aranmadan müdafii görevlendirilmesi yapılır.

#### *Kişinin Kendisinin Müdafii Tayını*

Gözüaltına alınan kimsenin, soruşturmanın tüm safhalarında müdafiden hukuki yardım alması yasal hakkıdır. Bunu kendisi talep edebileceği gibi kanuni temsilcisi de kendisine müdafii atayabilir. Müdafii yardımı almak için vekâletname şartı da aranmayacaktır. Hatta gözüaltına alınan kişinin, orada hazır bulunan avukatın müdafii teklifini kabul etmesi halinde bile müdafii görevi başlamış olacaktır. Yasa birden fazla müdafiden yararlanmayı da öngörüp bunun en fazla üç kişi olabileceğini hüküm altına almıştır.

#### *Durumunun Elvermemesi Halinde Müdafii Tayını*

CMK gereğince, yakalanarak gözüaltına alınan kimse, maddi durumunun müdafii sağlama ya elvermediğini beyanı üzerine, kendisine barodan müdafii tayin ettirecektir. Soruşturma organlarının şahsın müdafii talebi karşısında maddi durumunun gerçekten elverip elvermediğini araştırmaları, gözüaltı süreleri göz önünde bulundurulduğunda mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla soruşturma safhasında şahsın beyanıla bağlı olduğunu söyleyebiliriz. Zira kolluk, soruşturmanın çabuk yapılması gerekliliğini ve gözüaltı süresinin kural olarak yirmi dört saat olmasını göz önünde bulundurmalıdır. Aksi halde, sanığın veya şüphelinin mali durumuyla ilgili yapılacak soruşturmanın neticesini beklemek yasal hakkın zedelenmesine ve gözüaltı sürelerinin aşılmasına sebep olacaktır. Aynı şekilde baro da bu beyana itibar etmek ve en hızlı şekilde müdafii görevlendirmek zorundadır.

<sup>24</sup> İ. Şahin, *Türk Ceza Yargılamasında Yakalama ve Gözüaltına Alma*, a.g.e., s. 181.

<sup>25</sup> Demirbaş "Savunma", s. 197. Aktaran: İ. Şahin, *Türk Ceza Yargılamasında Yakalama ve Gözüaltına Alma*, a.g.e., s. 181.

<sup>26</sup> İ. Şahin, *Türk Ceza Yargılamasında Yakalama ve Gözüaltına Alma*, a.g.e., s. 183.

### **Baro Tarafından Müdafî Tayini**

CMK 150. maddeye göre Şüpheli veya sanık, müdafî seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse, istemi hâlinde bir müdafî görevlendirilir. Şüpheli veya sanık on sekiz yaşını doldurmamış ya da sağır veya dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede malûl olur ve bir müdafî de bulunmazsa istemi aranmaksızın bir müdafî görevlendirilir. CMK'nın ilk halinde Alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada şahsın istemi aranmadan müdafî görevlendirilmesi yapıldı. Ancak bu hüküm yapılan değişiklikle alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda talebe bakılmaksızın müdafî tayini ile sınırlı hale getirilmiştir.

Eski CMUK'dan farklı olarak yeni yasanın uygulamada birçok sıkıntıyı beraberinde getiren bu yeniliğe, hakların genişletilmesi noktasından değil de ayrılacak ödeneğin olmayışı nedeniyle tepki gösterilmesi doğru bir yaklaşım tarzı olmamıştır. Yine ülkemizde savunmaya yeterli kadar önem verilmediği gerçeğini ortaya koyması açısından da üzücüdür. Mali kaynakların çoğu zaman gereksiz ve bilinçsizce tüketildiği ülkemizde, savunmanın kutsallığı göz ardı edilerek yasadaki bu imkânın mali sıkıntı gerekçesiyle geri alınmasına en azından barolarımızın karşı durması beklenmekteydi. Ülkemizde suç oranlarındaki artışın önlenmesine yönelik çalışmalar yürütülmesi gerekirken, verilen hak ve imkânların suç oranındaki artışlara kurban edilmesi arzu edilecek bir sonuç olmasa gerek.

### **b. Müdafî İle Görüşme**

Yeni CMK şüpheli veya sanığın, soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında bir veya birden fazla müdafîin yardımından yararlanabileceğini bildirmektedir. Soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında avukat, şüpheli veya sanıkla görüşebilir, ifade alma veya sorgu süresince yanında bulunmak suretiyle hukukî yardımda bulunabilecektir. Yasa bu hakkın engellenemeyeceğini ve kısıtlanamayacağını da hüküm altına almıştır. Aynı şekilde CMK 154. maddenin birinci fıkrası Şüpheli veya sanığın, vekâletname aranmaksızın müdafî ile her zaman görüşebileceği ve

konuşmaların başkalarının duyamayacağı bir ortamda yapılacağı hüküm altına almıştır. Durum böyle olunca gözüaltı birimlerine müdafî ile görüşme esnasında ses kayıt cihazı konulması veya müdafîin görüşmesi esnasında seslerini duyabilecek mesafede kolluk görevlisinin beklemesi yasaya aykırılık teşkil edecektir. Ayrıca bu kişilerin müdafîi ile yazışmalarının denetime tâbi tutulamayacağı da yasa tarafından güvence altına alınmıştır.

Gözüaltına alınan kimseye müdafîin susma hakkını kullanmasını telkin etmesi kabul edilebilecek bir durum iken, müdafîin sanığı veya şüpheliyi yalan söylemeye sevk etmesi, delillerin karartılması tehlikesini beraberinde getirmesi açısından kabullenmesi zor görünmektedir. Sanık veya şüphelinin kimliği dışında doğru söylemek zorunda olmadığı hatırlanarak müdafîin böyle bir telkinde bulunabileceği savunulabilse de, müdafîin kamu görevi görüyor olması ve sadece hukukî yardım verme görevi, bunu engeller görünmektedir.

### **c. Müdafîin Görevini Yerine Getirmemesi ve Yasaklanması**

CMK 150. madde hükmüne göre görevlendirilen müdafî, duruşmada hazır bulunmaz veya vakitsiz olarak duruşmadan çekilir veya görevini yerine getirmekten kaçınırsa, hâkim veya mahkeme başka bir müdafî görevlendirilmesi için barodan derhâl talepte bulunur. Bu durumda mahkeme oturuma ara verebileceği gibi oturumun ertelenmesine de karar verebilir. Eğer yeni müdafî savunmasını hazırlamak için yeterli zaman olmadığını açıklarsa oturum ertelenir. CMK 149. maddeye göre seçilen veya 150. maddeye göre görevlendirilen ve Türk Ceza Kanununun 220 ve 314. maddesinde sayılan suçlar ile terör suçlarından tutuklu ve hükümlü olanların müdafîlik veya vekillik görevini üstlenen avukat hakkında bu fıkrafta sayılan suçlar nedeniyle kovuşturma açılması halinde tutuklu veya hükümlünün müdafîlik veya vekilliğini üstlenmekten yasaklanabilir.

Cumhuriyet savcısının yasaklamaya ilişkin talebi hakkında, müdafî veya vekil hakkında açılan kovuşturmanın yapıldığı mahkeme tarafından gecikmeksizin karar verilir. Bu kararlara karşı itiraz edilebilir. İtiraz sonucunda

yasaklama kararının kaldırılması halinde avukat görevini devam ettirir. Müdafilik görevinden yasaklama kararı, kovuşturma konusu suçla sınırlı olmak üzere, bir yıl süre ile verilebilir. Ancak, kovuşturmanın niteliği itibarıyla bu süreler altı aydan fazla olmamak üzere en fazla iki defa uzatılabilir. Kovuşturma sonunda mahkûmiyet dışında bir karar verilmesi halinde, kesinleşmesi beklenmeksizin yasaklama kararı kendiliğinden kalkar. Görevden yasaklama kararı, tutuklu veya hükümlü ile yeni bir müdafî görevlendirilmesi için derhal ilgili baro başkanlığına bildirilir. Müdafî veya vekil görevden yasaklanmış bulunduğu sürece başka davalarla ilgili olsa bile müdafiliğini veya vekilliğini üstlendiği kişiyi Ceza İnfaz Kurumu'nda veya Tutukevinde ziyaret edemez. (CMK, madde 151)

#### d. Müdafîin Dosyayı İnceleme Yetkisi

Müdafî, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir. (CMK, madde 153/1)

Müdafîin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, Sulh ceza hâkiminin kararıyla bu yetkisi kısıtlanabilir denilmektedir. Madde lafzından da anlaşılacağı gibi kısıtlama, sadece dosya içeriğine ait birtakım belgeler hakkında geçerli olacaktır. Dosyanın bütün bir içeriğine şamil bir kısıtlama söz konusu olamaz. Nitekim CMK 153. maddenin devamında:

“Yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar hakkında, ikinci fıkra hükmü uygulanmaz.”

denilerek soruşturma dosyası içerisindeki ifade tutanaklarının, olay yeri tutanaklarının, bilirkişi raporları ile şüpheli veya sanık ya da müdafîin hazır bulunabileceği işlemlere ilişkin tutanak ve belgeler üzerinde, müdafîin inceleme ya da örnek alma yetkisinin kısıtlanamayacağı hüküm altına alınmak istenmiştir.

Yasada ayrıca müdafîin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması yetkisinin “soruşturmanın amacını tehlikeye dü-

şürebilecekse” Cumhuriyet savcısının istemi ve sulh ceza hâkiminin kararıyla kısıtlanabileceği hükmü ile kararın sulh ceza hâkimi tarafından alınıyor olması yönüyle olumluysen, “soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecekse” ibaresinin geniş yorumlanma tehlikesini de beraberinde taşımaktadır. Ne yazık ki ülkemizde halen özgürlüklere karşı ihtiyatlı bir bürokratik duruş varlığını sürdürmektedir.

Ceza Muhakemesi kanununda değişiklik yapılmasına dair 5353 Sayılı Kanunla CMK'nın 153. maddesinin 4. fıkrası şu şekilde değiştirilmiştir: “Müdafî, İddianamenin mahkeme tarafından kabul edildiği tarihten itibaren dosya içeriğini ve muhafaza altına alınmış delilleri inceleyebilir; bütün tutanak ve belgelerin örneklerini harçsız olarak alabilir.” Bu değişiklik uyarınca iddianame mahkemece kabul edildikten sonra artık müdafî'nin kovuşturma dosyasından belge veya tutanak sureti alması veya dosyayı incelemesi kısıtlanamayacaktır.

CMK'nın en önemli yeniliklerinden biri de 153. maddenin 5. fıkrasıdır. “Bu maddenin içerdiği haklardan suçtan zarar görenin vekili de yararlanır.” denilmek suretiyle eski yasa döneminde sanık veya şüpheli müdafîine tanınan yetkilerin mağdur müdafîine tanınmaması nedeniyle çıkan tartışmalara son verilmiştir. Zira eski CMUK'da mağdur avukatına yönelik böyle bir yetki yasada düzenlenmemiştir.

#### e. Müdafîin Görevlendirilmesinde Usul

CMK madde 156'da şüpheli veya sanık, müdafî seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse, şüpheli veya sanık on sekiz yaşını doldurmamış ya da sağır veya dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede malûl olur ve bir müdafî de bulunmazsa ya da alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada müdafîi;

Soruşturma evresinde, ifadeyi alan merciin veya sorguyu yapan hâkimin istemi üzerine; kovuşturma evresinde, mahkemenin istemi üzerine, baro tarafından görevlendirilir. Belirmek gerekir ki müdafî hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade, hâkim veya mahkeme

huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınmaz. Ancak müdafî atanması zorunlu olan şahıslardan olmayıp, müdafiden yararlanabileceği hatırlatıldığı halde yararlanmak istemediğini beyan etmişse kollukta alınan ifade hükme esas alınabilecektir.

Yukarıda belirtilen hâllerde müdafî soruşturmanın veya kovuşturmanın yapıldığı yer barosunca görevlendirilir. Şüpheli veya sanığın kendisinin sonradan müdafî seçmesi halinde, baro tarafından görevlendirilen avukatın görevi sona erer.

#### 4. Susma Hakkı

Susma hakkı, ceza yargılamasını tarihi gelişimi içinde uzun bir mücadelenin sonunda ulaşılmış bir noktadır. Bugün için gözaltında bulunan kişinin ifadesi alınırken, isterse cevap vermek hakkını kullanabileceği, istemediği takdirde susarak cevap vermekten kaçınabileceği artık kabul edilmektedir. Geçmişte özellikle tahkik sisteminin uygulandığı devirlerde, sanıklar delil kaynağı olarak kabul edilmiş ve delillerin her türlü olanaktan yararlanılarak ele geçirilebileceği kabul edildiği için sanıklar konuşmak zorunda bırakılmıştır. Bunun sonucu ikrar elde edilmeye kadar varmış ve işkence kavramı ortaya çıkmıştır. Bu nedenle bugün için sanığın susma hakkından söz etmek ve bunun yasalarda yer alması, bir gelişmenin sonucudur. Bu alanda bir başarıyı gösterdiği muhakkaktır.<sup>27</sup>

Bu hak, Ulusal üstü insan hakları belgelerinde de ifadesini bulmuştur. BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin 14/g maddesinde bu hak, “kendi aleyhinde tanıklığa ya da suçu itiraf etmeye zorlanmama” şeklinde<sup>28</sup> ifade edilmiştir.

Anayasada ise “kimsenin kendisini ve yanında gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaması” şeklinde karşılığını bulmuştur. (Ay., madde 38.)

<sup>27</sup> Yurtcan, s. 168. Aktaran: İ. Şahin, a.g.e., s. 197.

<sup>28</sup> M. S. Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Belgeleri* (Uluslararası ve Bölgesel Sistemler), 2. baskı, s. 41-42.

Ceza Muhakemesi Kanununda şüphelinin veya sanığın ifadesinin alınmasında veya sorguya çekilmesinde uyulacak hususlar belirtilirken “Yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğunun...” kendisine hatırlatılacağı, ancak şüpheli veya sanığın, kimliğine ilişkin soruları doğru olarak cevaplamak zorunda olduğu hüküm altına alınmıştır. Susma hakkı kolluk ve savcılıktaki ifade alımları öncesi her defasında hatırlatılmak zorundadır. Hatta kollukta ifade alan memurların değişmesi halinde, tekrar, ifade alınma öncesi hatırlatılması gerekmektedir. Yasa “...ifade alınmasında veya sorguya çekilmesinde...” hatırlatılmasını emrettiği için sanık veya şüphelinin hâkim karşısında sorguya çekilmesi öncesinde de hatırlatılması gerekmektedir.

Sanığa susma hakkı ve ifade verme özgürlüğünün tanınmasının amacı, öncelikle sanığa kendisini ve yakınlarını yükümlülük altına sokmaktan, yani suçlamaktan korumaktır. Bu şekilde, sanığın iradi karar verme özgürlüğü koruma altına alınmış olur.<sup>29</sup> Şüpheli veya sanık konuşmak zorunda bırakılmak gözaltında bulunmanın verdiği tedirginlikle, istemeden aleyhine birtakım beyanlarda bulunmasına neden olabilir. Aynı şekilde sanığı veya şüpheliyi konuşturmak isteği daha sonraları işkence ve kötü muameleye ön ayak olacaktır. Nitekim sanıktan suça ulaşma anlayışının, ülkemiz insan hakları karnesine hangi notları düştüğü herkesin malumu olmuştur. Delilden sanığa ulaşma anlayışı çerçevesinde düşündüğümüzde ise aslında şüpheli veya sanığın ifadelerinin pek bir öneme sahip olmadığı görülecektir. Hele gözaltında verilen ifadelerin çoğunun gerçeği yansıtmadığı düşünüldüğünde, emniyet birimlerinin gözaltı sürelerinin kısalığından yakınmalarının gerçeği yansıtmamasının yanında suça mücadelede pratik bir faydasının olmadığını da süreç içinde ortaya koymuştur. Ceza Muhakemesi Kanununda düzenlenen (Teknik araçlarla iletişimin dinlenmesi ve izlenmesi) yeni koruma tedbirleri de delilden sanığa ulaşma anlayışının bir ürünü olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyim.

Sonuç olarak belirtmek gerekir ki ulusal üstü ve ulusal mevzuatta yer verilen bu hak-

<sup>29</sup> İ. Şahin, a.g.e., s. 199.



kın inkârı, suç zanlısının iradesini ortadan kaldırmaya neden olacağı gibi, amaç sanık veya şüphelinin konuşturulması olunca işkence ve kötü muamelede de davetiye çıkarılmış olacaktır.

Bu hakkın tek sınırı ise, ifade verenin kimliğine ilişkin sorulara doğru cevap verme zorunluluğu olduğunu belirterek bu konuya son noktayı koymuş olalım.

### **5. Lehe Olan Delilleri İleri Sürme Hakkı**

Bu hak, gözültına alınan kişinin, suçsuzluğunu ispatlayıp hürriyetine biran evvel kavuşmasının teminatını teşkil eder. Uluslararası insan hakları belgelerinde de düzenlen bu hak iç mevzuatımızda da açıkça ifadesini bulmuştur.

Uluslararası Belgelerden Birleşmiş Milletler MSHS 14/e ve AİHS 6/d maddelerinde adil yargılama başlığıyla bu hak, aynı şekilde şöyle düzenlenmiştir: Bir Suç isnat edilen herkes, "Aleyhine olan tanıkları sorguya çekmek ve kendi lehine olan tanıkların, aleyhine olan tanıklarla aynı koşullar çerçevesinde hazır bulunmalarını ve sorgulanmalarını sağlamak;"<sup>30</sup> asgari hakkına sahip olacaktır.

İç mevzuatımızda ise bu hak CMK 147/f maddesinde şüpheli veya sanığa, "şüpheden kurtulması için somut delillerin toplanmasını isteyebileceği hatırlatılır ve kendisi aleyhine var olan şüphe nedenlerini ortadan kaldırmak ve lehine olan hususları ileri sürmek olanağı tanınır." denilerek düzenleme yapılmıştır. Yine yasamızda "olanağı tanınır" ifadesi gerçekten bu hakkın en üst düzeyde kullanılmasına olanak sağlayacaktır. Zira yasa bu ifade ile soruşturma makamlarının gözültındaki kişiye lehine olan delilleri ortaya koyacağını beyan etmesi üzerine makul her türlü kolaylığı sağlayacağı ve sağlamla yükümlü olduğunu düzenlemiş olmaktadır.

### **6. İşkence ve Diğer Zalimane İnsanlık Dışı ya da Küçültücü Muamelede Tabi Tutulmama Hakkı**

İşkence yasağına geçmeden önce hangi tür muamelelerin işkence kapsamında değerlendirildiğine, yani işkence tanımı kapsamına hangi muamelelerin girdiğine bakmak gerekir. AİHM İrlanda/Birleşik Krallık kararında bunun genel çerçevesini çizmektedir. "Bir kötü muamelenin 3. madde kapsamına girmesi için asgari düzeyde bir şiddetin bulunması gerekir. Bu asgari düzeyin değerlendirilmesi, olayın niteliğine göre değişir; bu asgari düzey, muamelenin süresi, fiziksel ve ruhsal etkileri ve bazı durumlarda mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi olayların bütün şartlarına bağlıdır."<sup>31</sup> Bu konuda BM İşkence ve Diğer Zalimane İnsanlık Dışı ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaya Karşı Sözleşmenin 1. maddesi de şöyle bir tanım getirmektedir:

"Bu sözleşmenin amaçları bakımından 'işkence' terimi, bir kişi üzerinde kasıtlı biçimde uygulanan ve o kişiden yahut üçüncü kişiden bilgi edinmek yahut itiraf elde etmek; o kişinin ya da üçüncü bir kişinin gerçekleştirdiği yahut gerçekleştirdiğinden, şüphelenilen eylemden ötürü cezalandırmak; ya da o kişi ya da üçüncü kişiyi korkutmak yahut yıldırımak/sindirmek için; ya da ayırmacılığın herhangi bir türüne dayanan herhangi bir nedenle, bir kamu görevlisi ya da resmi sıfatla hareket eden bir başka kimse tarafından bizzat yahut bu kimselerin teşviki ya da rızası yahut bu eylemi onaylaması suretiyle yapılan ve gerek fiziksel gerekse manevi/zihinsel ağır acı ve ıstırap veren herhangi bir eylemdir. Bu, kanuna uygun yaptırımların sadece uygulanmasından doğan ya da bu yaptırımların kendisinde var olan yahut arızı biçimde oluşan acı ve ıstırapı içermez."<sup>32</sup>

Bu tanım çerçevesinde bazı noktalara dikkati çekmek de fayda olacaktır. Birinci husus ve en önemlisi bu eylemde bulunanın kamu görevlisi veya resmi sıfatla hareket eden bir başka kimse tarafından bizzat veya bu kimselerin teşvikiyle ya da bunların eylemini onaylayan tavırlarıyla işlenmiş olması gerekir. Burada kamu görevlisinden ne anlaşılacağı net-

<sup>30</sup> M. S. Gemalmaz, a.g.e., s. 41, 177-178.

<sup>31</sup> İrlanda/Birleşik Krallık. K.S. N. 27, 18.01.1978 T. İstanbul Barosu Yayınları, İnsan Hakları Kararları Derlemesi, C. 1, s. 245.

<sup>32</sup> M. S. Gemalmaz, a.g.e., s. 115-116.

tir. Asıl sorun olan nokta resmi sıfatla hareket etmeyi ispatlamada ortaya çıkmaktadır. Nitekim devletler çoğu zaman hak ihlallerinde kendi adına çalışan ajanlarını inkâra kalkışmaktadır. Ya da eylemi yapanın devletle ilişkisinin tespiti çok zor olmaktadır.

İnsan Hakları Evrensel Bildirisi Başta olmak üzere Uluslararası belgelerde işkenceyi yasaklayan hükümlere yer verilmiştir. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi madde 5'de: "Hiç kimseye işkence ve zulüm uygulanamaz, insanlık dışı ya da onur kırıcı biçimde davranılmaz, ceza verilemez" derken; işkenceye uğramama hakkı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 3. maddesinde: "Hiç kimse, işkenceye ya da insanlık dışı yahut aşağılayıcı muamele ya da cezaya tabi tutulmayacaktır." şeklinde ifade edilmiştir.

Şunu da belirtmeliyiz ki bu hak olağan dönemlere ait bir hak olmayıp her zaman riayet edilmesi gereken bir haktır. AİHM Tyrer/Birleşik Krallık kararında "Sözleşmenin 3. maddesinin içerdiği yasak mutlak; bu kurala hiçbir istisna getirilemez; olağanüstü hallerde bile sözleşmenin 3. maddesindeki yükümlülükte azaltma yapılamaz." diyerek bu hakkın mutlaklığını ifade etmiştir.<sup>33</sup>

AİHM Sadık Önder/Türkiye Çolak ve Filizer/Türkiye Davalarında bu nedenle mahkeme, "Türk hükümetinin ikinci muayenede rapor edilen darp izlerinin oluşumuna neden olan muamelelerden sorumlu olduğuna ve 3. maddenin ihlal edilmiş olduğuna..."<sup>34</sup> şeklindeki kararıyla Türkiye'yi işkence yapıldığı gerekçesiyle mahkûm etmiştir. Uluslararası belgelerde başlı başına işkenceye karşı sözleşmeler de düzenlenmiştir. İşkencenin ve Gayri insani ya da Küçültücü Ceza veya Muamelelerin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi ile İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri insani ve Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi bu konuda başlı başına sözleşmelerdir.

<sup>33</sup> *Tyrer/Birleşik Krallık Davası*. K.S.N.28.25.04.1978 T, İstanbul Barosu Yayınları. İnsan Hakları Kararları Derlemesi C. 1, s. 282-283.

<sup>34</sup> *Sadık Önder/Türkiye-Çolak ve Filizer/Türkiye Davası*. B.N.28520.95.32578.96 ve 32579/96. <http://www.ihd.org.tr>, İHD.2004 yılı AİHM kararları, GT. 13.09.2006.

İç mevzuatımızda ise işkenceye uğramama hakkı Anayasanın 17. maddesinde "Kimseye İşkence ve eziyet yapılamayacağı, kimşenin insan haysiyeti ile bağdaşmayan bir ceza veya muameleye tabi tutulamayacağı." şeklinde ifade edilerek anayasal bir güvenceye kavuşturulmuştur. Ceza muhakemesi kanunumuzda da ifade almada ve sorguda yasak usuller başlığıyla bu konuya değinilmiştir. CMK 148/1. maddede "Şüphelinin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilaç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler yapılamaz." denilerek işkence, kötü muamele ve diğer gayri insani muamelelerin yasak olduğu beyan edilmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da işkence niteliğindeki eylemlere örnek olması açısından şöyle bir karar vermiştir:

"... M... Emniyet Müdürlüğü Terörle Mücadele Şubesinde görevli baş komiser, komiser ve polis memuru olan sanıkların, yasa dışı bir örgüt ile ilgili olarak yaptıkları soruşturmada gözaltına alınan mağdurlara, bilgi ve itiraf elde etmek için gözlerini bağlayıp yüksek sesle müzik dinletmek, çırlıçıplak soyarak basınçlı su sıkmak, ıslak battaniyeye sardıktan sonra elektrik akımı vermek, erkeklerin hayalarını sıkmak, makatlarından cop sokmak, kızlara cinsel tacizde bulunmak, göğüslerini elleyip sıkmak, zıplatmak, ayakta tutmak ve duvara yaslamak suretiyle beden gücünün dayanamayacağı hareketleri yaptırmak, diğerlerine yapılan işkenceleri seyrettirmek, su ve yiyecek vermemek, uyumalarını engellemek, hakaret ve tehdit etmek gibi süreklilik gösteren ıstırap verici, bezdirici, fiziki ve manevi ağır acı veren, insanlık kişiliğini incitici, haysiyet kırıcı hareketlerde buldukları, mağdurların aşamalarda değişmeyen ve birbirini tamamlayan anlatımları, tanık beyanları, hasta tabela ve gözlem kâğıtları, raporlar ve tüm dosya kapsamı ile sabit olmuştur. Sanıkların sabit olan bu eylemleri işkence niteliğinde olup özel Daire bozma kararına uyulması gerekirken önceki hükümde diretilmesi usul ve yasa aykırıdır. Direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir..."

Ayrıca yasada yasak usullerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemeyeceği de belirtilerek, işkenceyle alınan ifadenin veya ikrarın delil olarak kullanılamayacağı da yasayla güvence altına alınmıştır.

## 7. Kişinin Yakınlarına Haber Verme Hakkı

Kişinin hangi fiili nedeniyle kendisine it-hamda bulunduğundan ve nasıl bir suçlama ile karşılaştığından yakınlarına bilgi vermeksizin yapılacak soruşturmanın, hukuka uygun bir şekilde ve onur kırıcı olmadan yapıldığını söylemek mümkün değildir.<sup>35</sup>

Anayasanın 4709 kanunla değişik 19/6 maddesine göre, kişinin yakalandığı veya tutuklandığı, yakınlarına derhal bildirilir.<sup>36</sup>

Ceza Muhakemesi kanununda Şüpheli veya sanık yakalandığında, gözültına alındığında veya gözülti süresi uzatıldığında, Cumhuriyet savcısının emriyle bir yakınına veya belirlediği bir kişiye gecikmeksizin haber verilir. Yakalanan veya gözültına alınan yabancı ise, yazılı olarak karşı çıkılmaması halinde, durumu, vatandaşı olduğu devletin konsolosluğuna bildirilir. (CMK M 95) şeklinde bu hak düzenlenmiştir. PYSK madde 13'te de "Kişinin yakalandığı, istediği kanuni yakınlarına derhal bildirilir." denilmektedir. Bildirimin nasıl olacağı ise Yakalama Gözültına Alma ve İfade Alma yönetmeliği madde 8'de aşağıdaki gibi düzenlenmiştir

Yakalanan kişinin;

- Kendisi ile birlikte bir kişi varsa bu kişi vasıtasıyla,
- Suçun işlendiği veya yakalandığı yerde ikamet ediyorsa ve haber vereceği yakınının telefon numarasını biliyorsa ya da kolluk vasıtasıyla sair suretle tespit edilebiliyorsa, telefon ile
- Haber vereceği yakınının telefon numarasını bilmiyorsa ilgili yer kolluğu vasıtasıyla,
- Konutu suç yeri dışında ise telefonla veya kişinin adresinin bulunduğu yerle ilişki kurulmak suretiyle,

Yakalandığı, gözültına alındığı veya gözülti süresinin uzatıldığı Cumhuriyet savcısının emriyle gecikmeksizin bir yakınına veya belirlediği bir kişiye haber verilir. (YGiY, madde 8/2)

<sup>35</sup> İ. Şahin, a.g.e., s. 209.

<sup>36</sup> İ. Şahin, a.g.e., s. 209.

## 8. Savunma Hakkı

Gerçeklerin aydınlanması ve adaletin gerçekleşmesi, devletin cezalandırma hakkı ile bireyin özgürlükleri arasında sağlıklı bir denge kurulmasına bağlıdır. Devletin cezalandırma hakkını temsil eden iddiaya, bireyin özgürlüğünü temsil eden savunma karşısında ayrıcalık tanımak; sözü edilen dengenin kurulması ilkesine aykırı olduğundan adaletin gerçekleşmesine mani olacaktır. İddianın aydınlanması, savunma haklarının kullanılmasının engellenmesine gerekçe olamaz. Yargılama, bir olay hakkında hukukun ne dediğini anlamaya çalışmaktır. Oysa hukukun ne dediğini anlamak iddia ve savunma arasında sağlıklı bir dengenin kurulmasına bağlıdır.<sup>37</sup>

Savunma hakkı bireysel olabileceği gibi müdafii aracılığıyla da gerçekleştirilebilen bir haktır. Kişisel savunma, kişinin müdafii aracılığı olmadan doğrudan doğruya yaptığı savunmayı ifade eder. Müdafii aracılığıyla savunmada ise, ya kendi talebiyle ya da müdafii atanması zorunlu kişilerden olması hasebiyle baro tarafından atanan uzman kişi aracılığıyla savunulma anlaşılır. Müdafii savunmaya ilişkin sahip olduğu haklar CMK'da şöyle ifade edilmektedir:

- Gözültına alma işlemine veya gözülti süresinin uzatılmasına ilişkin Cumhuriyet savcısının yazılı emrine karşı, müdafii hemen serbest bırakılmasını sağlamak için sulh ceza hâkimine başvurabilir. (CMK, madde 91/4)
- Şüpheli veya sanığa soruşturma ve kovuşturma her aşamasında hukuki yardımda bulunabilir. (CMK, madde 149/1)
- Şüpheli veya sanıkla, vekâletname aranmaksızın her zaman ve konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebilir. (CMK, madde 154/1)
- İfade alma veya sorgu süresince hukukî yardımda bulunma hakkı engellenemez, kısıtlanamaz. (CMK, madde 149/3)
- Müdafii, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir. (CMK, madde 153/1)

<sup>37</sup> İ. Şahin, a.g.e., s. 211.

Savunma hakkı şemsiye bir haktır. Başlı başına bir konudan müteşekkil olmaktan öte birçok hakkın teminatı ve aynı şekilde birçok hakkın toplamını ifade eder.

Örneğin, sanığın hazır bulunması, yargılama serbestçe söz alarak, kendisine isnat edilen suçu öğrenmesi, delil ileri sürebilmesi, bunları tartışabilmesi ve verilen kararlara kanun yoluna başvurabilmesi hep savunma hakkı içerisinde mütalaa edilmelidir. Sanığa haklarının öğretilmesini konu alan, hakları konusunda aydınlatılma hakkı da savunma hakkı kapsamı içinde görülebilir. Nitekim Yargıtay kararlarında da savunma hakkı bu yönüyle ele alınmaktadır. “3842 sayılı Kanunla değişik CMUK 135. madde dairesinde sorguya çekilmesi gereken sanığa, bu madde ile tanınmış savunmaya ilişkin hakları hatırlatılmadan, hatırlanmış ise bu husus tutanağa geçirilmeden hüküm tesisi yasaya aykırıdır.”<sup>38</sup> Başka bir kararda, “CMUK’nın 135. maddesinde öngörülen hakları da hatırlatılmadan sorgusu yapılarak savunma hakkının kısıtlanması, yasaya aykırıdır.”<sup>39</sup>

## 9. Yasal Süre İçinde Hâkim Önüne Çıkarılma Hakkı

Bu hak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde özgürlük ve güvenlik hakkı içinde düzenleme bulmuştur. Sözleşme madde 5/3’de “bu madde paragraf 1/c hükümleri uyarınca gözaltına alınan ya da gözaltında/(tutuklu olarak) alıkonulan herkes, derhal, bir yargıcın ya da yasa tarafından kendisine yargısal yetkiler kullanma erki verilen bir başka görevlinin önüne çıkarılacaktır. Ve bu kişi makul süre içinde yargılanma ya da yargılaması sürerken salıverilme hakkına sahip olacaktır. Salıverme, bu kişinin duruşmada bulunmasını güvence altına alan koşullara bağlanabilir.”<sup>40</sup>

Hâkim önüne çıkarılması hakkından amaç, yakalananı en kısa zamanda bağımsız ve ta-

rafsız hâkim güvencesine kavuşturmadır. Hürriyeti kısıtlanan kişilerin hâkim önüne çıkarılması “Habeas Corpus” güvencesi olarak tanımlanır.<sup>41</sup>

Sözleşmenin 5/3 maddesinde belirtilen “hâkim” kelimesi bir mahkeme yahut çeşitli şekiller alabilen, yargısal yetkiye sahip kişiyi ifade eder... Divana göre bu kavram, kanunun kendisine verdiği adli görevin gerekli kıldığı güvencelere sahip olmak kaydıyla “hâkimden başka kimseleri” de kapsar...<sup>42</sup> “Gözaltına alınan kişi bırakılmazsa, en geç bu süreler sonunda sulh ceza hâkimi önüne çıkarılıp sorguya çekilir. Sorguda müdafii de hazır bulunur.” şeklindeki düzenlemesiyle Ceza Muhakemesi Kanunu bu hakkı güvence altına almış olmaktadır.

Yakalama Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği madde 16’da bu hak, “hâkim veya mahkeme tarafından verilen yakalama emri üzerine soruşturma veya kovuşturma evresinde yakalanan kişi, en geç yirmi dört saat içinde yetkili hâkim veya mahkeme önüne çıkarılmıyorsa, aynı süre içinde en yakın Sulh ceza hâkimi önüne çıkarılır; serbest bırakılmadığı takdirde, yetkili hâkim veya mahkemeye en kısa zamanda gönderilmek üzere tutuklanır.” şeklinde düzenlenmiştir. Burada esas olan, en geç yirmi dört saat içinde yetkili hâkim veya mahkeme önüne çıkarmaktır. Ancak bunun yapılamaması durumunda — aynı sürede— en yakın Sulh ceza hâkiminin karşısına çıkarılmak üzere sanık veya şüpheli bu haktan yararlandırılır.

## 10. Aynı Suçtan Yeni Gerekçe Olmadan İkinci Kez Gözaltına Alınma Hakkı

Bu hakkın temelinde yatan amaç, kolluğun gözaltı süresi dolduğu için serbest bıraktığı kişiyi, tekrar yakalayarak gözaltı süresini, yeni baştan başlatmak suretiyle, hileli yollarla uzatmasını engellemektir. Gözaltı süresinin dolması veya sulh ceza hâkiminin kararı üze-

<sup>38</sup> Yargıtay 2. CD. 12.10.1993, E.1993/10797, YKD, C. 19, Aralık 1993, S. 12, s. 1876. Aktaran: İ. Şahin, a.g.e., s. 213.

<sup>39</sup> Yargıtay 5. CD. 23.06.1994, T., 1706/2153, YKD, C. 21, Aralık 1995, S. 12, s. 1905. Aktaran: İ. Şahin, a.g.e., s. 213.

<sup>40</sup> M. S. Gemalmaz, a.g.e., s. 176.

<sup>41</sup> Cihan-Yenisey, s. 318. Aktaran: İ. Şahin, a.g.e., s. 214.

<sup>42</sup> Gölcüklü, *Kişî Özgürlüğü*, s. 209-210; Gölcüklü-Gözübüyük, 4. baskı, s. 237. Aktaran: İ. Şahin, a.g.e., s. 214.

rine 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. CMK 91/5 maddesi çerçevesinde konu ele alınınca, ancak şu iki koşulun bir arada olması halinde serbest bırakılan kişi tekrar gözüaltına alınabilecektir.

- a) Yakalamaya neden olan fiille ilgili yeni ve yeterli delil elde edilmelidir. Yeterli delilden, kişinin suçu işlediğini düşündürebilecek makul delil anlaşılmalıdır
- b) Yeterli ve yeni delil yanında Cumhuriyet savının yakalama kararı da olmalıdır.

### **11. Sağlıklı Bir Ortamda Tutulma ve Bu Koşulları İsteme Hakkı**

Bu güne kadar gözüaltı koşullarının farklı yönüyle tartışılması nedeniyle belki de çoğu zaman sanık veya şüpheli hakları sayılırken hiç hatırlanmayan bir haktır. Ancak, toplumun bir şekilde elbirliğiyle teşekkül etmiş devlet mekanizmasının varlık sebebine inildiğinde, böyle bir hak talebinin her vatandaşın en doğal hakkı olduğu anlaşılacaktır. Ancak Ortadoğu coğrafyasında vatandaşın yöneticilerce “tebaa” olarak algılanması ve “kutsal devlet” (yöneticiler)in insan zihninde anıtlaştırılma çabası maalesef toplumları sindirmiş ve kendine dayatılan anlayışı kabullenir hale getirmiştir. Bu sindirmişlik bireyleri hak dilencilğine sevk edince, en temel haklardan ötesini talep etmek, kitleler için boş bir işgal, yöneticilerce de huzursuzluk kaynağı söylemler olarak algılanmıştır.

Halk için ve halkın kaynaklarıyla makamları işgal edenlerin, devletin egemen ve güç sahibi oluşu nedeniyle taşınması gereken merhametle insanlara muamele etmesi, ideal toplum anlayışı için zorunluluktur. Devlet insanın insanca yaşaması için teşekkül edilmelidir. Her ne kadar suç işlese de hiçbir birey insan olmanın gerektirdiği asgari yaşam koşullarını hak etme konumundan indirilemez. İnsanca yaşam koşullarından bahsederken elbette konforu kastetmemekteyiz. Nitekim Anayasanın 17/3 maddesinde “kimse insan haysiyeti ile bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.”denilerek insan haysi-

yeti, koşul ve hakkın temin sebebi olarak merkeze oturtulmak istenmiştir.

Nezaret ve ifade odalarının sağlık ve fiziki ortamıyla denetimlerine ilişkin, Yakalama Gözüaltına Alma ve İfade yönetmeliğinde geniş bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre:

Nezarethaneler en az 7 m<sup>2</sup> genişliğinde, 2,5 m yüksekliğinde ve duvarlar arasında en az 2 m mesafe olacak şekilde düzenlenir. Yeterli doğal ışıklandırma ve havalandırma imkânları sağlanır. Ancak, şüpheli sayısının çokluğu sebebiyle nezarethane imkânlarının yetersiz olması durumunda, nezarethaneler için öngörülen fizikî şartlara sahip başka yerler de kullanılabilir.

Nezarethanelerde gözüaltına alınan kişilerin yatmaları ve oturmaları için yeterli kadar sabit ve dayanıklı oturma yerleri bulundurulması, mevsim ve gözüaltı yerlerinin maddî şartları da dikkate alınarak, geceyi gözüaltında geçirecek şahıslar için yeterli miktarda battaniye ve yatak temin edilmesi, tuvalet, banyo ve temizlik ihtiyaçlarının giderilmesi için gerekli tedbirlerin alınması zorunludur.

Denetlemeye ilişkin olarak da:

Nezarethane ve ifade alma odalarının standartlara uygunluğunu sağlamak amacı ile kolluk kuvvetlerinin yetkili birimleri tarafından denetleme yapılacağı düzenlenmektedir.

Cumhuriyet başsavcılarını veya görevlendirecekleri Cumhuriyet savcılarını, adli görevlerinin gereği olarak, gözüaltına alınan kişilerin bulundurulacakları nezarethaneleri, varsa ifade alma odalarını, bu kişilerin durumlarını, gözüaltına alınma neden ve sürelerini, gözüaltına alınma ile ilgili tüm kayıt ve işlemleri denetlemek; sonucunu Nezarethaneye Alınanların Kaydına Ait Deftere kaydetmekle mükellefler

Yetkili ve görevli mercilerin mevzuatta öngörülen denetim yetkileri saklıdır. (YGİY, madde 26)

Tekrar belirtmeliyiz ki, burada dikkate alınması gereken ölçü, daha çok kişinin konfor açısından rahatsız olmayacağı bir ortam değil, öncelikle beden ve ruh sağlığı açısından zarar görmeyeceği bir ortamın sağlanmasıdır. Bir kimsenin suç işleme şüphesi altında olması onun hakkında tahkikat yapılmakta olması,

adli merciler önüne çıkarılmak için gözaltında bulunması, hatta onun ilerde tutuklanarak cezaevine konulacak olması, onun kötü ve sağlıksız koşullar içinde kalmaya razı olmasını gerektirmez.<sup>43</sup>

## Küçüklerin Gözaltına Alınması

Çocuk Koruma Kanunu madde 3/a da çocuk şöyle tanımlanmıştır. “Çocuk: Daha erken yaşta ergin olsa bile, on sekiz yaşını doldurmamış kişiyi ifade eder.”

BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin 1. maddesinde. “...Çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır.” Sözleşme ve kanun maddesinden de anlaşılacağı üzere, on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılacak, dolayısıyla ayrı bir usule tabi olacaktır.

## 1. Kolluk ve Cumhuriyet Başsavcılığı Çocuk Birimleri

Suç işlediği şüphesiyle yakalanan küçükler kolluk çocuk birimleri olan Çocuk Büroları'nda tutulurlar. Çocuk Koruma Kanunundaki düzenleme bu şekildedir. Çocuklarla ilgili kolluk görevi, öncelikle kolluğun çocuk birimleri tarafından yerine getirilir. Çocuk bürosu personeli bu konuda eğitim görmüş personelden teşekkül etmelidir. ÇKK'da “Kolluğun çocuk birimlerindeki personeline, kendi kurumları tarafından çocuk hukuku, çocuk suçluluğunun önlenmesi, çocuk gelişimi ve psikolojisi, sosyal hizmet gibi konularda eğitim verilir” (ÇKK, madde 31) denilerek bu husus vurgulanmıştır. Ayrıca Kanun, Cumhuriyet başsavcılıklarında bir çocuk bürosu kurulacağını ve Cumhuriyet başsavcısınınca 28. maddenin birinci fıkrasında öngörülen nitelikleri haiz olanlar arasından yeterli sayıda Cumhuriyet savcısı, bu büroda görevlendirileceği düzenlenmektedir. Böylece Cumhuriyet başsavcılıklarında da küçükler için ayrı bir büronun kurulacağını hüküm altına almış bulunmaktadır. 28. maddede bu büroda görevlendirilecek Cumhuriyet savcılarının, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Ku-

rulunca, tercihen çocuk hukuku alanında uzmanlaşmış, çocuk psikolojisi ve sosyal hizmet alanlarında eğitim almış olan Cumhuriyet savcıları arasından atanacağı bildirilmektedir.

## 2. Yaş Gruplarına Göre

### a. 0-12 Yaş Arası Küçükler İle 15 Yaşını Doldurmamış Sağır ve Dilsizlerde Gözaltına Alma

Fiili işlediği zaman on iki yaşını doldurmamış olanlar ile on beş yaşını doldurmamış sağır ve dilsizler;

- 1) Suç nedeni ile yakalanamaz ve hiçbir suretle suç tespitinde kullanılamaz. (YGİY, madde 19/a-1)
- 2) Kimlik ve suç tespiti amacı ile yakalama yapılabilir. Kimlik tespitinden hemen sonra serbest bırakılır. Tespit edilen kimlik ve suç, mahkeme başkanı veya hâkimi tarafından tedbir kararı alınmasına esas olmak üzere derhâl Cumhuriyet başsavcılığına bildirilir. (YGİY, madde 19/a-2)

Hemen belirtmek gerekir ki “Suç tespiti amacıyla yakalama” ile “suç tespitinde kullanılma” farklı şeylerdir. Suç tespitinde kullanılma tatbikat yaptırmak, tanıklığına başvurmak şeklinde olayın aydınlatılmasında küçüğün fiilen katkısını ifade ederken, “suç tespiti amacıyla yakalama” da ise mağduru veya faili olduğu olayla ilgili küçüğün kimliğinin ve olayla ilişkisinin tespiti söz konusudur. Nitekim Yönetmelikte, “Suç tespiti amacı ile yakalama yapılabilir” cümlesinden sonra “Kimlik tespitinden hemen sonra serbest bırakılır.” cümlesiyle devam olunması ancak böyle yorumlanabilir.

Son olarak şunu da eklemeliyiz ki, bu yaş gurubu yakalanamadığına göre gözaltına alınmaları da aynı şekilde mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla bu yaş grubu küçüklerin yakalanması veya gözaltına alınmasına yönelik her türlü işlem kanunsuz işlem hükmünde olacaktır.

<sup>43</sup> İ. Şahin, a.g.e., s. 217.

**b. On İki Yaşını Doldurmuş,  
Ancak On Sekiz Yaşını Doldurmamış  
Küçüklerin Gözüaltına Alınması**

***Soruşturma Makamı***

Bu yaş grubunda olanlar suç sebebi ile yakalanabilirler. Gözüaltına alınan çocuklar, kolluğun çocuk biriminde tutulur. Kolluğun çocuk biriminin bulunmadığı yerlerde çocuklar, gözüaltına alınan yetişkinlerden ayrı bir yerde tutulur. (ÇKK, madde 16)

Çocuk Koruma Kanunu madde 15/1'de suça sürüklenen çocuklar hakkındaki soruşturmanın çocuk bürosunda görevli Cumhuriyet savcısı tarafından "bizzat" yapılacağı düzenlenmiştir. Aynı düzenleme Yakalama Gözüaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinde "bu çocuklar, yakınları ile müdafie haber verilerek derhâl Cumhuriyet başsavcılığına sevk edilirler; bunlarla ilgili soruşturma Cumhuriyet başsavcısı veya görevlendireceği Cumhuriyet savcısı tarafından bizzat yapılır" şeklinde tekrarlanmış olup böylece çocuklar hakkındaki hazırlık soruşturmasının bizzat savcılar tarafından yapılması düzenlenmiş, çocukların kolluk güçleri tarafından sorgulanması da yasaklanmış bulunmaktadır.

***Soruşturma Safhasında  
Çocuklara İlişkin Hükümler***

Suç şüphesiyle yakalanan bu çocuklar, yakınları ile müdafie haber verilerek derhâl Cumhuriyet başsavcılığına sevk edilirler; bunlarla ilgili soruşturma Cumhuriyet başsavcısı veya görevlendireceği Cumhuriyet savcısı tarafından bizzat yapılır ve Yakalama Gözüaltına Alma ve ifade Alma yönetmeliği 19/b maddesi gereğince aşağıdaki hükümlere göre yürütülür:

- 1) Çocuğun gözüaltına alındığı ana-baba veya vasisine bildirilir.
- 2) Kendi talebi olmasa bile müdafiden yararlandırılır, ana-baba veya vasisi müdafie seçebilir.
- 3) Müdafie hazır bulundurulmak şartı ile şüpheli çocuğun ifadesi alınır.
- 4) Kendisinin yararına aykırı olduğu saptanmadığı veya kanunî bir engel bulunmadığı

durumlarda ana-babası veya vasisi ifade alınırken hazır bulunabilir.

- 5) Yetişkinlerden ayrı yerlerde tutulur.
- 6) 2253 sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunda yazılı suçlar büyüklerle beraber işlendiği takdirde soruşturma evresinde çocuklarla ilgili evrak ayrılır, soruşturmaları ayrı ayrı yürütülür.
- 7) Çocukların kimlikleri ve eylemleri mutlaka gizli tutulur
- 8) Çocuklarla ilgili işlemler mümkün olduğu ölçüde sivil kıyafetli görevliler tarafından yerine getirilir.
- 9) Çocuklara kelepçe ve benzeri aletler takılamaz. Ancak, zorunlu hâllerde çocuğun kaçmasını, kendisinin veya başkalarının hayat veya beden bütünlükleri bakımından doğabilecek tehlikeleri önlemek için kolluk tarafından gerekli önlemler alınır. (YGİY, madde 19/b)

Gerekli önlem alınır derken kanımca kelepçe veya zincir takılması söz konusu edilmemektedir. Bunların dışında bir önlem kastedilmektedir. Zira kelepçe adeta suçlulukla özdeşleşmiştir. Hâlbuki çocuk yargılamasında çocuk suçlu olarak değil suça sürüklenen kişi olarak algılanır. Çocuk psikolojisi üzerinde bırakacağı etki de hesaba katıldığında kelepçe veya benzeri aletlerin küçüklerde tedbir aracı olarak kullanılmasının ne denli sakıncalı olacağı ortadadır.

***3. İşlemin Yakınlara Bildirilmesi***

Kolluğun çocuk birimi, korunma ihtiyacı olan veya suça sürüklenen çocuklar hakkında işleme başladığında durumu, çocuğun veli veya vasisine veya çocuğun bakımını üstlenen kimseye, Baroya ve Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumuna, çocuk resmî bir kurumda kalıyorsa ayrıca kurum temsilcisine bildirir. Ancak, çocuğu suça azmettirdiğinden veya istismar ettiğinden şüphelenilen yakınlarına bilgi verilmez. (ÇKK, madde 31/2)

Çocuk, kollukta bulunduğu sırada yanında yakınlarından birinin bulunmasına imkân sağlanır. (ÇKK, madde 31/3)

Çocuğun korunma ihtiyacı içinde bulunduğu bildirimi ya da tespiti veya hakkında acil korunma kararı almak için beklemenin, çocuğun yararına aykırı olacağını gösteren nedenlerin varlığı hâlinde kolluğun çocuk birimi, durumun gerektirdiği önlemleri almak suretiyle çocuğun güvenliğini sağlar ve mümkün olan en kısa sürede Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumuna teslim eder. (ÇÇK, madde 31/5)

## İfade Alma ve Sorguda Yasak Yöntemler

Günümüz Ceza Muhakemesinde suçlunun cezalandırılması kadar insanlık onuru ve kişisel hak ve özgürlüklerin de korunması amaçlanmıştır. Anayasanın 17. maddesinde "... hiç kimsenin insan haysiyeti ile bağdaşmayan bir cezaya ve muameleye tâbi tutulamayacağı", keza İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin 1. maddesinde ifade alma ve sorguda işkence ve her türlü kötü muamelenin yapılamayacağı ve İHEB 5. maddesinde ve İHAS 3. maddesinde de benzer bir düzenlemeyle zalimane ve haysiyet kırıcı muameleler ve işkence uygulamasının yasak olduğu belirtilmektedir.<sup>44</sup> Ceza Muhakemesi Kanunu Madde 148'de:

Şüphelinin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilaç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler yapılamaz. (CMK, madde 148/1)

Kanuna aykırı bir yarar vaat edilemez. (CMK, madde 148/3)

Konuyla ilgili detaylara girmeden önce, ifade ve sorguda başvurulması yasak olan yöntemlere ve bunların ne ifade ettiğine göz atmakta fayda olacaktır.

İşkence, Kötü Davranma ve Bedensel Cebir ve Şiddette Bulunma: Birbirinden ayırt edilmesi hayli zor olan her üç kavramın da ortak noktası bedene yönelik şiddet uygulanmak suretiyle vücuda yapılan saldırı olarak nitelenebiliriz.

İşkencede eylemlerin, belli bir süreklilik arz etmesi ve uzun süre devam etmesi gerekirken kötü muamelede belirli bir süreklilik arz etmesine karşın işkencedeki kadar uzun süreli devam söz konusu değildir. Kötü muamele işkence derecesine varmayan ancak kişiliğe ve insan haysiyetine karşı işlenen ve bunlarla bağdaşmayan eylemlerdir. Avrupa İnsan Hakları Divanı da duvara karşı ayakta tutmak, başa torba geçirmek, gürültü, uykusuz bırakmak, katı ve sıvı gıda vermemek şeklindeki uygulamaları kötü muamele olarak mütalâa etmiştir.<sup>45</sup> Bedensel cebir ve şiddette ise bedene yönelik eylemlerin süreklilik arz etmesi gerekli değildir. Örneğin kişiye arada bir tokat atılması, boğazının sıkılması, tekme atılması gibi süreklilik ifade etmeyen ancak bedene karşı cebir ve şiddet içeren eylemleri bu kategoride sayabiliriz. Hangi kategoriye girerse girsin bu üç yolla alınan deliller geçersiz olacaktır. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu "Sanık kolluktaki ikrarının zora dayalı olduğunu belirtmiş, bu savunması Adli Tabiplik raporuyla da doğrulanmıştır. ... maddesinde belirtilen yasak sorgu yöntemleriyle toplanan kanıtlarla mahkumiyet hükmü kurulamayacağı..."<sup>46</sup> şeklinde karar vermiştir

Keza ilaç verme suretiyle kişinin işlediği suçu itiraf etmesini sağlama, ifade almanın sırf gece yapılması ve saatlerce yapılması suretiyle kişinin uykusuzluk ve yorulma neticesi iradesini ortadan kaldırılması, gerçekte var olmayan olayları var gibi göstererek, sanığın hür iradesinin oluşumunun engellenmesi ya da şüpheli ve sanığı içinde bulunduğu ortam ve bazı olaylar hakkında yanlış bilgilendirerek, kendisi hakkında yanlış bir inancı sağlamasını sağlamak suretiyle (aldatılarak) alınan ifade ve sorgu hukuka aykırı olup, elde edilen deliller geçersiz olacaktır. Aldatılarak ifade almayla ilgili Yargıtay 1. Ceza dairesinin kararı şu şekildedir:

Dosyadaki olayda, sanık C. kollukta ifade vermeyeceğini açıkça belirtmiştir. Buna rağmen, kendisiyle sohbet havasında yapılan mülakatın habersiz olarak videoya kaydedilmesi suretiyle, sanık aldatılarak özgür iradesiyle savunma yapması engellenmiştir. Bu nedenle, yasak sorgu yöntemleriyle elde

<sup>44</sup> Aydın Yunus-Ş. Binnaz, *Uygulamada Yakalama Gözetimi Alma ve İfade Alma*, [http://www.yayin.adalet.gov.tr/adaletder/3\\_sayi.htm](http://www.yayin.adalet.gov.tr/adaletder/3_sayi.htm), GT.13.09.2006

<sup>45</sup> Aydın Yunus-Ş. Binnaz, a.g.m.

<sup>46</sup> YCGK. E.1999/1-213,1999/219.K



edildiği anlaşılan videokasetin delil olarak hükme esas alınması mümkün değildir.<sup>47</sup>

Yalan makinesi [poligraf] denilen makine ile kişinin sorulan sorular karşısında vücudunun verdiği tepki ve ölçümlerle ifade alınması da bu nevidendir. Daha önce de belirttiğimiz gibi modern ceza yargılaması ikrara dayalı “sanıktan suçta ulaşma” yöntemini değil “delilden sanığa ulaşma” yöntemini benimsemektedir. Yalan makinesi denilen alet ise, adeta vücudun dili yalanlamasıyla ikrar yoluna başvurmaktadır. Bu nedenle bu yolla elde edilen delillerin kabulü mümkün olmasa gerektir.

Kanuna aykırı menfaat vaadi, vaat edilen hususun hiçbir şekilde yerine getirilmesinin mümkün bulunmaması olarak tanımlanabilir. Keza suçunu itiraf etmediği takdirde cezasının ağırlaşacağı açıklaması da irade hürriyetini sınırladığı için hukuka aykırıdır. Örneğin, kolluk tarafından şüpheli ya da sanığa suçunu itiraf etmesi halinde ceza almayacağı, tutuklanmayacağı, cezasından önemli ölçüde indirim yapılacağı vaadinde bulunulması ve bu suretle ikrarın sağlanmaya çalışılması<sup>48</sup> ya da tersi bir vaade bulunulması hukuka aykırıdır.

Yukarıdaki açıklama ve Yargıtay kararlarından da anlaşılacağı üzere yasak sorgu veya ifade alma metotlarıyla alınan ifadelerin ve bunların neticesinde elde edilen delillerin hukukumuzda hiçbir hükmü yoktur. Ve bu deliller hükme esas alınamaz. CMK 148. maddenin 3. fıkrasında bu husus “Yasak usullerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez” şeklinde ifade edilmiştir.

Son olarak belirtmek gerekir ki Müdafî hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade, hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından değerulanmadıkça hükme esas alınamaz. Ancak müdafî atanması zorunlu olan şahıslardan olmayıp, müdafiden yararlanabileceği hatırlatıldığı halde yararlanmak istemediğini beyan etmişse kollukta alınan ifade hükme esas alınabilecektir.

## Kaynakça

- B. Öztürk-M. R. Erdem, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9. Baskı, Seçkin, Ankara: Şubat 2006.
- İ. Şahin, *Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Yakalama ve Gözültına Alma*, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, Ekim 2004.
- M. S. Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Belgeleri (Uluslararası ve Bölgesel Sistemler)*, Genişletilmiş 2. Baskı, Beta Basım Yayın., İstanbul, Ekim 2000.
- N. Kunter-F. Yenisey-A. Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Arıkan, İstanbul, Mart 2006.
- O. Doğru (Ed.), *İnsan Hakları Kararları Derlemesi*, İstanbul Barosu Yayınları, C. 1, İstanbul 1998.
- Yunus, Ş. Binnaz Aydın, *“Uygulamada Yakalama Gözültına Alma ve İfade Alma”* [http://www.yayin-adalet.gov.tr/adaletder/3\\_sayi.htm](http://www.yayin-adalet.gov.tr/adaletder/3_sayi.htm), GT.-13.09.2006.

<sup>47</sup> Yargıtay 1. C.D., E.2003/3819, 2004/299K., [http://195.142.131.202/scrips/cgijp.exe/WService=wsbroker1/deneme\\_emsal\\_rapor.r](http://195.142.131.202/scrips/cgijp.exe/WService=wsbroker1/deneme_emsal_rapor.r)

<sup>48</sup> Aydın Yunus-Ş. Binnaz (Cumhuriyet Savcısı), a.g.m.





# İddianame

Musa ÇATALOĞLU



“Suçluyu kazıyın, altından insan çıkar.”

Prof. Dr. Faruk EREM

## ÖNSÖZ

**S**on dönemlerde AB uyum sürecinde olan Türkiye, bu sürecin gerektirdiği mevzuat değişikliklerini önemli bir şekilde gerçekleştirmiş, bazı önemli kanunlar da tasarı halinde bekletilmektedir. Bu değişikliklerden belki de en önemlileri ceza hukuku, ceza muhakemesi hukuku ve ceza infaz hukuku alanında olmuştur. İnsan haklarının en önemlilerinden olan özgürlüğü ve mülkiyeti, bağlayıcı nitelikteki hapis ve adli para cezası ile yaptırıma tabi tutan bu kanunlarla birlikte, yetmiş dokuz yıllık bir uygulamayla oluşmuş içtihat birikimi faydalanılamaz hale gelmiştir. Bunun sebebi mezkûr kanunların, eski kanunların içeriğini tamamen değiştirici nitelikte olmasındandır.

Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ile ceza yargılamasının işleyiş sürecinde önemli kurumlar ihdas edilmiştir. Bunlardan bazıları “uzlaşma”, “iddianamenin iadesi” gibi eski uygulamada görülen aksaklıkları giderecek nitelikte olan kurumlardır. Tabii ki bu kurumların ihdas edilmesi yeterli değildir. Bu kurumlarla birlikte amaçlanan, özlenen yargılamayı gerçekleştirmek uygulamacıların elindedir. Uygulamacıların bu amaçları gerçekleştirirken tıkanıdığı, vicdanen rahatsız oldukları bazı hususlarda gerekli değişiklikler de yapılmıştır.

Bu çalışma hazırlanırken ceza yargılamasının en önemli kavramlarından biri olan “iddianame”yi anlatmak gerçekten zorlu bir işti. İddianame kavramı açıklanırken ceza yargılaması sürecinin işleyiş sırasına sadık kalınmış olması, açıklamaların didaktikliği açısından önemliydi. Bu hususun dikkate alınması ve iddianamenin seksen yıla yakın bir sürede nasıl

işlendiğinin unutulmaması ve yeni sistemde yer verilen iddianame kurumuyla karşılaştırılmış olması çalışmayı daha tutarlı kılmıştır.

İddianamenin ceza yargılaması içerisindeki yerini belirten, bu kuruma atıf yapılan, bu kurumla bağlantısı olan yasal hükümler dipnotlara eklenerek çalışmanın akıcılığı sağlamak istenmiştir.

“Taşı delen suyun gücü değil, damlaların sürekliliğidir.” Şu anki yasal düzenlemeler ve kanunlaşması beklenen tasarılar, hukuk devletini, insan haklarına riayet etmeyi şiar edinmiş uygulamacılarla birlikte Türk adalet sistemine güveni tam manasıyla oluşturacaktır. Unutulmaması gerekir ki “görmek büyüklükte değil, biçimdedir.”

## GİRİŞ

Hukuk, toplum halinde yaşayan insanların davranışlarını düzenleyen disiplinlerden biridir ve en önemlisidir. Yaratılmış canlılar arasında en mükemmel olan insanın tabiatı ve bünyesinde taşıdığı menfi özellikler gereği, hiçbir kural olmadan düzenli bir hayat sürmeleri imkânsızdır. Bu kurallara geniş açıdan baktığımızda suç adı verilen kural ihlallerini, bazı kişilerin davranışları ve tutumları ile bu kişilerin içinde buldukları toplulukların kendilerince oluşturulmuş kuralları arasındaki uyumsuzluk olarak tarif edebiliriz. Bir suç örgütünde dahi o örgüt liderinin koyduğu kuralları ihlal eden kişiler suç işlemiş sayılırlar. Suç adını verdiğimiz bu olay bu nedenle evrensel<sup>1</sup>

<sup>1</sup> “Bugün insanoğlunun evrensel suçluluğu saldırganlığa/şiddete yönelme şeklinde belirlemekte; yaşamış her insanın törel tarihini ‘video meliora probogues’ sorunu özetlemekte (daha iyiyi görüyor ve onaylıyorum, ancak izlediğim ise daha kötü olanıdır); kişilerde fiziki boşalma öncelik kazanmış bulunmaktadır. Bu fiziki boşalma olanakları tükendiğinde herkesin herkese

ve geneldir. Suç, tarihin en eski devirlerinden beri var olmuştur ve var olacaktır. Suçsuz bir toplum bir ütopyadan ibarettir. Karakter, kişilik ve ahlak bakımında en üst seviyede insanların tarifinin verildiği kutsal kitaplarda dahi cezai hükümler konulması bu görüşü desteklemektedir. İnsanların içinde ihtiraslarla birlikte toplum halinde yaşamanın ortaya çıkardığı sosyal çelişkiler, uyumsuzluklar bulundukça suç da var olacaktır. Bu nedenlerden dolayı nerede toplu olarak yaşanmakta ise, orada bir düzen ve disiplinin bulunması gereklidir.

Toplu olarak yaşamanın gereği olan düzen ve disiplinin sağlanması için bir karar merci oluşturulmuş ve bu merci her toplumun istediği barış ortamı için kurallar ihdas etmiştir. Bu kurallar bütününün bir kolu olan ceza hukuku kuralları; toplum içinde kişilerin hangi eylemlerinin, topluma, toplumdaki düzene, toplumun fertlerine zarar verdiğini saptamış ve bozulan bu düzenin eski hale iadesine ve fertlerin, özellikle potansiyel suçluların caydırılmalarına yardımcı olmuştur.

Ceza ve suç kavramının tarihine baktığımızda; suçun sadece kişiler arasında söz konusu olduğunu, bu nedenle verilecek ceza olarak da kişisel öcün [ihkak-ı hak'kın] ön plana çıktığını görüyoruz. Zamanla toplumu idare edenler güçlenmiş, itibar görebilmek ve idare ettikleri toplumun kendilerinden istedikleri huzur, barış ve adalet ortamını sağlamak, kişilerin birbirlerini cezalandırmalarını ortadan kaldırmak için cezalandırma hakkı ve yetkisini toplumun tekeline almışlardır. Bu amacı gerçekleştirmek için de mahkemeler kurulmuştur. Mahkemelerin bu uyuşmazlıkları çözümlenebilmesi için kişilerin buralara başvurma gerekiyordu. Bu gelişmeler neticesinde ceza yargılamasının en önemli ilkelerinden biri olan "muhakemesiz ceza olmaz ilkesi" çıkmıştır. Böylece ceza muhakemesi iddia, savunma ve yargılama makamlarını işgal edenlerin katıldığı bir faaliyet haline gelmiştir.

karşı düşmanca tavır alma durumuyla karşı karşıya kalınacağından kimsenin kuşkusu olmamalıdır. Ülkeler tarihinde bu önermeyi kanıtlayan sayısız örnek vardır. Bu açıdan bakıldığında, boğa güreşsiz bir İspanya, basekbolsuz/bokssuz bir ABD ve futbolsuz bir Türkiye düşünmek olanaksızdır. İşte bilinçli ve bilinçsiz saldırganlık hakkında psikiyatr ile hâkimler/avukatlar arasında anlayış birliği oluşmalıdır." Yücel Mustafa Tören, *Adalet Psikolojisi*, s. 5.

Yargılama makamlarının bu üç unsurdan oluşması, bütün yargılamaların amacı olan ve gerçeğin ta kendisi olan maddi gerçeğin bulunması ve adil düzenin sağlanması için yeterli olmamıştır. Çünkü bu makamlardan birinin yetki yönünden, diğerine nazaran ön plana çıkması ve bunlar arasındaki ilişkilerin şu veya bu şekilde düzenlenmesi, sonuçta verilecek hükmü etkilemektedir. Bu nedenle, önemli olan ceza yargılamasındaki yetkilerin yukarıdaki amaç esas alınarak, erkler arasında nasıl paylaşılacağı ve hangi diğer hakların bu erklerle verileceğinin belirlenmesidir.

Ceza yargılaması makamlarının ilişkileri, yetkileri, bireyin veya toplumun menfaatlerinin ön plana çıkarılmasının ya da bu iki menfaat arasında bir denge kurularak gerçeğin araştırılmasının amaçlanmasına göre, çeşitli devirlerde ve toplumlarda farklı yargılama sistemleri ortaya çıkmıştır. Bu sistemler "itham", "tahkik" ve "işbirliği" sistemidir. Bu sistemleri tanıyarak ceza yargılamasını en önemli kavramlarından iddianameyi açıklamak yararlı olacaktır.<sup>2</sup>

## 1. İtham Sistemi

Tarih bakımından en eski olan ve halen özü itibarıyla, Anglo-Sakson hukukunda ve bu hukuku model alan hukuk sistemlerinde uygulanan bu sisteme göre; bir kimsenin cezalandırılabilmesi için diğer bir kimse tarafından bir suç isnadında bulunulması yani itham edilmesi ve itham eden kişinin de bu suçluluğu ispat etmesi gerekmektedir.

Bu sistemde suçluların cezalandırılması esas itibarıyla bireyleri ilgilendirdiği için, bu kişilerin ithamları ve savunmalarıyla toplumun menfaatleri de korunmuş sayılıyordu. İtham sisteminin başlıca özellikleri şunlardır:

- Yargıcın harekete geçebilmesi için bir itham gereklidir. Resen harekete geçemez.
- Suçlama yetkisi zarar gören kişiye, yakınlarına hatta suçtan sosyal bir zarar doğması halinde bütün vatandaşlara aittir.

<sup>2</sup> Geniş bilgi için bak.: Nevzat Toroslu-Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 39-44.

- Yargıç delil toplamak ve delilleri seçmek yetkisine sahip değildir, tarafların ileri sürdükleri delillerle bağlıdır.
- Taraflar eşit konumdadırlar
- İtham edenle itham edilen, sonucu belirleyecek tarafsız hakem önünde tartışır ve yargılama bir diyalog halinde devam eder.
- Yargılama çelişme, sözlülük ve açıklık ilkelerine göre yapılır.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, bu sistemde bireysel itham makamı ile bireysel savunma makamı, yargılama makamına nazaran daha yetkin konumdadır.

## 2. Tahkik Sistemi

Ortaçağ'da otoriter devletlerin kurulması ile itham sisteminin yerini alan bu sistemde en önemli yargılama organı, yargılama makamıdır. Toplumun menfaati, bireylerin menfaatine üstün tutulduğu için bireylerin yargılama safhasındaki yetkinliği ikinci planda kalmıştır. Bu sistemin temel özellikleri şunlardır:

- Bir suç işlendiğini haber alan yargıç ithamcı bir kimliğe bürünerek işe el koyabilmekte ve zaten kendisinde mahfuz tuttuğu yargılama yetkisini de harekete geçirebilmektedir.
- Yargıç itham sistemindeki aksine tarafların sunduğu delillerle bağlı değildir. Hatta kendisi de delil toplayabilmek de ve bu delilleri serbestçe değerlendirebilmektedir.
- İthamcı yargıçla sanık arasında eşitsizlik vardır.
- Muhakemenin her aşamasında yazıllık ve gizlilik esastır.

## 3. İşbirliği Sistemi

Bu sistemde yargılamanın üç makamı arasında tam bir işbirliği vardır. Yargıç, itham sistemindeki aksine, sadece iddia ve savunmaya göre karar vermek zorunda olmadığı gibi, tahkik sistemindeki aksine, kendiliğinden araştırma ve delil toplama tekeline de sahip değildir. Bu sistemde hüküm verme faaliyeti, tarafların diyalogu veya yargıcın mo-

noluğu değil, bütün yargılama makamlarının katıldığı bir kolokyum(bilimsel toplantı)dur.

Halen Avrupa ülkelerinde ve ülkemizde uygulanmakta olan bu sistemin başlıca özellikleri şunlardır:

- Yargılama yapılabilmesi için bir ithama gerek vardır, yargıç kendiliğinden işe el koyamaz. İtham toplum adına bir devlet organı tarafından yapılmaktadır. Bu organ ise savcılıktır.
- Yargılama, kural olarak, birincisi tahkik sisteminden, ikincisi ise itham sisteminden esinlenen iki safhasından oluşmaktadır. Soruşturma safhasında muhakeme kural olarak yazılı ve gizlidir. Çelişme ilkesi sınırlı olarak uygulanır. Buna karşılık kovuşturma safhasında sözlülük ve açıklık esastır. Bu safhada çelişme ilkesi tam olarak uygulanır.
- Sanık, siyasi rejime göre değişen haklara sahiptir.

## CEZA YARGILAMASI VE İDDİANAME

İddianameyi her yönüyle, tafsilatlı biçimde anlatmadan önce ceza yargılaması hukuku kavramını, bu hukuk dalının amacını ve bugün için yürürlükte olan "kovuşturmanın kamusalılığı" ilkesinin nasıl ortaya çıktığını açıklamak bu çalışma için daha açıklayıcı olacaktır.

### 1. Ceza Yargılaması Hukuku Kavramı

Ceza hukuku kuralları caza yasalarında veya özel yasaların suçları düzenleyen bölümlerinde yer alır. Bu tür kuralların ihlaline de "suç" adı verilir.

Ceza yargılaması veya ceza muhakemesi ise bir kişinin fiilinin suç olduğu şüphesi üzerine yapılan, bu şüpheyi yenmeye kadar süren bir müşterek faaliyettir. Bu faaliyet genellikle üç ayrı faaliyetten oluşur ve bunların birleşmesiyle "ceza yargılaması" kavramı ortaya çıkar. Bu üç faaliyet: iddia, savunma ve yargıdır. Bu faaliyetlerin hangi kurallara göre yürütüleceği, bu faaliyete katılan sùjelerin ne gibi yetkilere sahip olduğu ve yine bu faaliyetler

sürerken bu faaliyete katılan kişilerin ne gibi yükümlülüklerle katlanacağı, ceza yargılaması kuralları ile saptanır. Bu kuralların bütünü de “ceza yargılaması hukuku”nu oluşturur.

Ceza yargılaması hukukunu oluşturan üç faaliyetten biri olan iddia, modern ceza yargılamasında esas olarak savcılık adı verilen makam tarafından devlet adına yerine getirilir. İddia, ceza yargılamasını başlatan faaliyetin adıdır ve bu kişinin bir eyleminin belirli bir suçu oluşturduğu şüphesi üzerine kurulur. Örneğin; iki kişi arasında bulunan husumetin neticesinde oluşan ağız dalaşı, bir süre sonra kavgaya dönüşmüş ve bu kişilerden birisi cebinden çıkarttığı bıçakla diğerinin üzerine yürümüştür. Diğer şahıs ise yanında bulunan tabancasını çıkartarak bir el ateş etmiştir. Silahtan çıkan mermi bıçakla saldırının vücudunun öldürücü nahiyesi dışında, başka yerine gelmesine rağmen kişi ölmüştür. İddia makamı olayın kasten adam öldürme suçu içerisine girdiğini, meşru müdafanın ise söz konusu olamayacağını, çünkü meşru müdafanın şartlarından biri olan “orantılılık” koşulunun aşıldığını belirterek şüphelinin; TCK madde 81’e göre kasten adam öldürmek suçundan dolayı yargılanıp cezalandırılmasını istemiştir.

Buna karşın savunma makamı olayda meşru müdafanın olduğunu, meşru müdafada sınır aşılsa bile olayın oluş şekli, yeri ve zamanı itibarıyla başka türlü davranılmayacağını belirtmiştir. Ayrıca TCK’nın 27/2<sup>3</sup> maddesinin de dikkate alınmasını istemiş ve iddiaları kabul etmemiştir. Bunun karşısında yargıç veya mahkeme, iddianın mı, yoksa savunmanın mı gerçeğe uygun olduğunu veya iddia ve savunmayla bağlı kalmaksızın, delil araştırmasına da giderek ve sadece duruşmada tartışılan delillere bağlı kalarak maddi gerçeği arar, psikoloji biliminden de faydalanarak<sup>4</sup> sonuçta bir karar verir. Bu açıklamalar

<sup>3</sup> TCK madde 27/2: “Meşru savunmada sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faile ceza verilmez.”

<sup>4</sup> “Hukuk sistemimizde yer alan eyleyicilerden, kendileri için ampirik, harcıalem psikolojiyi yeterli görenler görevlerini hemen terk etmelidirler. Hiçbir meslek, teori ve pratik olmak üzere, bu derece yoğun bilimsel nitelikli psikoloji eğitimi gerektirmediği gibi, hiçbir meslekte böyle zorlu ve sorumlu şekilde problem çözmekle karşı karşıya kalmamaktadır. Paradoksal bir

da göstermektedir ki, ceza yargılaması hukuku tez, antitez, sentezden oluşur.

## 2. Ceza Yargılamasının Amacı

Kamu hukukunun ve ayrıca muhakeme hukukunun dallarından birini oluşturan ceza muhakemesi hukuku, işlenen fiilin suç teşkil edip etmediği, suç teşkil ediyorsa kimin tarafından işlendiği, delillerin toplanması, suç sayılan fiiller karşılığı konulmuş ceza ve güvenlik tedbirlerinin somut olayda hangi usullere göre ve kimler tarafından uygulanacağını gösterir.

Medeni yargılamada amaç şekli gerçeği bulmak iken, ceza muhakemesinde amaç maddi gerçeği bulmaktır. Ceza yargılaması sonucunda kişi suçlu bulunduğu ona hürriyeti bağlayıcı cezanın verilmesi ve bu cezanın insanın ruhi ve bedeni kişiliğinde açtığı yaralar çok ağır olacağından, ceza yargılamasının maddi gerçeği bulmak amacı etrafında toplanması kaçınılmazdır. Bu bakımdan bu alanda biçimsel gerçekle yetinilemez ve gerçeğin ta kendisi olan maddi gerçek aranır.

Bu nedenledir ki, şüpheden sanık yararlanır ilkesi<sup>5</sup> gereği sanığın suçluluğu tam olarak

anlatımla, bir ceza avukatı için hukuk bilgisini göz ardı etmekten daha kolay olabilecektir.” Mustafa Yücel Tören, *Adalet Psikolojisi*, s. 5.

<sup>5</sup> Osman Şirin-Halim Aşaner-Özcan Güven-Gürsel Yalvaç-Muzaffer Özdemir-Kemalettin Erel, a.g.e., s. 289. “Delici kesici aletle vaki olup hayati tehlike yaratan darbin bir adette kalması durumunda failin kastının öldürmeye yönelik bulunduğu hususu kuşkulu kalacağından ve aşılacak kuşku da lehe yorumlanmak gerektiğinden eylemin yaralama olarak kabul ve takdirinde zorunluluk bulunmaktadır” (CGK-02.05.2006- 97/132), s. 299. “Amacı maddi gerçeğin ortaya çıkarılması olan ceza yargılamasının en önemli ilkelerinden birisi de ‘kuşkudan sanık yararlanır’ [*in dubio pro reo*] ilkesidir. Bu ilkenin özü, ceza davasında sanığın cezalandırılması bakımından taşıdığı önemden dolayı göz önünde tutulması gereken herhangi bir konudaki kuşkunun, sanığın yararına değerlendirilmesidir. Oldukça geniş bir uygulama alanı bulunan bu kural, bir suçun işlenip işlenmediği konusunda olduğu gibi, gerçekleştirme biçimi konusunda kuşku belirmesi halinde de uygulanmalıdır” (CGK-12.10.2004- 155/193), s. 305. “Geceleyin, kavganın hareketli ortamında, rastgele salladığı tek bıçak darbesi ile mağduru iç organ yaralanmasına neden olmayacak biçimde yaralayan sanığın hayati bölgeleri özellikle seçtiğine ve eylemini sürdürmesine mani bir hal bulunduğu dair kanıt da mevcut olmadığına gö-

anlaşılmadığı sürece onun beraatına karar verilmesi gerekir. (AY., madde 38/4; İHEB, madde 11; İHAS, madde 6/2) Böyle bir ilkenin kabul edilmesini sebebi, bir suçlunun cezasız kalmasının bir masumun mahkûm olmasına tercih edilmesidir. Ayrıca ceza yargılamasında ispat külfeti kavramına yer verilmemiş, maddi gerçeği bulabilmek için çeşitli araçlar ihdas edilmiştir. Bunun için her şey delil olarak kabul edilmiştir. Hatta delilleri değerlendirmede serbestlik tanınmış ve yargıcın da delil ileri sürmesi kabul edilmiştir.

Maddi gerçeğe uygun, ceza yargılaması kurallarına uyan, hukuki düzeni ve barışı korumayı hedefleyen bir karara varmak için bazı haklar ve ilkeler de düzenlenmiştir.<sup>6</sup>

Bunlardan başlıcaları;

- hak arama hakkı,
- isnadı ve hakları öğrenme hakkı,
- muhakemenin sonuna kadar suçsuz sayılma hakkı (masumluk karinesi),
- kimse kendini ve yakınlarını suçlandırıcı beyanlarda bulunmaya zorlanamaz ilkesi,
- kimsenin başkasının fiilinden dolayı yargılanmaması hakkı (ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi),
- kanunda suç olarak gösterilmemiş bir fiilden dolayı takibata uğramama ve kanunda öngörülmemiş bir cezaya çarptırılmama hakkı (suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi),
- savunma hakkı,
- kanuni hâkim tarafından yargılanma hakkı,
- tercüman hakkı,
- makul süre içinde yargılanma hakkı,

re, olayda yaralama kastı ile hareket ettiğinin kabulü gerekir” (GK-08.07.2008- 88/184), s. 331. “... Kuşkudan sanık yararlanır ilkesi (...) bir suçun gerçekten işlenip işlenmediği veya işlenmiş ise gerçekleştirilme biçimi konusunda kuşku belirmesi halinde uygulanabileceği gibi, dava koşulları bakımından da geçerlidir. İddiaların tıbbi raporlar ve tanık beyanları ile kanıtlanamaması karşısında, kuşku sanık lehine yorumlanmalıdır” (K-23.11.2004- 183/204).

<sup>6</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz.: Bahri Öztürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 187-195.

- sağlıklı bir ortamda yargılanma hakkı, denetim muhakemesine başvurma hakkı,
- temel hak ve hürriyetlerin korunması hakkıdır

“Bütün bu açıklamalardan sonra denilebilir ki; ceza yargılamasının amacı; karmaşık bir amaçlar topluluğudur. Bir yandan suçluların cezalandırılması amaçlanırken, öte yandan suçsuzun korunması ve yargılamanın yasalara, yargılama kurallarına, özellikle adil yargılanma hakkına uygun cereyan etmesi istenmektedir.”<sup>7</sup>

### 3. Kovuşturmanın Kamusalılığı İlkesi<sup>8</sup>

Bir suç işlendiğinde bu suçun ortaya çıkarılması, suçlunun cezasız kalmaması, toplumsal huzur, barış ve adaletin sağlanması için gereklidir. Sayılan bu amaçların; bu amaçları isteyen insanların meydana getirdiği devlete verilmesi gerekir. Eğer devlet bu amaçları gerçekleştirmek için yetkilerle donatılmazsa istenilen hedefe asla ulaşamaz. Bu nedenle devlet, ilk başta kamunun düzenini bozacak ya da tehlikeye düşürecek olan eylemleri belirleme ve bu eylemleri gerçekleştirenleri cezalandırma hakkını elinde tutmalıdır. Ayrıca bu eylemlerden hangilerinin suç teşkil ettiğinin araştırılması yetkisini de elinde tutar. Bu yetkiye ‘yargılama yetkisi’ denir. Medeni yargılamada ihtilaf hakemlerin önüne dahi götürerek çözümlene imkânımız varken, ceza yargılamasında ancak devlet adına yapılacak yargılama sonucu, suç olanla olmayan ve suçlu ile suçsuz ayırımı yapılabilecektir. İşte kovuşturmanın kamusalılığı ilkesi ile anlatılmak istenen budur.

Kovuşturmanın kamusalılığında başrolü üstlenen makamlar iddia makamı olan savcılık ve yargılama makamı olan hâkim veya mahkemedir. Savcı hazırlayacağı iddianame ile devlet adına şüphelinin cezalandırılmasını ister, mahkeme de iddianamedeki kişi ve fiille bağlı olarak karar verir.

Savcı tarafından yürütülen soruşturma devlet adına yapıldığı için, o suçtan zarar

<sup>7</sup> Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, s. 5.

<sup>8</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz.: Erdener Yurtcan, a.g.e., s. 35-41.

gören kişinin kovuşturma veya kovuşturmama konusundaki iradesi önem taşımaz. Gerçi suçtan zarar görenin ihbarıyla savcı harekete geçebilir, ancak bu kişi söz konusu durumun yargıya intikal etmesini istemeyip ihbar etmese dahi, savcılık başka bir şekilde olaydan haber alırsa, harekete geçmek zorundadır.<sup>9</sup> Çünkü savcı devletin ajanıdır ve soruşturma sonucunda hazırlayacağı iddianameyle tarafların isteğiyle ve lehine değil, devlet adına ve şüpheli aleyhine suç isnadında bulunacaktır.<sup>10</sup>

#### 4. Kovuşturmanın Kamusalılığı İlkesinin Sınırlanması

“Suç haberi ciddi, fiil ve fail belli ise savcı bir iddianame düzenleyecektir. Ancak, bunun yapılabilmesi için bazı başka şartların daha gerçekleşmesi aranır. Bunlar: “şikâyet”, “dava süresi”, “yargı bulunmaması”, “açık dava bulunmaması”, “yeni delil bulunması”, “ön ödeme” veya “uzlaşmanın yerine getirilmesi” ve “izin”dir. Bunlardan biri gerçekleş-

memişse, suç haberi ciddi, fiil ve fail belli de olsa iddianame düzenlenemez. Bu nedenle bunlara dava şartları denmektedir.”<sup>11</sup> Dava şartları savcının, kamu davası açılması için iddianame düzenlenmesine engel olduğu için, kovuşturmanın kamusalılığı ilkesinin sınırını oluşturur.

##### a. Şikâyet

Bu ilkenin yapısına baktığımızda ilk sınır kovuşturması şikâyete bağlı suçlar açısından- dır. “Kovuşturması şikâyete tabi suç” kavramı üzerinde dikkatle durulması gereken bir konudur. Bu kurumu oluşturan organ, devletin yasama yetkisine sahip olan kanadıdır. Yasa koyucu suç çeşitleri açısından şikâyete tabi suçları seçerken suça muhatap olan kişinin uğradığı zararı veya tehlikeyi adalet terazisinin bir kefesine koyacak, diğer kefeye ise toplumun bu suçun işlenmesi neticesinde gördüğü zararı koyarak bir değerlendirme yapacaktır. Eğer bir suç şikâyete tabi bir suç olarak belirlenirse, yalnızca suçtan zarar gören kişinin isteğiyle şüpheli hakkında bir ceza soruşturması ve/veya kovuşturması gerçekleştirilmesi gerekir.

Yasa koyucu eğer bir suçu şikâyete tabi kılmışsa, bu durumu ilgili mevzuatta açıkça göstermesi gerekir.

Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete tabi bir fiilden dolayı, yetkili kişinin ilgili mevzuatta belirtilen süresi içerisinde, yazılı veya tutanağa geçirilmek kaydıyla sözlü olarak, yetkili makamlardan, bu fiil hakkında kovuşturma yapılması istemine şikâyet denir.

Yeri gelmişken uygulamada sıkça tekrarlanan bir hataya değinmeden geçemeyeceğim. İster şikâyete bağlı bir suç olsun, ister re’sen kovuşturulan bir suç olsun, kovuşturma organlarına haber verilirken genelde şikâyet terimi kullanılmaktadır. Bu uygulama doğru değildir.

*Şikâyet, yalnızca şikâyete tabi suçlarda söz konusu olabilen ve yalnızca suçtan zarar görenin iradesine bağlı tutulan bir bildirim şeklindedir. Şikâyete tabi olmayan bir suç bildiriminde*

<sup>9</sup> TCK madde 73/1: “Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan suç hakkında yetkili kimse altı ay içinde şikâyette bulunmadığı takdirde soruşturma ve kovuşturma yapılamaz.” Bu nedenle yukarıdaki ifade yalnızca şikâyete bağlı olmayan suçlar için söz konusudur. Suçtan zarar gören kişi tarafından yapılsa dahi, şikâyete bağlı olmayan suçların bildirimini “şikâyet” değil “ihbar”dır.

<sup>10</sup> CD 2 E: 2006/4907 K: 2006/12064 T: 14.06.2006. Kamu adına ceza davası açma görevi, Cumhuriyet Savcısı tarafından yerine getirilir. (5271 Sayılı CMK, madde 170/1) Cumhuriyet Savcısının hazırladığı iddianamenin, verildiği mahkemece kabulüyle dava açılmış olur. (Madde 175/1) Cumhuriyet Başsavcılığı ceza davasında suçtan zarar görenler ile zarar görecek olan kamuyu temsil eder. Devleti temsil eden bir makamın kamu adına ceza davasını açıp yürütmesi “Ceza davasının kamusalılığı” ilkesini göstermektedir. 5271 sayılı Yeni Ceza Yargılama Yasası’nda şahsi dava kurumuna yer verilmemiştir. Böylece ceza davasında kural olarak ceza davasında kişisellik değil, kamusalılık ilkesi benimsenmiştir. Ayrıca, “Savcı, yargılama içinde iddia görevini yerine getiren sūje olarak sonuçta adalete hizmet eden bir kişidir. Suçla mücadele konusunda, toplumda suç işlenmesi ile bozulan denge ve düzenin yeniden kurulmasında ve suçluların cezalandırılmasında, savcının büyük payı vardır. Savcı (...) ‘görevlerini yerine getirirken, en önemli ödevi bir hukuk adamı olarak’ yasaya bağlıdır. Bunu belirtmek için savcının yasaların bekçisi olduğu söylenmiştir.” *Cumhuriyet Savcısının ve Yargıcının El Kitabı*, s. 3.

<sup>11</sup> Bahri Öztürk, a.g.e., s. 77.



*bulunulacaksa, bu bildirim suçtan zarar gören tarafından yapılmış olsa bile şikâyet değil, bir ihbardır.*

Şikâyet hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan sayılır. Bu nedenle mirasçılara geçmez. Şikâyette bulunabilmek için ayrıca mümeyyiz de olmak gerekir. Suçtan zarar görenin kanunu temsilcisi varsa, şikâyeti o yapar.

Şikâyet, TCK madde 73'e göre; zamanaşımı süresini geçmemek koşuluyla, fiili ve failin kim olduğunu öğrendiği tarihten itibaren altı ay içerisinde yapılması gerekir. Bu süre hak düşürücü süredir. Hak düşürücü süre olduğu için, durma ve kesilme söz konusu olmaz, kusursuz olarak geçirilirse de eski hale getirme mümkündür.

Şikâyet hakkı olan birkaç kişiden birisi altı aylık süreyi geçirirse bundan dolayı diğerlerinin hakkı düşmez. (TCK, madde 73/3)

Şikâyetin belli bir formülü yoktur. Suçtan zarar görenin, kamu davasının açılmasını ve yargılamanın yapılmasını istediğini gösteren bir ibare kullanması yeterlidir. Örneğin; "şikâyetçiyim", "davacıyım", "cezalandırılmasını istiyorum" gibi. Bu nedenle soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete tabi bir suçla ilgili olarak açılmış bulunan kamu davasına katılma isteği de şikâyet anlamına gelir

Şikâyet hakkı, suçtan zarar görene aittir. Bu gerçek kişi veya tüzel kişi olabilir. kovuşturmanın kamusalılığı ilkesinin en önemli istisnalarından olduğu için, suçtan zarar gören kavramı dar yorumlanmalı, sadece doğrudan zarar görene hak tanınmalıdır. Ancak yasa koyucu bunun aksine hüküm koyabilir. Böyle bir hüküm TCK madde 131/2'de karşımıza çıkıyor. Aslında mirasçıların şikâyet hakkı olmamasına rağmen mağdur, şikâyet etmeden ölürse veya suç ölmüş olan kişinin hatirasına karşı işlenmişse; ölenin ikinci dereceye kadar üstsoy ve altsoyu, eş ve kardeşleri tarafından şikâyette bulunulabilir.

Şikâyet belli bir olaya istinaden yapıldığı için fail değil fiil şikâyet edilir. Yapılan şikâyette failin kimliğinin belirtilmesine gerek yoktur. Ancak faillerden biri şikâyet edilmişse diğerleri de şikâyet edilmiş sayılır. Zaten suç ortaklarından bazılarının şikâyet edilip, diğerlerinin edilmemesi şikâyetin yapısına aykırıdır.

"Şikâyetin konusu, suç olduğu sanılan belli bir olaydır. Zarar görenin bu olayı ne şekilde nitelendirdiği önemli değildir."<sup>12</sup>

Şikâyet, Cumhuriyet Başsavcılığına ve kolluk makamlarına yapılabilir. Valilik, kaymakamlık veya mahkemeye yapılan şikâyetler de geçerlidir. Yalnız bu şikâyetler ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir. Yurtdışında işlenip ülkede takibi gereken suçlar hakkında Türkiye'nin elçilik ve konsolosluklarına da ihbar ve şikâyette bulunulabilir. Bir kamu görevinin yürütülmesiyle bağlantılı olarak işlendiği iddia edilen bir suç nedeniyle, ilgili kurum ve kuruluş idaresine yapılan şikâyet, gecikmeksizin ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir. (CMK, madde 158)

Şikâyete tabi bir suçu işlediği iddia edilen bir kişiyi, suçtan zarar gören veya suça hedef olan kişi tarafından kovuşturma makamlarına şikâyet edilmediği sürece, kovuşturmanın yapılması mümkün olmadığı gibi, bu kişi hakkında kamu davası da açılmayacaktır.

"Şikâyet" söz konusu olmadığı sürece şüpheli hakkında kamu davası açılmaması, hiçbir soruşturma<sup>13</sup> işleminin yapılamayacağı anlamına gelmez. Örneğin; şüpheli konumundaki kişi yakalanabilecektir, ancak şikâyet koşulu gerçekleşmedikçe soruşturmanın devamına ve yargılama, yani kovuşturma<sup>14</sup> aşamasına geçilemeyecektir. Savcılık bu şart gerçekleşmediği sürece şüpheli hakkında iddianame düzenleyemez.

Şikâyet sadece dava açılabilmesi için gerekli olan bir şart değildir. Dava açıldıktan sonra dahi suçun şikâyete tabi olduğu anlaşılırsa, her türlü yargılama işlemi durur. Ancak; savcının, işlenilmiş olarak iddia ettiği suç şikâyete tabi olması gerekirken, re'sen kovuşturulan bir suç olarak nitelendirmesi ve akabinde kamu davası açmış olması halinde, yargılama makamı failin şikâyeti gerektiren bir suç olduğu görüşüne varsa bile, mağdur

<sup>12</sup> Nevzat Toroslu-Metin Feyzioğlu, a.g.e., s. 49.

<sup>13</sup> CMK, madde 2/e: "Soruşturma: Kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi (...) ifade eder."

<sup>14</sup> CMK, madde 2/f: "Kovuşturma: İddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi (...) ifade eder."

açıkça şikâyetten vazgeçmediği takdirde, yargılamaya devam olunur. (CMK, madde 158 f. 6)

“Şikâyetten vazgeçme ve şikâyetin geri alınması mümkündür. Şikâyetten vazgeçme, süresi geçmemiş ve henüz yapılmamış şikâyetin artık yapılmayacağına suçtan zarar gören kişi veya kanuni temsilcisi tarafından açıklanmasıdır. Yapılmış şikâyetin, suçtan zarar gören kişi veya kanuni temsilcisi tarafından, geçersiz sayılmasının istenmesine de şikâyetin geri alınması denmektedir.”<sup>15</sup> Bu ayrıntı önemli olmasına rağmen TCK bu ayrımı gitmemiş, sadece şikâyetten vazgeçmeyi kanun metnine geçirmiştir.

Şikâyetten vazgeçme kabule bağlı olmayan, tek taraflı irade beyanı iken, şikâyetin geri alınması iki taraflı bir işlemdir. Şikâyet geri alındığında, eğer süre dolmamışsa yeniden şikâyette bulunabilmesi, bu ayrımın önemine işaret etmektedir. TCK madde 73/6 maddesi bu eleştiriyi doğrulamaktadır. Çünkü mezkûr maddeye göre, “Kanunda aksi yazılı olmadıkça, vazgeçme onu kabul etmeyen sanığı etkilemez.”

İştirak halinde suç işlemiş sanıklardan biri hakkındaki şikâyetten vazgeçme, diğerlerini de kapsar. (CMK, madde 73/5)

Yapılmış olan şikâyetten vazgeçilerek açılan kamu davası düşürülebilir. Ancak kural olarak hükmün kesinleşmesinden sonra şikâyetten vazgeçilemez. Kural olarak diyorum, çünkü istisnai olarak 3167 Sayılı Kanun’un 16/a maddesi ve İİK’nın 354. maddesi, hüküm kesinleştikten sonra dahi şikâyetten vazgeçme, verilen bütün cezaları ortadan kaldırmaktadır.

## b. İzin

Kanun koyucu bazı suçlardan dolayı kamu davasının açılmasında, kamu yararı olup olmadığı konusunda tereddüde düşebilir. İşte bu durumlarda dava açılmasının uygunluğunun takdirini iddia makamından başka bir devlet makamına vermesinde izin müessesesi karşımıza çıkar.

<sup>15</sup> Bahri Öztürk, a.g.e., s. 82.

Muhakemenin izne bağlanmasında bazen suçun mahiyeti (TCK, 305), bazen suçtan zarar görenin kimliği (TCK, 299), bazen de failin durumu ve nitelikleri (AY, 83/2) nazara alınır.

İzin konusundaki en güzel ve en önemli örnek, memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkındadır. Anayasanın 129/son maddesine göre; “*memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunda belirtilen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idari merciin iznine bağlıdır*”.<sup>16</sup>

<sup>16</sup> Kamu görevlilerin adli görevleri ile ilgili işlediği suçlardan dolayı soruşturmalar genel hükümlere göre yapılır.

- Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali genel hükümlere tabidir. (4483 sayılı Kanun, madde 2/3)
- Adli görevin icrası sırasında işlenen suçlardan dolayı doğrudan Cumhuriyet Savcısı tarafından ve genel hükümler çerçevesinde kovuşturmanın genel hükümler çerçevesinde kovuşturmanın yapılması gerekmektedir.
- İ.İ.K. 351. maddesine göre icra memur ve müdürleri adli görev ifa etmektedir.
- Cezaevi müdür yardımcısı, idare memuru, sayman, sosyolog, psikolog, tabip, diş tabibi, öğretmen ve diğer görevlilerin ise yaptıkları tüm işlemlerin infaz ile ilgili oldukları kabul edildiğinden, bu kişiler de adli görevlidirler. Adliyede görevli tüm memurlarında adli görevli olduğu tartışmasızdır.
- 5237 sayılı TCK madde 279, suçun niteliği gereği, orman suçları (Orman Kanunu, madde 79), seçim suçları (298 sayılı Kanun, madde 174/1) gibi suçlarda özel hükümler nedeniyle genel hükümlere göre kovuşturması yapılacaktır.
- 399 sayılı KHK madde 11/d gereği KİT’lerin genel müdür ve yönetim kurulu üyeleri 4483 sayılı Kanuna, diğerleri genel hükümlere tabidir.
- 4483 sayılı Kanun madde 1-2 düzenlemesi uyarınca yardımcı hizmetler sınıfından olanlar, kadro karşılığı olmaksızın çalıştırılan sözleşmeli personel, geçici görevliler (genel idare esaslarına göre asli ve sürekli görev yapmayanlar) genel hükümlere tabidir.
- 2797, 2575, 83 sayılı kanunlar uyarınca Yargıtay, Danıştay, Sayıştay başkan ve üyeleri, 2802 sayılı Kanun uyarınca hâkim ve Cumhuriyet savcıları, 1136 sayılı Kanun uyarınca avukatlar, 1512 sayılı Kanun uyarınca noterler, 353 sayılı Kanun uyarınca Türk Silahlı Kuvvetleri, 2547 sayılı Kanun uyarınca YÖK başkan ve üyeleri, TBMM içtüzüğü uyarınca başbakan, bakan, milletvekilleri, 2397 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve MİT Kanunu’nun 26. maddesine tabi olanlar hakkında soruşturma gösterilen kanunlardaki hükümlere göre yapılır.

Anayasanın bu düzenlemesi paralelinde, 4483 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'da, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görev nedeniyle<sup>17</sup> işledikleri suçlar konusunda izin sistemi getirilmiştir. Bu kişilere karşı suç isna-dı ne kadar ciddi olursa olsun, yetkili merciin izni olmadığı sürece savcı "ivedilikle toplanması gerekli ve kaybolma ihtimali bulunan delilleri tespitten başka hiçbir işlem yapmayarak ve memur ve kamu görevlisinin ifadesine başvurmaksızın evrakın bir örneğini ilgili makama göndererek soruşturma izni ister." (MvDKGYHK)

İlgili makam, suçun işlendiğini öğrendiğinde veya Cumhuriyet savcısı tarafından kendisinden izin talep edildiğinde bir "ön incele-meye" girer. Yetkili makam soruşturma izni

- 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu uyarınca: mal bildiriminde bulunmama, yapılan bildirim gizli tutmama, gerçeğe aykırı mal bildiriminde bulunma, haksız mal edinme, mal kaçırma, rüşvet, irtikâp, zimmet, kaçakçılık, ihaleye fesat karıştırma, devlet sırlarını açıklamak ve muhakkikin 3628 sayılı Kanun Madde 18/4'de belirtildiği şekliyle ihbar görevini yapmaması suçunun oluşturulması genel hükümlere tabidir.
- 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu madde 44 uyarınca; bu kanunun kapsamına giren görevlerle bağlantılı olarak, kamu görevlileri hakkında 4483 sayılı Kanun uygulanmaz, soruşturma genel hükümlere göre yapılır.
- 2495 sayılı Bazı Kurum ve Kuruluşların Korunması ve Güvenliklerinin Sağlanması Hakkındaki Kanunun 13. maddesi gereğince bu kanuna tabi olan özel güvenlik görevlileri hakkında genel hükümler uygulanır.
- Cumhuriyet savcısı ve mahkemece istenilen bilgiyi vermeyen dolay CMK madde 332'de bahsedilen suç hakkında da genel hükümler uygulanır.
- Bakanlığa bağlı olarak çalışan Adli Tıp Kurumu memurları adli görevleri nedeniyle işledikleri suçlardan dolayı soruşturmaları genel hükümlere tabidir.

<sup>17</sup> Burada önemli olan, maddi ceza hukukuna ait kural-lar ile usul hukukuna ait kaidelerin birbiriyle karıştırılmamasıdır. Maddi ceza hukukuna ait düzenlemelerde rastladığımız (...) memur gibi cezalandırılır (...) memur sayılır (...) kamu görevlisi gibi cezalandırılır, tarzındaki ifadeler, yalnızca suçun nitelemesinde nazara alınması gereken ifadelerdir. Bu anlatımlara dayanılarak, şüpheli hakkında, kamu görevlilerine ilişkin usul hükümlerini uygulamak olasılığı bulunmamaktadır. Örneğin; 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu madde 62, 6964 sayılı Ziraat Odaları ve Ziraat Odaları Birliği Kanunu'nun 42. maddesi (Ayhan Şan, **Özel Soruşturma Usulleri**, s. 1).

verilmesine veya izin verilmemesine karar verebilir. Soruşturma verilmesi yönündeki kararın kesinleşmesi üzerine<sup>18</sup> dosyayı soruşturma makamına gönderir. Mezkûr Kanunun 12. maddesinde yer alan hazırlık soruşturması CMK'da olmadığı için bu evreyi soruşturma evresi olarak kabul ediyoruz. Soruşturma evresi sonucunda suç şüpheleri yeterli, fail ve fiil belli ve dava şartları da gerçekleşmişse kamu davası açılabilmesi için ilgili savcı tarafından iddianame düzenlenerek mahkemenin kabulüne sunulacaktır.

İdari merci tarafından yapılan ön inceleme sırasında, incelemenin elden ele dolaşıp zamanlaşımına engel olmaması için kanun, ön inceleme konusundaki kararın 30 gün içinde, tamamlanamadığı durumlarda, bu durumun zorunlu olması şartı ile 15 günlük ek sürenin ilavesiyle oluşacak 45 gün içinde verilmesini ve itirazların üç ay içinde karara bağlanmasını aramıştır. "*Bununla birlikte kanunda, bu süreye uymamanın yaptırımına ayrıca yer verilmediğinden bu sürelerin düzenleyici olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır.*"<sup>19</sup>

Mezkûr kanuna göre memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında yapılacak ihbar ve şikâyetler özellik arz etmektedir. Yapılacak ihbar ve şikâyetler soyut ve genel nitelikte olmamalı, ihbar ve şikâyetlerde kişi ve olay belirtilmeli, iddialar ciddi bulgu ve belgelere dayanmalıdır. İhbar ve şikâyet dilekçelerinde dilekçe sahibinin doğru ad, soyadı ve imzası ile iş veya ikametgâh adresinin bulunması zorunludur. Bu şartları taşımayan ihbar ve şikâyetler Cumhuriyet başsavcıları ve izin vermeye yetkili merciler tarafından işleme konulmaz<sup>20</sup> ve durum ihbar ve şikâyet edene

<sup>18</sup> Soruşturma izni verilmesi hakkındaki karar, buna itiraz edilmemişse veya soruşturma izninin verilmesine ilişkin karara karşı yapılan itiraz kabul edilmişse kesinleşir. (4483 Sayılı Kanun madde 11)

<sup>19</sup> Bahri Öztürk, a.g.e., s. 781.

<sup>20</sup> Bu durumda Cumhuriyet Başsavcılığı işleme konmama kararı yazarak kayıtlarını kapatır ve söz konusu ihbara dair faaliyetini sonlandırabilir. CMK literatüründe yer almayan işleme konulmama kararı yalnızca 4483 sayılı Kanuna mahsus bir karar türü olup, bu niteliği gereğince CMK madde 173'e göre itirazı kabul kararlardan değildir. Cumhuriyet Başsavcılığı kararlarına karşı, idari yargı nezdinde itiraz ya da iptal davası söz konusu olmadığı gibi, 4483 sayılı Kanunun 9. maddesi kapsamında da itiraz

bildirilir. Ancak iddiaların sıhhati şüpheye mahal vermeyecek belgelerle ortaya konulmuş olması halinde ad, soyadı ve imza ile iş ve ikametgâh adresinin doğruluğu şartı aranmaz. Başsavcılar ve yetkili merciler ihbarcı veya şikâyetçinin kimlik bilgilerini gizli tutmak zorundadır.

Keza, 5232 Sayılı Kanunla 4483 Sayılı Kanunun beşinci maddesine eklenen fıkraya göre de; Cumhuriyet Başsavcılıkları ile izin vermeye yetkili merciler ihbar ve şikâyetler konusunda daha önce sonuçlandırılmış bir ön inceleme olması halinde müracaatı işleme koymazlar. Ancak ihbar ve şikâyet eden kişilerin konu ile ilgili olarak daha önceki ön inceleme neticesini etkileyecek yeni belge sunması halinde müracaatı işleme koyabilirler.

Bu açıklamalardan sonra önemli bir sorunun cevabını vermek gerekiyor. Bu sorunun temelinde, yetkili makam tarafından izin verildikten sonra Cumhuriyet Savcısının konumu yatmaktadır.

Gerekli izin verildikten sonra, Cumhuriyet Savcısı soruşturma faaliyetlerine girişeceğine göre, acaba yaptığı bu soruşturma sonucunda kovuşturmanın yer olmadığına dair karar (takipsizlik) verebilecek midir? CMK'ya baktığımızda buna engel bir kural olmadığını görüyoruz. Şu halde, Cumhuriyet Savcısı gerekli izni aldıktan sonra yapacağı soruşturma işlemleri sonucunda, örneğin; delil yetersizliğinden veya başka bir nedenden dolayı kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verebilecektir.

---

mümkün olmadığından, fiilen kesin karar mahiyetini taşımaktadır. Uygulamada, bu durumun neden olduğu sakıncaları giderebilmek için şikâyetçilere, aynı başvuruyu izin mercine iletmeleri, bu makamdan verilecek kararlara karşı idari yargı mercileri nezdinde itirazda bulunabilecekleri açıklaması yapılmaktadır.

Yasa hükmünde yazılı haller dışında, olayda suç unsuru bulunmadığı, dilekçedeki anlatımdan ya da alınan şikâyetçi ifadesinden açıkça anlaşılan hallerde de işleme konulmama kararı yazarak gereksiz zaman ve emek kaybının önüne geçilmesi mümkündür. Örneğin, kendisine haksız şekilde disiplin cezası verildiğini iddia ile şikâyetinde bulunan müşterinin iddiası, idari nitelikte bulunduğundan, isim, adres, imza ve somut bilgiler içerirse de işleme konulmama kararı verilerek sonlandırılabilir. (Ayhan Şan, *Özel Soruşturma Usulleri*, s. 4)

### c. Dava Süresi

Bazı kanunlarda düzenlenen suçların soruşturması sonucunda, savcının kamu davası açılması için mahkemeye sunacağı iddianameyi hazırlayabilmesinde bazı sürelerin geçirilmemesi gerekir. Bu süreler geçtiğinde savcı artık kamu davasının açılması için soruşturma işlemlerine girişemez. Bu da mezkûr sürelerin nitelik itibarıyla dava şartı olduklarını ortaya koymaktadır.

Basın Kanunu, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu vb. kanunlarda dava süresine ilişkin örnekler vardır.

### d. Talep

Kanun bazı suçların kovuşturulmasını, yetkili kişi ve makamların yetkili savcıdan istemelerine bağlamıştır. Bu dava şartına "talep" denir. Talep konusunda en güzel örnek; TCK'nın 12. maddesinin 1, 3 ve 4. fıkraları ile 13. maddenin 2 ve 3. fıkralarında belirtilen Adalet Bakanının istemidir. Bu açıklamalar sonucunda talebi, resmi kişi ve kurumlar tarafından yapılan şikâyet olarak tanımlayabiliriz.

Talep şikâyete benzese de, aralarında önemli farklar vardır. Nitekim şikâyet üzerine savcı kamu davasının açılması için iddianame düzenlemek zorunda değildir; oysa talep üzerine savcı, kamu davasının açılması için hazırlayacağı iddianameyi mahkemeye sunmak zorundadır. Şikâyetin süreye bağlanmasına karşılık, talep süreye bağlı değildir. Dava zamanaşımı dolmamış olması şartıyla her zaman talepte bulunulabilir. En son olarak da şikâyet geri alınabildiği halde, talep geri alınmaz.

### e. Müracaat [Başvuru]

"Müracaat, belli suçlarda devletin mahsus makamlarının, dava açmayı zorunlu kılmayacak şekilde yaptığı şikâyettir. Örneğin 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 49. ve 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu'nun 162 maddesinde olduğu gibi.

Müracaatın, şikâyetten farkı, süreye bağlı olmaması ve geri alınamamasıdır. Talepten farkı ise, müracaat üzerine savcının kamu davasının açılması için iddianame düzenlemek zorunda olmamasıdır.”<sup>21</sup>

### f. Kesin Hükümün Bulunmaması

Şüpheli hakkında iddianame düzenlenerek ve bu iddianamenin kabul edilmesiyle kamu davası açılmış, bu dava sonucunda sanık lehine veya aleyhine bir hüküm kurulmuş ve bu hükümde kesinleşmiş olabilir. İşte böyle durumlarda aynı fiil ve fail hakkında aynı türden bir dava açılmaz, açılırsa reddedilir.<sup>22</sup> (CMK, 223/7)

Ancak, yeni deliller ve yeni olaylar ortaya konulup da bunlar yalnız başına veya önceden sunulan delillerle birlikte göz önüne alındıklarında sanığın beraatını veya daha hafif bir cezayı içeren kanun hükmünün uygulanması ile mahkûm edilmesini gerektirecek nitelikte olursa, sanık lehine yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebilir. (CMK, 311/e)

Kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verildikten sonra yeni delil meydana çıkmadıkça, aynı fiilden dolayı kamu davası açılmaz.

“Yeni delil, uyuşmazlığı daha önce yargılamış olan hâkimin bilmediği, önceki muhakemede hiç ileri sürülmemiş veya ileri sürülmüş olup da üzerinde durulmamış olan delildir. İşte böyle bir delilin bulunması, yargı ile sona ermiş bir konuda yeniden dava açılmış olması için şarttır.”<sup>23</sup>

### g. Açık Dava Bulunmaması

Bir kişinin fiilinden dolayı açılmış kamu davası sürerken, aynı failin aynı fiilinden dolayı yeni bir dava açılmaz, açılırsa reddedilir. (CMK, madde 223/7)

<sup>21</sup> Nevzat Toroslu-Metin Feyzioğlu, a.g.e., s. 51, 52.

<sup>22</sup> CMK 223/7 “Aynı fiil nedeniyle, aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa davanın reddine karar verilir.”

<sup>23</sup> Bahri Öztürk, a.g.e., s. 89.

### h. Ön Ödemenin Yerine Getirilmemesi

Önödeme, kamu davası açılmadan ve/veya yargılama yapılmadan failin cezalandırılmasına imkân veren bir kurumdur. Türk hukuk sistemimizi incelediğimizde dört çeşit önödemenin bulunduğu söylenebilir:

- 1) Kamu davası açılmadan önce söz konusu olan önödeme. (TCK, 75) Bu önödeme çeşidi dava şartına en uygun olanıdır.
- 2) Özel kanun hükümleri gereğince işin doğrudan doğruya mahkemeye girmesi durumunda söz konusu olan önödeme.
- 3) Savcının fiilin önödeme kapsamında olduğunu göremeyerek veya görmeyerek kamu davasının açılması durumunda olan önödeme.
- 4) İddianamede gösterilen suçun vasfının duruşmada değişmiş, fiilin önödeme kapsamına girmiş olduğu durumda söz konusu olan önödeme.

İlk iki önödeme eski Türk Ceza Kanunu’nda düzenlenmiş olmasına karşın son ikisi, 11.04.1983 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Ceza Bölümü Genel Kurulu kararı ile ihdas edilmiş ve yeni TCK 75’e alınmıştır.<sup>24</sup>

<sup>24</sup> TCK 75 “(1) Uzlaşma kapsamındaki suçlar hariç olmak üzere, yalnız adli para cezasını gerektiren veya kanun maddesinde öngörülen hapis cezasının yukarı sınırı üç ayı aşmayan suçların faili;

- a) Adli para cezası maktu ise bu miktarı, değilse aşağı sınırını,
- b) Hapis cezasının aşağı sınırının karşılığı olarak her gün için yirmi Türk Lirası üzerinden bulunacak miktarı,
- c) Hapis cezası ile birlikte adli para cezası da öngörülmüş ise, hapis cezası için bu fıkranın (b) bendine göre belirlenecek miktar ile adli para cezasının aşağı sınırını,

1) Soruşturma giderleri ile birlikte, Cumhuriyet savcılığına yapılacak tebliğ üzerine on gün içinde ödendiği takdirde hakkında kamu davası açılmaz.

2) Özel kanun hükümleri gereğince işin doğrudan mahkemeye intikal etmesi halinde de fail, hâkim tarafından yapılacak bildirim üzerine birinci fıkra hükümlerine göre saptanacak miktardaki parayı yargılama giderleriyle birlikte ödendiğinde kamu davası düşer.

3) Cumhuriyet Savcılığınca madde kapsamına giren suç nedeniyle önödeme işlemi yapılmadan dava açılması veya dava konusu fiilin niteliğinin değiş-

## 1. Uzlaşmanın Olmaması

Yeni CMK ile hukukumuzda giren ve uzlaşma kapsamına giren suçlarda kamu davasının açılıp açılmamasını, tarafların uzlaşıp uzlaşmamasına bağlayan bir kovuşturma şartıdır.

Savcının, koşulları oluştuğunda uzlaşma usulünü uygulaması konusunda bir ihtiyarlılık yoktur, uzlaşma sürecini başlatması gerekir.<sup>25</sup>

mesi suretiyle madde kapsamına giren bir suçta dönüşmesi halinde de yukarıda ki fıkra uygulanır.

- 4) Suçla ilgili kanun maddesinde yukarı sınırı üç ay aşmayan hapis cezası veya adli para cezasından yalnız birinin uygulanabileceği hallerde ödenmesi gereken miktar, yukarıdaki fıkralara göre adli para cezası alınarak belirlenir.
- 5) Bu madde gereğince kamu davasının açılmaması veya ortadan kaldırılması, kişisel hakkın istenmesine, malin geri alınmasına ve müsadereye ilişkin hükümleri etkilemez.”

<sup>25</sup> CD 09 <> E: 2006/1102 <> K: 2006/2246 <> Tarih: 13.04.2006

### UZLAŞMA

Sanığın üzerine atılı suçun takibi şikâyete bağlı bulunduğu anlaşıldığından, 5237 sayılı Kanunun 73 ve 5271 sayılı Kanunun 253. maddeleri gereğince bu suçların uzlaşmaya tabi olup, Cumhuriyet Başsavcılığının uzlaşma işlemi yapma zorunluluğu vardır.

(5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu madde 173, 253) (5237 sayılı TCK, madde 73)

Taksirle yaralama suçundan şüpheli Abdullah hakkındaki soruşturma evresi sonucunda (Karacabey Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen 10.10.2005 tarihli ve 2005/1816-915 sayılı kovuşturmayla yer olmadığına dair karara yönelik itirazın kabulü ile, ilgili Cumhuriyet Savcısı tarafından öncelikle müştekinin kati raporunun alınması, müteakiben 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 73 ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 253 ve devamı maddelerinin değerlendirilmesi ve sonucuna göre yetkili ve görevli mahkemeye dava açılmak üzere, anılan kararın kaldırılmasına dair, mercii Yalova Ağır Ceza Mahkemesi Başkanınca verilen 25.11.2005 tarihli ve 2005/966-932 müteferrik sayılı kararının;

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 173/4. maddesi itirazın kabulü durumunda Cumhuriyet Savcısının iddianame düzenleyerek mahkemeye vereceğine işaret etmekte olup, karar için soruşturmanın genişletilmesi gerekli görülürse bu hususun sağlanması amacı ile sulh ceza hakiminin görevlendirilebileceğinin, anılan Kanun'un 173/3. maddesinde düzenlenmiş olması karşısında, soruşturma eksikliklerinin Cumhuriyet Başsavcılığınca tamamlanmasına yönelik olarak, yazılı biçimdeki gerekçeye dayalı kabul kararında isabet görülmediğinden bahisle 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 309. maddesi uyarınca bozulması lüzumu Yüksek Adalet Bakanlığının 19.01.2006 gün ve 1148 sayılı Kanun yararına bozma talebine dayanılarak Yargıtay Cumhuriyet Başsav-

06.12.2006 tarihli 5560 sayılı kanunun 45. maddesi ile kaldırılan TCK'nın 73/8. maddesi uzlaşmayı şu şekilde açıklıyordu. “Suçtan zarar gören gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi olup soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı bulunan suçlarda, failin suçu kabullenmesi ve doğmuş olan zararın tümünü veya büyük bir kısmını ödemesi veya gidermesi koşuluyla mağdur ile fail özgür iradeleri ile uzlaştıklarında ve bu husus Cumhuriyet savcısı veya hâkim tarafından saptandığında kamu davası açılmaz veya davanın düşürülmesine karar verilir.”

“Takibi şikâyete bağlı olan suçlar arasında, daha önce ırza tasaddi, ırza geçme olarak bildiğimiz cinsel saldırı suçu ile (TCK, madde 102/1) aile içinde ırza geçme (TCK, madde 102/2), reşit olmayanla cinsel ilişki (TCK, madde 104), cinsel taciz (TCK, madde 105) vardır. Bu gibi suçlarda savcının uzlaşma yapmak zorunda olması ahlak kurallarını zorlayabilirdi.”<sup>26</sup>

Cinsel suçlar konusundaki bu sıkıntı, uzlaşmanın uygulamada çok az işlemesi, sadece şikâyete tabi suçlarda söz konusu olması, savcının başka kişileri yetkili kılamaması gibi nedenler uzlaşma kurumunun yeniden düzenlenmesi zorunluluğunu ortaya çıkarmıştır. Nitekim 06.12.2006 tarihli 5560 Sayılı Kanunla uzlaşma, hem tabi olduğu suçlar bakımından, hem de usulî içerik ve esnekliği bakımından geliştirilmiştir ve CMK 253 tamamen değiştirilmiştir.

CMK 253'e yeni haline baktığımızda oldukça ayrıntılı düzenlemeler görüyoruz. Mez-

cılığının 13.03.2006 gün ve 2006/16886 sayılı tebliğnamesi ile daireye ihbar ve dava evrakı tevdiî kılınmakla dosya incelenerek gereği düşünüldü:

Sanığa atılı suçun takibi şikâyete bağlı olup, 5237 sayılı Yasanın 73 ve 5271 sayılı Yasanın 253. maddeleri uyarınca uzlaşmaya tabi bulunması ve Cumhuriyet Başsavcılığının uzlaşma işlemi yapma zorunluluğunun olması karşısında, itiraz üzerine inceleme yapan Yalova Ağır Ceza Mahkemesinin 25.11.2005 tarih ve 2005/966-932 sayılı kararında usul ve yasaya aykırılık görülmediğinden, kanun yararına bozma isteminin bu nedenle (REDDİNE), dosyanın mahalline gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına (TEVDİİNE), 13.04.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Kaynak: *Yargıtay Kararları Dergisi* Haziran 2006, s. 1007.

<sup>26</sup> Bahri Öztürk, a.g.e., s. 91.

kür maddenin yeni hali şu şekilde düzenlenmiştir:<sup>27</sup>

**CMK madde 253,**

1) *Aşağıdaki suçlarda, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören gerçek veya özel hukuk tüzel kişisinin uzlaştırılması girişiminde bulunulur:*

- a) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlar.
- b) Şikâyete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın, Türk Ceza Kanununda yer alan,

1. Kasten yaralama (üçüncü fıkra hariç, madde 86; madde 88)<sup>28</sup>

<sup>27</sup> CMK 253 (eski hali):

- 1) Cumhuriyet savcısı, yapılan soruşturmanın duruma göre, kanunun uzlaşma yapılabilmesi olanağını verdiği hallerde, faili bu Kanunun öngördüğü usullere göre davet ederek suçtan dolayı sorumluluğunu kabul edip etmediğini sorar.
- 2) Fail, suçu ve fiilinden doğmuş olan maddi ve manevi zararın tümünü veya bunun büyük bir kısmını ödemeyi veya zararları gidermeyi kabullendiğinde durum, mağdura veya varsa vekiline veya kanuni temsilcisine bildirilir.
- 3) Mağdur, verilmiş olan zararın tümüyle veya büyük bir kısmı itibarıyla giderildiğinde özgür iradesi ile uzlaşacağını bildirirse, soruşturma sürdürülmez.
- 4) Cumhuriyet savcısı, fail ile mağdur arasında uzlaşma işlemlerini idare etmek, tarafları bir araya getirerek bir sonuca ulaşmalarını üzere, fail ve mağdurun bir avukat üzerinde anlaşamadıkları takdirde, bir veya birden fazla avukatın uzlaştırıcı olarak görevlendirilmesini barodan ister.
- 5) Uzlaştırıcı, başvurunun yapıldığı tarihten itibaren en geç otuz gün içinde uzlaşmayı sonuçlandırır. Cumhuriyet savcısı bir defaya mahsus olmak üzere bu süreyi otuz gün daha uzatabilir. Uzlaştırma süresince zamanaşımı durur.
- 6) Uzlaşma müzakereleri gizli olarak yürütülür. Uzlaştırma sırasında ileri sürülen bilgi, belge ve açıklamalar taraflarca izin verilmedikçe daha sonra açıklanamaz. Uzlaştırmanın başarısız olması nedeniyle daha sonra dava açılması halinde uzlaştırma sırasında failin bazı olayları veya suçu ikrar etmiş olması davada aleyhine delil olarak kullanılamaz.
- 7) Uzlaştırıcı, yaptığı işlemleri veya uzlaşmayı sağlayıcı müdahalelerini belirten bir raporu on gün içinde ilgili Cumhuriyet başsavcisine sunar.
- 8) Zarar, uzlaşmaya uygun olarak giderildiğinde ve uzlaştırma işleminin giderleri, fail tarafından ödendiğinde, kovuşturmaya yer olmadığına karar verilir.

<sup>28</sup> TCK madde 86 (Kasten Yaralama):

- 1) Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına ne-

2. Taksirle yaralama (madde 89)<sup>29</sup>

den olan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

- 2) Kasten yaralama fiilinin basit bir tıbbi müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif olması halinde, mağdurun şikâyet i üzerine, dört aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.
- 3) Kasten yaralama suçunun;
  - a) Üstsoya, altsoya, eşe ve kardeşe karşı,
  - b) Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı,
  - c) Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle,
  - d) Kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,
  - e) Silahla,

işlenmesi halinde, şikâyet aranmaksızın verilecek ceza yarı oranında artırılır.

TCK madde 88 (Kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi):

- 1) Kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte ikisine kadar indirilebilir. Bu hükmün uygulanmasında kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesine ilişkin koşullar göz önünde bulundurulur.

<sup>29</sup> TCK madde 89 (Taksirle Yaralama):

- 1) Taksirle başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.
- 2) Taksirle yaralama fiili, mağdurun;
  - a) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına,
  - b) Vücudunda kemik kırılmasına,
  - c) Konuşmasında sürekli zorluğa,
  - d) Yüzünde sabit ize,
  - e) Yaşamını tehlikeye sokan bir duruma,
  - f) Gebe bir kadının çocuğunun vaktinden önce doğmasına,

Neden olmuşsa, birinci fıkraya göre belirlenen ceza, yarısı oranında artırılır.
- 3) Taksirle yaralama fiili, mağdurun;
  - a) İyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesine,
  - b) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesine,
  - c) Konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına,
  - d) Yüzünün sürekli değişikliğine,
  - e) Gebe bir kadının çocuğunun düşmesine,

Neden olmuşsa, birinci fıkraya göre belirlenen ceza, bir kat artırılır.
- 4) Fiilin birden fazla kişinin yaralanmasına neden olması halinde, altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

3. Konut dokunulmazlığının ihlali (madde 116)<sup>30</sup>
4. Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması (madde 234)<sup>31</sup>
5. Ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması (dördüncü fıkrası hariç, madde 239),<sup>32</sup> suçları.

5) (06.12.2006 tarih 5560 Sayılı kanunla değişik) Taksirle yaralama suçunun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlıdır. Ancak, birinci fıkra kapsamına giren yaralama hariç, suçun bilinçli taksirle işlenmesi halinde şikâyet aranmaz. (Eski hali: Bilinçli taksir hali hariç olmak üzere, bu maddenin kapsamına giren suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlıdır.)

<sup>30</sup> TCK madde 116 (Konut Dokunulmazlığının İhlali):

- 1) Bir kimsenin konutuna, konutunun eklentilerine rızasına aykırı olarak giren veya rıza ile girdikten sonra buradan çıkmayan kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
- 2) Birinci fıkra kapsamına giren fiillerin, açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi mutat olan yerler dışında kalan işyerleri ve eklentileri hakkında işlenmesi halinde, mağdurun şikâyeti üzerine altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükümlenir.
- 3) Evlilik birliğinde aile bireylerinden ya da konutun veya işyerinin birden fazla kişi tarafından ortak kullanılması durumunda bu kişilerden birinin rızası varsa, yukarıdaki fıkralar hükümleri uygulanmaz. Ancak bunun için rıza açıklamasının meşru bir amaca yönelik olması gerekir.
- 4) Fiilin, cebir veya tehdit kullanılmak suretiyle ya da gece vakti işlenmesi halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükümlenir.”

<sup>31</sup> TCK madde 234 (Çocuğun Kaçırılması ve Alıkonulması):

- 1) Velayet yetkisi elinden alınmış olan ana veya babanın ya da üçüncü derece dâhil kan hısımının, onaltı yaşını bitirmemiş bir çocuğu veli, vasi veya bakım ve gözetimi altında bulunan kimsenin yanından cebir veya tehdit kullanmaksızın kaçırmaya veya alıkoymasına halinde, üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükümlenir.
- 2) Fiil cebir veya tehdit kullanılarak işlenmiş ya da çocuk henüz oniki yaşını bitirmemiş ise ceza bir katı oranında artırılır.

<sup>32</sup> TCK madde 239:

- 1) Sıfat veya görevi, meslek veya sanatı gereği vakif olduğu ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeleri yetkisiz kişilere veren veya ifşa eden kişi, şikâyet üzerine, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu bilgi veya belgelerin, hukuka aykırı yolla elde eden kişiler tarafından

2) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olanlar hariç olmak üzere; diğer kanunlarda yer alan suçlarla ilgili olarak uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, kanunda açık hüküm bulunması gerekir.

Bu düzenleme hakkında yorum yaparken şikâyet hakkında yaptığımız yorumlardan yararlanabiliriz. Çünkü şikâyete tabi bir suç kanun koyucu ihdas ederken, devletin bu suçtan göreceği zararı ve mağdurun uğrayacağı zararları belirleyip adalet terazisine koyması gerekir. Hangisi ağır çekerse buna göre o fiilin şikâyete tabi olup olmadığı belirlenir. Şikâyete tabi suç istisnai olduğu için kanun koyucu hangi suçların şikâyete tabi olacağını açıkça belirtmesi gerekir. Uzlaşma içinde bu söylediklerimiz geçerlidir. Zaten uzlaşmaya tabi suçların başta sadece şikâyete bağlı suçlarda söz konusu olmasının nedeni de bu olması gerekir.

“Düzenleme öncesi, TCK 73/8’de şikâyete bağlı suçların uzlaşma kapsamında olduğu belirtilmişti. 5560 Sayılı Yasa yürürlüğe girmeden önce, özel ceza kanunlarında düzenlenen şikâyete tabi suçların da uzlaşma kapsamında olup olmadığı tartışılmaktaydı. Örneğin Çek Kanunu ve İcra İflas Kanununda düzenlenen suçlar gibi. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 2005/10-84 E. 2005/90 K. sayılı ilamı ile Çek Kanunundan kaynaklı şikâyete bağlı suçlarda uzlaşmanın uygulanmayacağına karar verilmişti. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun bu kararı dikkate alınarak fıkroda özel düzenleme yapılmıştır.”<sup>33</sup>

İcra suçlarının şikâyet usulü ve dava açma şekli ise Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 2007/17.HD-16 E., 2007/28 K. sayılı kararıyla çözümlenmiştir. Bu karara göre:

yetkisiz kişilere verilmesi veya ifşa edilmesi halinde de bu fıkraya göre cezaya hükümlenir.

- 2) Birinci fıkra hükümleri, fenni keşif ve buluşları veya sinai uygulamaya ilişkin bilgiler hakkında da uygulanır.
- 3) Bu sırlar, Türkiye’de oturmayan bir yabancıya veya onun memurlarına açıklandığı takdirde, faille verilecek ceza üçte biri oranında artırılır. Bu halde şikâyet koşulu aranmaz.
- 4) Cebir veya tehdit kullanarak bir kimseyi bu madde kapsamına giren bilgi ve belgeleri açıklamaya mecbur kılan kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

<sup>33</sup> Atilla Özen, *Yeni Düzenlemeler Işığında Uzlaşma*, s. 23.



1. İcra İflas Yasasında yer alan şikâyete tabii kılınan suçlar dolayısıyla ve bu kapsamda anılan Yasanın 331. maddesinde düzenlenmiş bulunup da, kovuşturmasının şikâyete tabii olduğu yönünde kuşku bulunmayan alacaklısını zarara sokmak kastıyla mevcudunu eksiltmek suçundan, yapılan şikâyet İY'nin 347. maddede belirtilen süreler içinde, aynı Yasanın 348 ve 349. maddeleri uyarınca yetkili İcra Mahkemesine yapılmalıdır.
2. Bu suçlarla ilgili dava açma yöntemi, İY'nin 349. maddesinde açıkça belirtilmiş olduğundan, şikâyet Yasanın 346. maddesi uyarınca yetkili kılınan İcra Ceza Mahkemesine yapılmalı ve bu suçlarla ilgili soruşturmalarda 5271 sayılı Yasa hükümleri değil, İY hükümleri uygulanmalıdır.
3. Şikâyete tabii olduğu belirtilen bu suçlarla ilgili olarak, şikâyetin doğrudan İcra Ceza Mahkemesine yapılması gerektiğinden, 5271 sayılı Yasanın 170. maddesi uyarınca iddianame düzenlenmesine gerek bulunmadığı gibi, anılan Yasanın 170. ve devamı madde hükümlerinin de bu suçlar yönünden uygulanmasına olanak bulunmamaktadır.
4. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca ileri sürülen ve bu suça ait soruşturmanın Cumhuriyet Savcılığınca yapılması gerektiğine ilişkin olan görüşe yasal dayanak olarak gösterilen, 5320 sayılı Yasanın 9. maddesi hükmü, 1412 sayılı Yasanın 344 vd. maddelerinde düzenlenen şahsi dava türleriyle ilgili olup, bu hükmün İY'de yer alan suçlarda uygulama alanı bulunmamaktadır.

Anılan yasal düzenlemeler ve açıklamalar birlikte değerlendirildiğinde ve özellikle İY'nin 5358 sayılı Yasa ile değişik 346 ve 349. maddeleri hükümleri göz önüne alındığında, anılan suç türleriyle ilgili soruşturmanın Cumhuriyet Başsavcılığınca yapılmasına yasal olanak bulunmadığından, suçların ağırlığı ve adalet düşüncesiyle de olsa, yasa koyucu tarafından öngörülmemiş bir yöntemin uygulanması veya verilmeyen bir yetkinin kullanılmasının hukuk devleti

ilkesiyle bağdaşmayacağı sonucuna ulaşılacakla, yasal bir düzenleme konusu yapılabilecek bu hususta, Özel Dairece verilen kararda bir isabetsizlik bulunmadığından, yerinde görülmeyen Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir.”

- 3) *Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olsa bile, etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlar ile cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda, uzlaştırma yoluna gidilemez.*

Bu düzenleme son derece yerinde olmuştur. Çünkü uzlaşma kurumuyla amaçlanan; bir tarafın, diğerinin zararının tamamını veya büyük bir kısmını karşılaması ve karşı tarafın da bunu kabul etmesiyle ihtilafın halledilmesidir. Uzlaşma ile ne zaman biteceği belli olmayan ceza davası ve buna paralel açılacak hukuk davasının açılmasını engellemek, insanların bu dava boyunca birbirlerine hasım olmasının ve bu süreç sonunda en azından bir tarafın mutsuz olmasının önüne geçilmek istenmiştir.

Şimdi böyle bir düzenleme ihdas ettikten sonra, bu düzenlemenin şikâyete bağlı vb. suçları kapsadığının söyleyip, aynı zamanda cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçların da şikâyete tabii kılınması bir çelişki olacaktır. Bu düzenleme oluşturulduktan sonra savcıya takdir verilmesi veya cinsel suçların uzlaşma kapsamından çıkarılması gereklidir. Çünkü bu, kişilerin ahlak sınırlarını zorlayan, uzlaşma tabirine eğreti duran bir husustur. Bir kişi düşünün ki cinsel dokunulmazlığa bağlı bir suça maruz kalsın ve toplumun kendisi hakkında oluşacak olumsuz düşüncelere göğüs gerip, bu yüz kızartıcı suçları işleyen kişileri şikâyet etsin. Savcının ise kamu davasını açmadan önce böyle bir suçun uzlaşma kapsamında olduğundan bahisle tarafları uzlaşmaya çağırması, hem de bunun zorunluluk arz etmesi ve bu kurala uyulmadan verilen kararların Yargıtay'dan geri dönmesi adalet olan güveni sarsacaktı. Verilen zararın tamamının nasıl giderileceği de bu hususun trajikomik yanıydı. Zararın neresinden dönülse kârdır denilerek bu yanlışlığın düzeltilmesi sevindirici bir gelişmedir.

Fıkranın devamında yer alan etkin pişmanlık hükümlerinin yer verildiği suçlarda savcıya

kamu davasını açmakta takdir yetkisi tanınması, bu suçların uzlaşma kapsamından çıkarılması gereğinin birinci sebebiydi.

4) *Soruşturma konusu suçun uzlaşmaya tabi olması halinde, Cumhuriyet savcısı veya talimatı üzerine adli kolluk görevlisi, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görene uzlaşma teklifinde bulunur. Şüphelinin, mağdurun veya suçtan zarar görenin reşit olmaması halinde, uzlaşma teklifi kanuni temsilcilerine yapılır. Cumhuriyet savcısı uzlaşma teklifini açıklamalı tebligat veya istinabe yoluyla da yapılabilir. Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar gören, kendisine uzlaşma teklifinde bulunulduktan itibaren üç gün içinde kararını bildirmedeği takdirde, teklifi reddetmiş sayılır.*<sup>34</sup>

Bu fıkradaki düzenleme ile uzlaşma usulü biraz daha berraklaştırılmıştır. Savcının tek başına hareket etmesi gibi bir zorunluluk ortaya koyan eski ifadenin yerine talimatla yetkili adli kolluk görevlilerinin de savcıya yardım etmesi hem bu kurumun işleyişini hızlandıracak, hem de savcının yükünü hafifletecektir. Uzlaşma usulünün hızlanmasını sağlayacak başka bir ifade, suçtan zarar görene tanınmış olan üç günlük süredir. Böyle bir ifadenin olmaması mağdurun açık iradesinin aranması ihtiyacını doğuruyordu. Bu düzenlemeyle birlikte, yeni dönemde; süreç ve sonuç açısından fakir olan uzlaşma usulündeki beklentileri artıracak ve süreç hızlanacaktır.

5) *Uzlaşma teklifinde bulunulması halinde, kişiye uzlaşmanın mahiyeti ve uzlaşmayı kabul veya reddetmesinin hukuki sonuçları anlatılır.*

6) *Resmi mercilere beyan edilmiş olup da soruşturma dosyasında yer alan adreste bulunmama veya yurt dışında olma ya da başka bir nedenle mağdura, suçtan zarar görene, şüpheliye veya bunların kanuni*

*temsilcisine ulaşılamaması halinde, uzlaştırma yoluna gidilmeksizin soruşturma sonuçlandırılır.*

Tebliğ olmadan hiçbir usulî işlemin geçerli olmaması bu hususta da önemini göstermektedir. Soruşturma aşamasını bir an önce tamamlamak isteyen savcıya illa mağdura böyle bir teklifin götürülmesi gereği uygulamada aksaklık çıkartacak niteliktedir. Bu nedenle yukarıda şartlar dâhilinde, ilgili kişilere ulaşılamaması bir sorun olmaktan çıkarılmıştır. Ceza yargılamasının amacının gerçekleşmesi için şart olan çabukluk, gecikemezlik bu fıkranın ihdas edilmesini zorunlu kılmıştır.

7) *Birden fazla kişinin mağduriyetine veya zarar görmesine sebebiyet veren bir suçtan dolayı uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, mağdur veya suçtan zarar görenlerin hepsinin uzlaşmayı kabul etmesi gerekir.*

8) *Uzlaşma teklifinde bulunulması veya teklifin kabul edilmesi, soruşturma konusu suça ilişkin delillerin toplanmasına ve koruma tedbirlerinin uygulanmasına engel değildir.*

Bir önceki düzenlemede uzlaşma sağlanırsa "soruşturma sürdürülmez" deniyordu. Bu madde amaca uygun yorumlandığında yukarıdaki yetkiyi sağlayacak nitelikte olabilirdi. Çünkü uzlaşma usulü devam ederken soruşturmanın durdurulup uzlaşma meselesi ayrı olarak halledilmemekte, soruşturma devam etmesine rağmen bu soruşturma engeli aşmaya çalışılıyordu. Bu nedenle savcı delilleri toplayabilirdi, ancak koruma tedbirlerinin her çeşidi açısından ise bu yorum zorlama olarak görülebilir. Yeni düzenleme ile delil toplama bakımından savcının yetkisinin açıklığa kavuşması, ayrıca koruma tedbirlerinde de yetkili kılarak savcının bu engele rağmen soruşturma sınırını belirtmesi yerinde olmuştur.

Bu fıkrayı incelediğimizde aklımıza şu soru takılmaktadır. Acaba savcı soruşturma evresinde dahi bütün delilleri toplayabilme ve koruma tedbirlerine başvurabilme hakkına sahip olduğu için, bu işlemlerden sonra şüphelinin suçsuzluğu konusunda kesin delillerle ulaşılmışsa veya bu kanaate ulaşılmışsa kovuşturmaya yer olmadığına dair karar mı verecek, yoksa uzlaşma usulünü yinede gerçekleştirecek midir? Sonuçta uzlaşma usulü ka-

<sup>34</sup> TC Yargıtay 2. Ceza Dairesinin 2005/8283 E. 2005/19965 K. Sayılı 29.09.2005 tarihli kararı: "5277 sayılı Yasa'nın 253. maddesine göre Cumhuriyet Savcısı atılı suçun şikâyete bağlı olduğunun belirlenmesi halinde önce faile uzlaşmayı kabul edip etmediğini sorması, sonra bu durumu mağdura bildirip uzlaştıncı görevlendirmesi, uzlaşma sağlanamazsa dava açması gerekir. Sadece mağdurun uzlaşmayı kabul etmeme beyanı yeterli değildir. (Kaynak: YKD Mart 2006, s. 489)

mu davasının açılması için aşılması gerekli bir engel olduğu için elde edilen deliller kesin bir kanaat sağlıyorsa uzlaşma usulü uygulanmaması ve kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın verilmesi gerekir. Ancak savcının önüne gelen şikâyet veya ihbar dilekçesi üzerine savcı hemen uzlaşma usulünü başlatması gerekeceği için, bu iddia sadece uzlaşma usulünün devamında söz konusu olabilirse de savcı uzlaşma usulünü uygulamadan önce suç ile ilgili nitelemesini yapacak ve eğer uzlaşma usulünün başladığı anda tavsif ettiği ve şikâyete tabi bir suç olduğunda kişi alınan ifadesinde şikâyetçi olmadığını belirtmişse, uzlaştırma yönetmeliğinde yer alan uzlaştırma teklif formu ile uzlaştırma işlemlerine girişmeden şikâyet yokluğundan kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verebilecektir.

9) *Şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görenin uzlaşma teklifini kabul etmesi halinde, Cumhuriyet savcısı uzlaştırmayı kendisi gerçekleştireceği gibi, uzlaştırmacı olarak avukat görevlendirilmesini barodan isteyebilir veya hukuk öğrenimi görmüş olan kişiler arasından uzlaştırmacı görevlendirebilir.*

Uzlaşma sürecinde daha önceden sadece tarafların veya Cumhuriyet savcısının barodan isteyeceği bir avukat uzlaşmacı olabilirken, olaya en iyi vakıf olan savcının da yetkili olması yerinde olmuştur. Ayrıca savcıya uzlaştırmacı konusunda hukuk eğitimi almış her kişiden seçenek sunulması uzlaşma sürecini daha esnek ve kolay kılabilir. Ancak, "uzlaştırmacı sıfatının yanı sıra hukuk eğitimi görmüş kimselere verilmesi de doğru bir düzenleme değildir. Örneğin; avukatlık veya hâkim-savcılık mesleğinden ihraç edilen kişilere adli sistem içerisinde bir rol verilmektedir. Uzlaştırmacının bu konudaki tekniğe en yakın meslek olan ve birikimi itibarıyla uzlaştırmayı sağlayabilecek avukatlarda kalması sistemin işlevi açısından önemlidir."<sup>35</sup>

10) *Bu kanunda belirlenen hâkimin davaya bakamayacağı haller ile reddi sebepleri, uzlaştırmacı görevlendirilmesi ile ilgili olarak göz önünde bulundurulur.*

Hâkimin reddi sebepleri ile davaya bakamayacağı halleri incelediğimizde<sup>36</sup> bu hususun da açıkça belirtilmesi yerinde olmuştur. Ayrıca taraflardan birinin vekili olarak hukuki yardımda bulunan avukatı da buraya eklemek lazımdır. Uzlaştırmacının şahsında tam bir tarafsızlık, bağımsızlık olmalı ki, onun yönetimiyle sonuçlanan ihtilaf, açılacak kamu davasının güvenilirliğinin yerini tutsun.

11) *Görevlendirilen uzlaştırmacıya soruşturma dosyasında yer alan ve Cumhuriyet savcısının uygun görülen belgelerin birer örneği verilir. Cumhuriyet savcısı uzlaştırmacıya, soruşturmanın gizliliği ilkesine uygun davranmakla yükümlü olduğunu hatırlatır.*

Bu madde ile uzlaştırmacı olan avukat ve diğer görevlilere büyük bir yük yüklenmiştir. Söz konusu kişi avukat olduğunda bu sorumluluk daha da artmaktadır. Çünkü kanun uyarınca açıkça kamu görevlisi sayılan avukat, bu sorumluluğu taşıyamadığında hem cezai bakımdan, hem de avukatın Avukatlık Kanunu 36. maddesi gereği kendilerine tevdi edilen veya avukatlık görevi gereği öğrendikleri hususları açığa vurmaları yasak olması nedeniyle disiplin sorumluluğu söz konusu olur.

12) *Uzlaştırmacı, dosya içindeki belgelerin birer örneği kendisine verildikten itibaren en geç otuz gün içinde uzlaştırma işlemlerini sonuçlandırır. Cumhuriyet savcısı bu süreyi en çok yirmi gün daha uzatabilir.*

Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nun amacı olan ve iddianamenin iadesi kurumu ile tevsik ve teyit edilen "yargılamada çabukluk" olgusunu uzlaşmada da aramak gerekirdi. Bu nedenle bu düzenleme, kanunun amacıyla bütünlük arz etmektedir. Ayrıca uzlaştırmacılar olan avukat dışı kişilerin kim olduğunun bilirkişiler gibi açıkça belirtilmesi ve uzlaştırma görevinin yasal bir sebep olmadan yerine getirmeyenler hakkında CMK madde 60 uyarınca disiplin hapsi aranması uzlaştırma usulünü daha ciddi kıları.

13) *Uzlaştırma müzakereleri gizli olarak yürütülür. Uzlaştırma müzakerelerine şüpheli, mağdur, suçtan zarar gören, kanuni temsilci, müdafî ve vekil katılabilir. Şüpheli,*

<sup>35</sup> *İstanbul Barosu Dergisi*, Ceza Hukuku, Özel Sayı, Ocak 2007, s. 3.

<sup>36</sup> CMK, madde 22, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31.

*mağdur veya suçtan zarar görenin kendisi veya kanuni temsilcisi ya da vekilinin müzakerelere katılmaktan imtina etmesi halinde, uzlaşmayı kabul etmemiş sayılır.*

Uzlaşma usulünde aranan ciddilik ve çabukluğu bu madde ile de görüyoruz. Ancak; hemen bir soru aklımıza takılmaktadır. Bu soru da bu görüşmelere asil olarak katılacak kişilerin herhangi bir makul sebep göstermesi veya müzakerelere katılmaması durumunda ne olacak? Altıncı fıkraya göre uzlaşmayı tamamen sonlandırmak, uzlaşmayı kabul etmiş kişilerin iradesini görmezlikten gelmek olur. Pişmiş aşa su katılmaması için de bu durumlarda, eğer soruşturma sonuçlanmamışsa bazı istisnaların kabul edilmesi gerekir. Nitekim on altıncı fıkra bu açığı kapatacak vasıftadır.

*14) Uzlaştırmacı, müzakereler sırasında izlenmesi gereken yöntemle ilgili olarak Cumhuriyet savcısıyla görüşebilir; Cumhuriyet savcısı, uzlaştırmacıya talimat verebilir.*

*15) Uzlaşma müzakereleri sonunda uzlaştırmacı, bir rapor hazırlayarak kendisine verilen belge örnekleriyle birlikte Cumhuriyet savcısına verir. Uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde, tarafların imzalarını da içeren raporda, ne surette uzlaşıldığı ayrıntılı olarak açıklanır.*

Uzlaşıldıktan sonra taraflar bu uzlaşma raporuna uymak zorundadırlar. Acaba uzlaşma sonucunda taraflar bu tutanağa itiraz edebilirler mi, uzlaşma tutanağının ispat açısından kuvveti ne olacaktır, duruşma tutanakları bakımından sahteliği sabit oluncaya kadar geçerlidir hükmünü bu tutanaklar içinde arayacak mıyız? Bu soruların cevabını 19. fıkra vermektedir. Gerçekten bu fıkraya göre uzlaşma raporları İİK 38. maddede ki ilam niteliğindeki belgelerden biri haline gelmiştir.

*16) Uzlaşma teklifinin reddedilmesine rağmen, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören uzlaştıklarını gösteren belge ile en geç iddianamenin düzenlendiği tarihe kadar Cumhuriyet savcısına başvurarak uzlaştıklarını beyan edebilirler.*

Kişilere uzlaşma konusunda ulaşılamaması, tarafların uzlaşma süreci konusundaki kararsızlıkları, uzlaşma görüşmelerine makul bir sebeple katılımın gerçekleşmemesi gibi se-

bepler uzlaşma sürecini tıkayıp, savcının soruşturma sürecine devam etmesine neden olur. Ancak taraflar bu sebeplerden sonra veya uzlaşma işlemi için kendi özel avukatlarına karşı masraftan kaçmak amacıyla harici olarak uzlaşabilirler. Değer verilmesi gereken tarafların uzlaşması olduğu için, ihtilafı hukuk çerçevesinde sona erdiren anlaşmalara itibar edilmesi gerekir. Bu nedenle bu maddenin düzenlenmesi yerinde olmuştur. Ancak bu istisnanın iddianamenin düzenlendiği ana kadar saklı tutulması eleştiriye açıktır. Çünkü yeni sisteme göre kamu davası iddianamenin mahkeme tarafından kabul edilmesiyle açılır. İddianame düzenlendikten sonra, mahkemenin CMK 174/1 uyarınca azami on beş günlük bir süreye kadar iddianameyi inceler, gerektiğinde iade eder. Bu nedenle uzlaşma sürecine bu zamana kadar şans tanınması gerekirdi.

*17) Cumhuriyet savcısı, uzlaşmanın, tarafların özgür iradelerine dayandığını ve edimin hukuka uygun olduğunu belirlerse raporu veya belgeyi mühür ve imza altına alarak soruşturma dosyasında muhafaza eder.*

Cumhuriyet savcısının tarafların özgür iradeleri ile uzlaştıklarına karar vermesi yazılı hale getirmesi ve tarafların imzasıyla birlikte kendi imzası altında toplaması, sonradan tarafların ileri sürecekleri itirazları bertaraf edecektir. Böylece tarafların ve devletin iradesiyle hallolan ihtilaf tam manasıyla tevsik olmuş olacak ve İİK 38. maddedeki ilam hükmündeki belge vasfını kazanacaktır.

*fıkrasındaki şart aranmaksızın<sup>37</sup>*

*18) Uzlaştırmamanın sonuçsuz kalması halinde tekrar uzlaştırma yoluna gidilmez.*

*19) Uzlaşma sonucunda şüphelinin edimini def'aten yerine getirmesi halinde, hakkında kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, taksitli bağlanması veya süreklilik arz etmesi halinde; 171. maddedeki şartlar aranmaksızın, şüpheli hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilir. Erteleme süresin-*

<sup>37</sup> CMK, madde 171/4: "Erteleme süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmediği takdirde, kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilir. Erteleme süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmesi halinde kamu davası açılır. Erteleme süresince zamanaşımı işlemez."

ce zamanaşımı işlemez. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararından sonra, uzlaşmanın yerine getirilmemesi halinde, 171. maddenin dördüncü kamu davası açılır. Uzlaşmanın sağlanması halinde, soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılmaz; açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılır. Şüphelinin, edimini yerine getirmemesi halinde uzlaşma raporu veya belgesi, 09.06.1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 38'inci maddesinde yazılı ilam mahiyetini haiz belgelerden sayılır.

İİK 38. maddesindeki belgelerin hükmü, bunlara dayalı takiplere karşı bir itirazın söz konusu olamaması ve bir haftalık süre içerisinde borcun ödenmesinin gerekmesidir. Uzlaşma tutanağını bu belgelerden saymakla yeni bir ilam mahiyetindeki belge hukukumuzda girmiştir. Tutanağın bu belgelerden sayılması çok mantıklıdır. Peki,

- bu belgeye dayalı takiplerde alacaklı taraf, borçlu tarafa karşı gerçeğe aykırı mal beyanında bulunmak, taahhüdü ihlal veya alacaklılardan mal kaçırmaktan dolayı şikâyet edebilir mi veya
- borçlu borcunu “çek” ile ödeyeceğini taahhüt etse, çek karşılıksız çıkarsa, borçlu hakkında karşılıksız çek keşide etmek suçundan dolayı kamu davası açılrsa, bu durum uzlaşmayı nasıl etkileyecek?

Kanunun lafzına bakarsak bunların hepsini yapabilir. Çünkü yukarıdaki fıkrada “Şüphelinin edimini yerine getirmemesi halinde uzlaşma raporu ve belgesi... ilam mahiyetine haiz belgelerden sayılır.” ifadesi vardır. Kısaca, uzlaşma raporundaki edimini yerine getirmediğinde şüpheli aleyhine icra takibine girişebiliriz. Uzlaşma raporundaki yükümlülük yerine getirilmediği için de şüpheli aleyhine kamu davası açılır. Hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilen kişi hakkında kamu davası açılması için, erteleme süresi içerisinde kasıtlı bir suç işlemesi gerekirken, uzlaşma raporundaki yükümünü yerine getirmeyen kişi için bu şart kaldırılmıştır.

20) Uzlaşma müzakereleri sırasında yapılan açıklamalar, herhangi bir soruşturma ve kovuşturmada ya da davada delil olarak kullanılmayacaktır.

TCK 73/8 ve CMK eski 253/6. maddeyi incelediğimizde, en dikkati çeken ve tartışmaya açık maddesinin bu olduğunu görüyoruz. Sonuçta uzlaşıldığında veya uzlaşma teklif edildiğinde şüphelinin suçunu itiraf etmesi gibi bir durum ortaya çıkmaktaydı. TCK madde 73/8'in yürürlükten kaldırılması ve 253. maddenin yeniden düzenlenmesi ile suç kabullenme durumu ortadan kalkmıştır. Uzlaşma süresince yapılan açıklamalar herhangi bir soruşturma ve kovuşturmada ya da davada delil olarak kullanılmayacaksa da bu süreçte edinilen bilgiler muvacehesinde suçluya ulaşılacak başka yollar da belirmiş olur. Bir nevi kılıfına uydurma diyebileceğimiz bu durum bir hukukçuyu dahi endişe içine sokabilecekken vatandaş evleviyetle sokacaktır. Bu nedenle zaten şu ana kadar uzlaşma çok az işleyebilmiştir. Bu sorunun tek çaresi, kanaatimce uzlaşmanın hangi aşamasına gelirse gelinsin tüm belgelerin bir tutanakla mühürlü biçimde muhafaza edilmesi, uzlaşma sürecinin herhangi bir yerde tıkanması durumunda bu belgelerin imha edilerek, soruşturmanın bir başka savcı eliyle yürütülmesidir.

21) Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar görenden birine ilk uzlaşma teklifinde bulunulduğu tarihten itibaren, uzlaştırmaya girişiminin sonuçsuz kaldığı ve en geç, uzlaştırmacının raporunu düzenleyerek Cumhuriyet savcısına verdiği tarihe kadar dava zamanaşımı ile kovuşturma koşulu olan dava süresi işlemez.

22) Uzlaştırmacıya Cumhuriyet savcısı tarafından çalışma ve masraflarıyla orantılı olarak bir ücret takdir edilerek ödenir. Uzlaştırmacı ücreti ve diğer uzlaştırmaya giderleri, yargılama giderlerinden sayılır. Uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde bu giderler devlet hazinesi tarafından karşılanır.

Bu fıkrada ise şu soru aklımıza takılmaktadır: Uzlaştırmacıya Cumhuriyet savcısı tarafından bir ücret takdir edilerek ödenmesi gerekiyorsa, uzlaştırmacının savcı olduğu durumlarda, savcı ücret alabilir mi? Alabilirse miktarını kendisi takdir edebilir mi? Bu hususta bir boşluğun olduğu kuşkusuzdur. Ancak kamu ajanı olan savcının bir kamu faaliyetinde ücret talep etmesinin mümkün olmadığı söy-

lenebilirse de, ölü muayene, otopsi ve keşif işlemlerinde görevli kişilere savcı tarafından ücret takdir edilmesi, bu ücreti alan kişiler arasında savcının da olması nedeniyle uzlaşma hükümlerinde savcı kendi lehine ücret takdir edebilir.

23) *Uzlaşma sonucunda verilecek kararlarla ilgili olarak bu kanunda öngörülen kanun yollarına başvurulabilir.*

24) *Uzlaştırmının uygulanmasına ilişkin hususlar, yönetmelikle düzenlenir.*

Cumhuriyet savcısının yapacağı soruşturmaya konu olan suç uzlaşma kapsamında ise yukarıdaki gibi hareket edilir. Savcı yürüttüğü soruşturma sonucunda bilerek veya bilmeyerek söz konusu suçu uzlaşma kapsamında görmezse durum ne olacaktır? Bu durumda mahkeme kendisine verilen yasal süre içerisinde incelediği iddianameyi bu nedenle iade edebilir. Mahkemenin de gözünden kaçarak iddianame kabul edilmiş ve kamu davası açılmışsa durum ne olacaktır? İşte bu sorunun cevabını 5560 Sayılı Kanun'la değiştirilen 5271 Sayılı Kanun'un 254. maddesi karşılamaktadır. Bu maddeye göre; Kamu davası açıldıktan sonra kovuşturma konusu suçun uzlaşma kapsamı içinde olduğu görülürse, uzlaştırma işlemlerini yapma görevi 253. maddede belirtilen esas ve usullere göre, mahkemeye düşmektedir.

"Uzlaşma gerçekleştiği takdirde, mahkeme, uzlaşma sonucunda sanığın edimini def'aten yerine getirmesi halinde, davanın düşmesine<sup>38</sup> karar verir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, taksidde bağlanması veya süreklilik arz etmesi halinde; sanık hakkında, 231. maddedeki şartlar aranmaksızın, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilir. Geri bırakma süresince zamanaşımı işlemez. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildikten sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, mahkeme tarafından, 231'inci mad-

denin onbirinci fıkrasındaki<sup>39</sup> şartlar aranmaksızın, hüküm açıklanır." (CMK, 254)

"5252 Sayılı Yasanın 9/3. maddesi uyarınca, lehe hüküm, önceki ve sonraki kanunların ilgili bütün hükümleri olaya uygulanarak, ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılmasını zorunlu kıldığından, öncelikle uzlaşma yöntemine başvurmalı, uzlaşma sağlandığı takdirde, uzlaşmanın sonucuna göre, kamu davasının düşürülmesine veya hükmün açıklanmasının ertelenmesine karar verilmeli, uzlaşma başarısızlıkla sonuçlandığı takdirde ise her iki yasa hükümleri bütün halinde karşılaştırmak suretiyle sanık hakkında lehe olan yasaya göre hüküm tesis edilmelidir."<sup>40</sup> (CGK, 08.04.2008-67/76)

Soruşturma aşamasından, kovuşturma aşamasına geçilebilmesi için bazı şartların yerine gelmesi gerekir. Bu şartları yukarıda tafsilatıyla incelemiş bulunmaktayız. Şimdi bu şartların çeşitlerine göre soruşturma evresinde nasıl hareket etmemiz gerektiğinin cevabını bulmaya çalışalım.

CMK 172'inci maddeye göre, soruşturma ve kovuşturmanın belli şartlara bağlı olduğu anlaşılır ve şartın gerçekleşmediği görülürse, savcı şartın gerçekleşmesini bekler. Şart gerçekleşmezse veya gerçekleşmeyeceği anlaşılırsa kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilir.

Soruşturma evresinde muhakeme şartının gerçekleşmesi beklenirken, kural olarak, şüpheliye suç isnat edici işlemler yapılamaz. Örneğin; şüphelinin ifadesi alınamaz, sorguya çekilmesi istenemez, şüpheli yakalanamaz ve tutuklanamaz.<sup>41</sup> Şart gerçekleşmeden yapılan

<sup>38</sup> "Sanığın zararı ödeyeceğine ilişkin taahhüdüne itibar edilerek, zararın ödenip ödenmediği araştırılmadan uzlaşma nedeniyle kamu davasının düşürülmesine karar verilmesi isabetsizdir." Osman Şirin-Halim Aşaner-Özcan Güven-Gürsel Yalvaç-Muzaffer Özdemir-Kemalettin Erel, a.g.e., s. 1014.

<sup>39</sup> CMK, madde 231/11: "Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle aykırı davranması halinde, mahkeme hükmü açıklar. Ancak mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabilir."

<sup>40</sup> Osman Şirin-Halim Aşaner-Özcan Güven-Gürsel Yalvaç-Muzaffer Özdemir-Kemalettin Erel, a.g.e., s. 1015.

<sup>41</sup> Centel-Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 456.

bu işlemlerin geçersiz sayılması gerekir. Kural bu olmasına karşın kanun koyucu bu kurala bazı istisnalar koymuştur. Örneğin; çocuklara, beden veya akıl hastalığı, malullük veya güçsüzlükleri nedeniyle kendilerini idareden aciz olanlara karşı işlenen suçlarda, kişinin suçüstü yakalanması halinde şikâyet aranmamaktadır. (CMK, madde 90/3) Bu işlemler dışında, kişiye suç isnat edici olmayan işlemler her zaman yapılabilir.

Soruşturma işlemleri aşamasında, bu şartlara dikkat edilmeden hazırlanan iddianame, mahkemeye sunulduğunda mahkemenin 15 günlük bir inceleme süresi vardır. Bu süre içerisinde mahkeme gerekli araştırmayı yaptıktan sonra, şartın gerçekleşmediğini görürse sadece bu nedenle dahi iddianameyi iade edebilir.<sup>42</sup> Mahkemenin inceleme safhasında, mahkeme tamamen bağımsızdır. İşte tam bu aşamada avukatlar bu incelemeye etkide bulunabilirler mi, bulunabilirlerse nasıl ve ne kadar? Avukatlara yönelik böyle bir düzenleme mevzuatta yoktur. Ancak bu durum hak ve adalet savunucuları olan avukatların önünü tıkamaması gerekir. Bir şekilde içeriği öğrenilen iddianamenin iadesi için, dava şartlarının ve diğer şartların olup olmadığına dair araştırmayı içeren dilekçeyi mahkemeye sunabilirler.

Dava şartı, yapılan soruşturma işlemlerinde ve mahkemenin iddianameyi kabulden önceki incelemede gözden kaçırıldığında şartın gerçekleşmesinin mümkün olup olmasına göre değişiklik arz eder. Şartın gerçekleşme imkânı varsa “yargılamanın durması”na karar verilir. Şartın gerçekleşmesi mümkün değilse iki ihtimal söz konusudur. Davaya konu olan uyuşmazlık bir yargı merciinde tartışılmışsa, yani aynı konuda aynı sanık için bir dava açılmış veya hüküm verilmiş ise “davanın reddi”ne karar verilir. Böyle bir yargılama yoksa “düşme” kararı verilir.<sup>43</sup>

<sup>42</sup> TC Yargıtay 2. Ceza Dairesinin, 2005/8209 E., 2005/19963 K. Sayılı ve 29.09.2005 tarihli kararına göre; “Eylemin suç tarihi itibarıyla şikâyete bağlı olması sanık lehine olduğu gibi, uzlaşma kapsamında olması da sanık lehinedir. Uzlaştırma işlemi yapılmadan dava açılması ise iddianamenin iade sebebidir.”

<sup>43</sup> CMK, madde 223/9: “Derhal beraat kararı verilebilecek hallerde durma, düşme veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilemez.”

Davaya konu olan ihtilafta, dava şartı olup olmadığına davanın her aşamasında bakılacaktır. Taraflar dava şartının olduğu konusunda mahkemenin dikkatini çekebilecekleri gibi, mahkeme de bu hususu re’sen gözetecektir.

Kanun yolları hakkında da aynı şeyleri söyleyebiliriz. Kanun yollarında yetkili merci, önüne gelen dosyada ceza yargılaması şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini kontrol edecektir. Dava ve yargılama şartlarından oluşan ceza yargılaması şartlarının gerçekleşmediği Yargıtay safhasında anlaşılırsa, Yargıtay düşme kararı verecektir. Durma kararı veremeyeceği konusunda ise tereddüt etmemek lazım. Ceza yargılaması şartının gerçekleşme ihtimali varsa, Yargıtay bozma kararı verir ve dosyayı mahkemesine gönderir.

## SORUŞTURMA EVRESİ

Ceza yargılaması faaliyeti üç evreden oluşmaktadır. Bunlar soruşturma, ara muhakeme ve kovuşturma evreleridir. CMK’da sadece soruşturma ve kovuşturma evreleri belirtilmiş ve tanımlanmıştır.

- Suç haberinin alınmasıyla başlayıp, savcının gerekli araştırmaları ile süren, sonuçta savcının; (kesinleşmesi şartıyla) takipsizlik kararıyla veya kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararıyla ya da savcının iddianameyi mahkemeye sunması ve bu iddianamenin kabul edilmesiyle sona eren evreye *soruşturma evresi* denir.
- İddianamenin kabul edilmesiyle başlayıp, kesinleşmiş bir hükümle neticelenen evreye de *kovuşturma evresi* denir.
- Ancak bu iki evre arasında, yasa da yer almamasına rağmen; iddianamenin mahkemeye sunulması ile başlayıp, bu iddianamenin kabulüne kadar geçen ve adına *ara muhakeme evresi* de diyebileceğimiz bir evreyi de ekleyebiliriz.

Suç haberinin alınmasıyla birlikte, bu suçun ortaya çıkarılması için araştırmalar yapılması ve delillerin toplanması gerekir. Bu işlemler, gereksiz yere dava açılmasını önlemek ve sağlıklı, çabuk bir yargılamanın yapılması için şarttır. Suç haberi ciddi değilse veya elde edilen deliller kamu davasının açılmasını ge-

rektirecek olgunluğa erişmemişse, dava şartlarının gerçekleşmesinin imkânsızlığı ortada ise ya da etkin pişmanlık hükümlerinin, şahsi cezasızlık hallerinden biri mevcut olup da<sup>44</sup>, savcı kamu davasının açılmamasını takdir ederse, kovuşturamama [takipsizlik] kararı ile ceza yargılaması süreci soruşturma aşamasında son bulur. Bu son bulma durumu, takipsizlik kararına itiraz edilebildiği için kesinlik arz etmez. Suç haberi ciddi, fail, fiil ve ceza muhakemesi şartları gerçekleşmişse, savcı kural olarak iddianame düzenlemek zorundadır. Bunun dışında hukukumuzda yeni giren ve ayrıntılarını ileride göreceğimiz bir kavram olan 'kamu davasının açılmasının ertelenmesini' de burada zikredebiliriz.

CUMK'da soruşturma evresi, kolluk ve savcı araştırması devrelerine; kovuşturma evresi de, duruşma hazırlığı, duruşma ve son karar devrelerine ayrılmaktaydı. CMK ile soruşturma evresinin tek yetkili kişisi savcı olmuştur. Savcı devamlı aktif halde olacak ve kolluk savcının kararlarını yerine getirmede en önemli yardımcısı olacaktır.

"Suç haberinin alınmasıyla başlayıp esas olarak savcı ve onun yardımcısı sıfatı ile kolluk tarafından gerçekleştirilen ve varlık sebebi 'kamu davasının açılmasına gerek olup olmadığının' araştırılması olan, kural olarak yazılı ve gizli gerçekleştirilen bir dizi idari ve adli idari nitelikteki faaliyete *soruşturma*; bu faaliyetin yapıldığı safhaya da *soruşturma evresi* denir."<sup>45</sup>

## 1. Soruşturma Evresinin Başlaması

Soruşturma suç haberinin alınması ile başlar. Suç haberinin öğrenilmesi çeşitli yollardan mümkündür. Kural olarak suçtan haberdar olmak, ihbar, şikâyet ve suçun doğrudan doğruya öğrenilmesi ile mümkündür. Son kanun değişiklikleri ile kaldırılan şahsi dava da suçun öğrenilmesinin başka bir yolu idi. Ancak suç haberinin öğrenilmesi istisnaen başka yollar-

<sup>44</sup> CMK, madde 171/1: "Cezayı kaldıran şahsi sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsi cezasızlık sebebinin varlığı halinde, Cumhuriyet savcısı kovuşturamaya yer olmadığı kararı verebilir."

<sup>45</sup> Öztürk, a.g.e., s. 622.

dan da mümkündür. Örneğin; TCK 11/2'de sözü edilen "yabancı hükümetin şikâyeti", TCK madde 12, 13'de yer alan "Adalet Bakanının Talebi", yine "TCK madde 18" ve "Suçların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi" ve "ikili antlaşmalar gereği iade talebi" de suç haberinin alınmasının yollarındandır.

Suçları takiple görevli Savcılık makamı bazen suç kendiliklerinden öğrenilebilirler. Bu durum kendi gözlemleri ile olabileceği gibi, başka bir suçun soruşturulması hatta yargılanması aşamasında dahi olabilir. Bu durumda savcı CMK madde 160 gereği kamu davasının açılmasının gerekli olup olmadığına karar vermek için, işin gerçeğini araştırmaya başlar.<sup>46</sup>

Takip makamlarının suç öğrenme şekillerinden en yaygın olanı ihbardır. İhbar şikâyete tabi olan suçlar haricindeki tüm suçların herhangi bir kişi tarafından, kural olarak<sup>47</sup> herhangi bir şekilde yetkili makamlara bildirilmesidir.

Kişilerin ihbarda bulunmaları, kendisine tanınan anayasal bir hak olan dilekçe hakkının

<sup>46</sup> CMK, madde 163:

- 1) Suçüstü hali ile gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, Cumhuriyet savcısına erişilemiyorsa veya olay genişliği itibarıyla Cumhuriyet savcısının iş gücünü aşılıyorsa, sulh ceza hâkimi de bütün soruşturma işlemlerini yapabilir.
- 2) Kolluk amir ve memurları, sulh ceza hâkimi tarafından emredilen tedbirleri alır ve araştırmaları yerine getirirler.

<sup>47</sup> 4483 Sayılı Kanun madde 4/3, 4, 5:

"Bu Kanuna göre memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında yapılacak ihbar ve şikâyetlerin soyut ve genel nitelikte olmaması, ihbar ve şikâyetlerde kişi ve olay belirtilmesi, iddiaların ciddi bulgu ve belgeler dayanması, ihbar veya şikâyet dilekçesinde dilekçe sahibinin doğru ad, soyad ve imzası ile iş veya ikametgâh adresinin bulunması zorunludur.

Üçüncü fıkradaki şartları taşımayan ihbar ve şikâyetler Cumhuriyet başsavcıları ve izin vermeye yetkili merciler tarafından işleme konulmaz ve durum, ihbar ve şikâyette bulunana bildirilir. Ancak iddiaların, sıhhati şüpheye mahal vermeyecek belgelerle ortaya konulması halinde ad, soyad ve imza ile iş veya ikametgâh adresinin doğruluğu şartı aranmaz. Başsavcılar ve yetkili merciler ihbarcı veya şikâyetçinin kimlik bilgilerini gizli tutmak zorundadır.

Yukarıdaki fıkraya aykırı bulunan ihbar ve şikâyetler, Cumhuriyet başsavcıları ve izin vermeye yetkili merciler tarafından işleme konulmaz ve durum, ihbar ve şikâyette bulunana bildirilir."



bir türüdür.<sup>48</sup> (AY, madde 74) Ceza Muhakemesi yasamıza göre herkesin ihbar etme hakkı vardır. Ayrıca, Türk Ceza Kanunu bazı kişiler açısından ihbar yükümlülüğü getirmiştir.<sup>49</sup> (TCK, madde 278)

İhbarın nerelere ve nasıl yapılacağı hakkında, şikâyet için yapılan açıklamalar, ihbar için geçerlidir.

Takip makamlarının bir suçu öğrenme yollarından birisi de suç duyurusudur. Suç duyurusu ile kamu görevi yapan bazı kişi ve makamlar bir suç işlendiğini öğrendiklerinde, ilgili makamlara bildirme yükümlülüğünü yüklenmiştir. CMK madde 161/2; adli kolluk görevlileri, el koydukları olayları, yakalanan kişiler ile uygulanan tedbirleri emrinde çalıştıkları Cumhuriyet savcısına derhal bildirmek ve bu Cumhuriyet savcısının adliyeye ilişkin bütün emirlerini gecikmeksizin yerine getirmekle yükümlüdür. Bu şekilde de Cumhuriyet savcısı suçtan haberdar edilmiş olmaktadır.<sup>50</sup>

<sup>48</sup> Anayasa, madde 74: "Vatandaşlar ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye'de ikamet eden yabancılar kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir..."

<sup>49</sup> TCK, madde 278:

- 1) İşlenmekte olan bir suçu yetkili makamlara bildirmeyen kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
- 2) İşlenmiş olmakla birlikte, sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen mümkün olan bir suçu yetkili makamlara bildirmeyen kişi, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır.
- 3) Mağdurun onbeş yaşını bitirmemiş bir çocuk, bedensel veya ruhsal bakımdan özürlü olan ya da hamileliği nedeniyle kendisini savunamayacak durumda bulunan kimse olması halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza, yarı oranında artırılır.

TCK, 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.
- 2) Sağlık mesleği mensubu deyiminden tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler anlaşılır.

<sup>50</sup> TCK, madde 279:

- 1) Kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal eden veya bu hususta gecikme gösteren

Kurşunlanmış bir kişinin cesedine rastlandığında veya ağzı köpük dolmuş bir şekilde bir ceset görüldüğünde ya da vahşi hayvanlar tarafından parçalanmış bir ceset bulunduğu anda, bu kişilerin ölümlerinin doğal yollardan olmadığı aşikârdır. İşte böyle durumlarda veya ölünün kimliğinin belirlenememesi halinde kolluk görevlisi, köy muhtarı ya da sağlık veya cenaze işleriyle görevli kişiler, durumu derhal Cumhuriyet başsavcılığına bildirmekle yükümlüdürler. (CMK, madde 159/1)

Soruşturma makamlarının suçları öğrenme şekillerinden diğerleri şikâyet, talep, müracaattır. Bu konular hakkında daha önceden yapılan açıklamalar burada da geçerlidir.

## 2. Soruşturma Evresinin Organları

Soruşturma işlemlerini yöneten ve bu çalışmalardan ötürü tüm sorumluluğu üzerine alan organ, devlet adına suçları takip ile görevlendirilmiş savcılık makamıdır. Savcılık<sup>51</sup> makamı CMK'da tek yetkili konumdur. Adli kolluk ise savcının yardımcısıdır. Cumhuriyet savcısı bir şekilde bir suçun işlendiğini öğrendiğinde, bu husus hakkında hemen araştırmaya girişmek zorundadır. (CMK, 160/1) Savcı soruşturma işlemlerini bizzat veya kolluk marifetiyle yapar. Bütün kamu kurum ve kuruluşları kural olarak savcının istediği bütün bilgileri vermek zorundadırlar. Savcı görev yaptığı yargı çevresi dışında bir işlem yapmak ihtiyacı olduğunda, o yer Cumhuriyet başsavcısından o işlemi yapmasını ister. (CMK, madde 161/1)

CMK 332. maddesine göre; Suçların soruşturulması ve kovuşturulması sırasında Cumhuriyet Savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından yazılı olarak istenilen bilgilere on

kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

2) Suçun, adli kolluk görevi yapan kişi tarafından işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

<sup>51</sup> Yurt düzeyinde kurulmuş Mahkemeler ile Adalet Bakanlığı arasında koordinasyonu sağlama; mahkemelerin (adliyelerin) ihtiyaçları tespit edilerek Adalet Bakanlığına bildirilmesi, bakanlıktan sağlanan ödenekle ihtiyaçların sağlanması, bu işlemler için gerekli yazışmaların yapılması, adliyenin taraf olduğu davalarda adliyeyi temsil etmek gibi görevler Cumhuriyet Savcılarının idari görevleridir.

gün içinde cevap verilmesi zorunludur. Eğer bu süre içinde istenilen bilgilerin verilmesi imkânsız ise, sebebi ve en geç hangi tarihte cevap verilebileceği aynı süre içinde bildirilir.<sup>52</sup>

Savcı soruşturma sonucunda düzenleyeceği iddianamede şüphelinin hem lehinde, hem de aleyhinde delilleri göstermesi gerekmektedir. Bu nedenle CMK madde 160/2 uyarınca, maddi gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adli kolluk kuvvetleri marifetiyle, şüphelinin lehinde/aleyhinde delilleri toplayarak muhafaza altına alması gerekmektedir. Bu yükümlülük şüphelinin haklarını korumakla yükümlü olmasından ileri gelmektedir.

“Eski CMK uygulamasında, soruşturmada kolluk ön plandaydı. Yeni CMK, savcı-adli kolluk ilişkilerini yeniden düzenleyerek, olması gereken şekle getirmiştir. Bundan böyle soruşturma evresinde tüm kararları savcı alacak, kolluk bu kararları icra edecektir. Savcının bilgisi olmadan, kolluk hiçbir işlem ve eylemde bulunamayacaktır. Yukarıda çeşitli vesilelerle belirttiğimiz gibi, bu yeni durum kolluğu rahatlatan bir yöne sahiptir. Artık soruşturma evresinde daima yanında bir hukukçu olan savcı vardır.<sup>53</sup> Savcı merkezli bu yeni sistemin “savcıyı polisleştirdiği” söylenemez. Zira yeni sistemde savcı kalkıp da, bazı istisnalar dışında kolluğun işlerini yapacak değildir. Yapması mümkün de değildir. Onun temel vazifesi karar almak, emir vermektir; gerektiğinde de bizzat işlem yapmaktır.”<sup>54</sup>

Savcı, adli kolluk görevlilerine emirlerini yazılı veya acele hallerde sözlü olarak verebi-

li. Ancak, sözlü emirler en kısa sürede yazılı olarak da bildirilir. (CMK, madde 161/3)

“Bazı hallerde, soruşturmanın, kolluğa bırakılmayıp, tamamen savcı tarafından yapılması kabul edilmiştir. Örneğin avukatın kovuşturulması izne bağlı olan suçlarda (Av. K. madde 58), kolluğun adliyeye ilişkin vazife ve işlerle ilgili bir hizmeti yerine getirirken silah kullanmasında (PVSK. Ek madde 9/B) olduğu gibi. Bunun nedeni, iddia edildiğinin aksine otoriter rejimin etkisi değil, savcının daha fazla güven vermesidir.”<sup>55</sup>

Eski CMK’da yer almayan ve yeni CMK madde 157 ile eksikliği giderilen soruşturma işlemlerinin gizli olması, delillerin karartılması ve şüphelinin lekelenmeme hakkının bir gereğidir. Kanunun başka hüküm koyduğu haller saklı kalmak ve savunma haklarına zarar vermemek koşuluyla soruşturma evresindeki usul işlemleri gizlidir.

Bu madde açık olmasına rağmen, “savunma” kavramı çeşitli görüşlere sebebiyet verecek niteliktedir. Bu madde ile soruşturmanın gizli olması, şüpheli konumundaki kişi veya kişileri kesinlikle etkilemeyecektir. Çünkü savunma makamı olarak bu kişiler hakkında gizli tutulan usulî işlemlerin hepsi savunma hakkına aykırılık teşkil edecektir.

Peki, açılma ihtimali olan davaya müdahil olarak katılacak olan suçtan zarar gören kişiler ve diğerleri bakımından durum ne olacaktır? Kendilerinin konumu, savcı yanında, yani kamu iddiciasının yanında bireysel bir iddia makamından ibarettir. “Savunma” kavramının, soruşturma evresinde bile sadece bir tarafa hasredilmesi mağdur olan müşteki tarafı olumsuz etkileyecektir. Bu nedenle savunma kavramının geniş yorumlanarak, bu haktan yararlanacak kişilerin, soruşturmaya katılmaya yetkisi olan kişiler olarak genişletilmesi yerinde olacaktır denilebilir. Nitekim CMK savunmaya verilen bu hakları suçtan zarar görenin vekiline de tanımıştır.<sup>56</sup> Ancak bu kez de soruşturma iş-

<sup>52</sup> CMK, madde 332:

2) Bilgi istenilen yazıda yukarıdaki fıkra hükmü ile buna aykırı hareket etmenin Türk Ceza Kanununun 257. maddesine aykırılık oluşturabileceği yazılır. Bu durumda haklarında kamu davasının açılması, izin veya karar alınmasına bağlı bulunan kişiler hakkında, yasama dokunulmazlığı saklı kalmak üzere, doğrudan soruşturma yapılır.

<sup>53</sup> Bahri Öztürk, a.g.e., s. 625. Yeni CMK’nın bu sisteminin sağlıklı bir şekilde işlemesi için savcı sayısının yeterli olması gerekir. Nüfusumuz hızla artarken, savcı sayımızda dişe dokunur bir artışın olmaması düşündürücüdür. Almanya ile aynı nüfusa sahip olmamıza rağmen, Almanya’daki savcı sayısı neredeyse Türkiye’deki savcı sayısının beş katıdır.

<sup>54</sup> Bahri Öztürk, a.g.e., s. 625.

<sup>55</sup> Toroslu-Feyzioğlu, a.g.e., s. 259.

<sup>56</sup> CMK, madde 153:

1) Müdafî, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir.

lemlerinin kimlere gizli tutulduğunun açıklanması gerekmektedir. Bu haklardan yararlanacak olan kişiler haricindekiler, bu sorunun cevabı olacaktır.

### 3. Kovuşturmama, Takipsizlik Kararı

Cumhuriyet savcısı soruşturma işlemi sonucunda iki türlü takipsizlik kararı verme olanağına sahiptir. Bunlardan birincisi maslahata uygunluk (takdir yetkisi) sebebiyle takipsizlik kararı, ikincisi ise yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması hallerinde verilen takipsizlik kararıdır.

Yeni CMK ile savcıya kamu davasını açmada takdir yetkisi tanınmıştır. Gerçekten CMK madde 171'e göre; Cezayı kaldıran şahsi sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsi cezasızlık sebebinin varlığı halinde, Cumhuriyet savcısı kovuşturmaya yer olmadığı kararı verebilir.

Eski ceza muhakemesi hukukumuzda olmayan bu yenilik, savcıya çok geniş yetkiler tanımaktadır. Çünkü yeni Türk Ceza Kanunu'nda şahsi sebep olarak etkin pişmanlık ve şahsi cezasızlık sebepleri oldukça fazladır.<sup>57</sup> Kanunumuza baktığımızda, bazen tam cezasızlık öngörülürken, bazen de önemli ceza indirimi sağlanmıştır. Yapılacak yargılama sonucunda, önemli ceza indirimi söz konusu olsa bile, cezai nitelikte bir hüküm kurulma

ihtimali olduğu için, savcının dava açamayabileceği haller, tam cezasızlık halleri ile sınırlı tutulması gerekir. 171. maddenin can alıcı noktası da burasıdır. Yine ceza yerine denetimde serbestlik ya da güvenlik tedbiri uygulamasına karar verilmesi gereken durumlarda kamu davasının açılması için iddianame düzenlenmesi gerekir.

Örneğin; TCK madde 167/1 söz konusu olduğunda, takdir yetkisine dayalı olarak kovuşturmaya yer olmadığına karar verebilecekken, madde 167/2 söz konusu olduğunda ve deliller kamu davası açacak olgunluğa eriştiğinde, şüphelinin ceza alma ihtimali olduğu için, savcı iddianame düzenlemek zorunda olacaktır. Aynı durum 168. madde içinde geçerlidir.

Bu durumda aklımıza şu soru takılmaktadır: Acaba, savcı şüphelinin ceza alabileceği bu durumlarda da CMK madde 173/5'e dayanarak takipsizlik kararı verdiğinde, bu takipsizlik kararına itiraz edilebilir mi? Normal durumlarda savcının CMK madde 173/5'e göre vermiş olduğu kararlara karşı yargısal denetim yasaklanmıştır. Ancak savcının vermiş olduğu takipsizlik kararları, tam cezasızlık halleri dışında bir fiile ilişkin ise; hem yargısal hem de idari denetim yolunun açık olması gerekir. Kısacası savcının bu şekilde vermiş olduğu kararlara; *"Cumhuriyet savcısı CMK madde 173/5'e göre vereceği takipsizlik kararları ancak tam cezasızlık halleri ile sınırlı olması gerekir"* gerekçesi ile yargısal denetime tabi tutulabilir.

Bu konu hakkında TCK 22/6'da yer alan düzenlemesi örnek olarak incelenmesi gerekir. Bu maddeye göre; taksirli hareket sonucu meydana gelen netice, failin kişisel ve ailevi durumu yönünden ceza verilmesini gereksiz kılacak şekilde zarar görmesine neden olmuştuksa ceza verilmeyecek, bilinçli taksirde ise hükmolunacak ceza yarından altıda bire kadar indirilebilecektir.

Trafik kazasında bacağına kopması, çamaşır yıkayan annenin yanında dolaşan küçük çocuğun süt kazanına düşmesi veya açık olan kuyuya düşüp boğulması gibi durumlarda, TCK'nın 30. maddesi söz konusu değilse, annenin duyduğu acı, üzüntü ve keder nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığına dair karar verilmesi mümkündür.

- 2) Müdafinin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, sulh ceza hâkiminin kararıyla bu yetkisi kısıtlanabilir.
- 3) Yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar hakkında, ikinci fıkra hükmü uygulanmaz.
- 4) Müdafii, iddianamenin mahkeme tarafından kabul edildiği tarihten itibaren dosya içeriğini ve muhafaza altına alınmış delilleri inceleyebilir; bütün tutanak ve belgelerin örneklerini harçsız olarak alabilir.
- 5) Bu maddenin içerdiği haklardan suçtan zarar görenin vekili de yararlanır.

<sup>57</sup> TCK, madde 93, 167, 184/5, 192, 201, 221, 254, 274 ve TCK madde 22/6, 273.

Yargıtay 9. C.D. 15.05.2007 tarihli 8401-4178 numaralı kararı ise:<sup>58</sup> “5237 sayılı TCK’nın 22/6 maddesinin birinci cümlesinin uygulanabilmesi için fiilden dolayı münhasıran sanığın kişisel ve ailevi durumu itibarıyla zararlı bir neticenin meydana gelmesinin öngörüldüğü, olayda ise sanığın eşi ile birlikte ayrıca arkadaşının da öldüğü, bu itibarla da anılan maddenin öngörülen koşulların oluşmaması nedeniyle uygulanamayacağı, sanığın hukuki durumunun buna göre takdir ve tayini gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm tesisi” şeklindedir.

“Öte yandan olayda iki kişinin ölmesi ve ölenlerden birinin failin kocası olması halinde, eşin ölümü nedeniyle kovuşturmaya yer olmadığına karar verilip bir kişinin ölümü nedeniyle TCK’nın 85/1. maddesi uyarınca cezalandırılması için asliye ceza mahkemesine dava açılması mümkündür. Bunun yanında iki kişinin ölümü nedeniyle TCK’nın 85/2. maddesi uyarınca ağır ceza mahkemesine de dava açılabilir. Bu bir tercih sorunudur. Ancak Cumhuriyet savcısının kamu davasının açılması hususunda takdir yetkisini kullanarak verdiği karara karşı, CMK’nın 173/5. maddesi uyarınca itiraz edilemez. Kanaatimizce olayda, şahsi cezasızlık nedeninin bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi gerektiğinden kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin karara bu yönüyle itiraz edilebilir. Zira olayda ileri sürülen olgunun şahsi cezasızlık nedeni oluşturup oluşturmayacağı henüz belirli olmadığından, öncelikle bu durumun her türlü kuşkudan uzak olarak belirlenmesi gerekir.

Yargı kararlarının dahi tek aşamalı olarak verilmesinin sakıncaları nedeniyle üst bir denetime tabi tutulduğu nazara alındığında, Cumhuriyet Savcısınca verilen bu nitelikteki bir kararın yargı denetimi dışında tutulması da hukukun temel ilkelerine aykırıdır. Tüm bu sakıncaları giderecek yasal değişiklikler yapıncaya kadar, doğabilecek zararları en aza indirmek ve hukuk güvenliği açısından, fiilin TCK’nın 85/2. maddesine uygun olması halinde kovuşturmanın kararı verilmeyerek ağır ceza mahkemesine dava açılmasının daha uygun olduğu, tüm deliller değerlendirilerek

bilinçli taksirde TCK’nın 22/6. madde uyarınca ceza verileceği de gözetilerek olayda bilinçli taksirin varlığı ile şahsi cezasızlık nedeninin bulunup bulunmadığı konusunda mahkemece bir karar verilmesinin daha uygun olacağı görüşünderiz.”<sup>59</sup>

Yargıtay 9. CD. 21.11.2006 tarih, 2006/4494 E, 2006/6391 K. Sayılı Kararında; taksirli suçlarda bir ölü ve bir veya birden fazla yaralı bulunması ve yaralıların şikâyetinin olmaması halinde Asliye Ceza Mahkemesinin görevli olacağı ..., yine Yargıtay 9. CD. 20/11/2006 tarih, 2006/4570 E, 2006/6314 K. Sayılı Kararında; Taksirli suçun 85/1 ve 85/2. maddelerinden hangisi kapsamında kaldığının değerlendirilmesi, Bilinçli taksirin varlığı halinde, yaralanan şikâyetçi olmamasının suçun vasfını değiştirmeyeceği ve suç bakımından Ağır Ceza Mahkemesinin görevli olacağı... şeklinde karar vermiştir.<sup>60</sup>

2001 CMK tasarısında yer alan, ancak yeni CMK’nın ilk halinde yer verilmeyen ve 06.12.2006 tarihli 5560 Sayılı Kanunla Ceza Muhakemesi Kanunu’na giren<sup>61</sup> bir müessese olan “kamu davasının açılmasının ertelenmesi” hakkında kısaca durmak gerekir.

CMK 253. maddenin 19. fıkrası hükümleri saklı kalmak üzere, Cumhuriyet savcısı, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olup, üst sınırı bir yıl veya daha az süreli hapis cezasının<sup>62</sup> gerektiren suçlardan dolayı, yeterli şüphenin varlığına rağmen, kamu davasının açılmasının beş yıl süreyle ertelenmesine<sup>63</sup> karar verebilir. Suçtan zarar gören, bu karara

<sup>58</sup> Sedat Bakıcı, *Ceza Hukuku Genel Hükümleri*, s. 503-504.

<sup>59</sup> Bakıcı, a.g.e., s. 480.

<sup>60</sup> Nuri Düzgün-Şerafettin Elmacı, *Olası Kast-Bilinçli Taksir ve Taksirle İşlenen Suçlar*, s. 152.

<sup>61</sup> Aslında bu müessese, son kanun değişikliğinden öncede hukukumuzda yer almaktaydı. (Çocuk Koruma Kanunu, madde 19)

<sup>62</sup> Çocuk Koruma Kanunu’nun 19. maddesinin ilk halinde; Fiil için kanunda öngörülen cezanın üst sınırı üç aydan fazla ve iki yıla kadar (iki yıl dahil) hapis cezasını veya adli para cezasını gerektiriyordu, kamu davasının açılmasının ertelenmesi için. Şimdi ise maddenin diğer pozitif fıkralarını da ortadan kaldırarak, sadece Ceza Muhakemesi Kanunu’nda ki şartları araması bir geri adımdır.

<sup>63</sup> 5560 Sayılı Kanun’la değişen 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu’nun 19/1 maddesine göre erteleme süresi üç yıldır.

karşı, diğer savcılık kararlarında olduğu gibi itiraz edebilir.

Kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilebilmesi için, uzlaşmaya ilişkin hükümler saklı kalmak üzere;

- Şüphelinin daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezası ile mahkûm olmamış bulunması,
- Yapılan soruşturmanın, kamu davası açılmasının ertelenmesi halinde şüphelinin suç işlemekten çekineceği kanaatini vermesi,
- Kamu davası açılmasının ertelenmesinin, şüpheli ve toplum açısından kamu davası açılmasından daha yararlı olması,
- Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi,

koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerekir. (CMK, 171/3)

CMK 171/3 şüphelinin işlediği suçun kasten işlenmesini ve hapis cezası olması gerektiğini belirtiyor. Bu nedenle taksirli bir suçtan mahkûm olan kişi ne kadar ceza alırsa alsın, bu madde içine girmektedir.

Kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezası alan kişinin cezası ertelense dahi kişi hakkında kamu davasının ertelenmesi kararı verilemez. Çünkü hapis cezası ertelenen kişi detim süresini yükümlülüklerine uygun veya iyi halli olarak geçirdiği takdirde, cezası bütün neticeleriyle ortadan kalkmamakta, sadece ceza infaz edilmiş sayılmaktadır.<sup>64</sup> (TCK, 51/8)

<sup>64</sup> 765 Sayılı Kanun madde 95:

- 1) Kabahat ile mahkûm olan kimse hüküm tarihinden itibaren bir sene içinde bir cürümden veya evvelki hükmün verildiği mahaldeki Asliye Mahkemesinin kazası dairesinde diğer bir kabahatten dolayı aynı cinsten veya daha ağır bir cezaya,
- 2) Cürüm ile mahkum olan kimse hüküm tarihinden itibaren beş sene içinde işlediği diğer bir cürümden dolayı evvelce verilen ceza cinsinden bir cezaya yahut hapis veya ağır hapis cezasına mahkum olmazsa, *cezası tecil edilmiş olan mahkumiyeti esasen vaki olmamış sayılır.* Aksi takdirde her iki ceza ayrı ayrı tenfiz olunur.”

Kasıtlı işlenen suçlar nedeniyle verilen hapis cezalarından ancak kısa süreli<sup>65</sup> olanlar, seçenek yaptırım olarak para cezasına çevrilebilir. Kısa süreli hapis cezasından çevrilen para cezası, yine aynı maddenin beşinci fıkrasına göre; uygulama bakımından asıl mahkûmiyeti teşkil ettiği için, bu para cezasının ödenmesi şartıyla<sup>66</sup> kişi hakkında daha sonra, diğer şartlarında yerine getirilmesi kaydıyla kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilebilir.

Kişinin işlemiş olduğu kasıtlı suçtan dolayı hapis cezası verildikten sonra ilan edilen genel af, hükmolunan cezanın bütün neticelerini ortadan kaldırdığı için, diğer şartların da gerçekleşmesi koşuluyla kişi hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilebilir.

Özel af durumunda ise cezanın neticelerini bütünüyle kaldırmadığı için, kişi hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilemeyecektir.

Kasten işlenen suçlar sonucu verilen hapis cezasının bütün neticeleri ile ortadan kalktığı durumlarda, kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilebilir. Karşılıksız çek keşide etmek suçundan dolayı verilen adli para cezasının ödenmemesi nedeniyle veyahut bu suçun tekrar işlenmesi nedeniyle verilen hapis cezalarında<sup>67</sup> şikâyetçinin şikâyetinden vazgeçmesi, verilen hapis cezası kesinleşse dahi bütün neticeleri ile ortadan

<sup>65</sup> TCK, madde 49/2: “Hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, kısa süreli hapis cezasıdır.”

<sup>66</sup> TCK, madde 50/6: “Hüküm kesinleştikten sonra Cumhuriyet savcılığınca yapılan tebligata rağmen otuz gün içinde seçenek yaptırımın gereklerinin yerine getirilmesine başlanmaması veya başlanıp da devam edilmemesi halinde, hükmü veren mahkeme kısa süreli hapis cezasının tamamen veya kısmen infazına kara verir ve bu karar derhal infaz edilir. Bu durumda, beşinci fıkra hükmü uygulanmaz.”

<sup>67</sup> 3167 Sayılı Kanun madde 16/1: “Üzerinde yazılı keşide tarihinden önce veya ibraz süresi içinde 4 üncü madde uyarınca ibraz edildiğinde, yeterli karşılığı bulunmaması nedeniyle kısmen de olsa ödenmeyen çeki keşide eden hesap sahipleri veya yetkili temsilcileri, kanunların ayrıca suç saydığı haller saklı kalmak üzere, çek bedeli tutarı kadar ağır para cezası ile cezalandırılırlar. Ancak verilecek para cezası seksen milyardan liradan fazla olamaz. Bu miktar (...) her yıl artırılır. Bu suçtan mükerrirlere, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.”

kaldıracağı için<sup>68</sup>, bu durumda da kişi hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilebilecektir.

Karşılıksız çek keşide etmek suçundan dolayı kişiye ilk başta ağır para cezası<sup>69</sup> verileceğinden, bu suçu ilk defa işleyen kişi hakkında da diğer şartları taşıması kaydıyla, kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilebilecektir.

Cumhuriyet Savcısının kararlarına karşı itirazı düzenleyen CMK madde 173, beşinci fıkrası ile birlikte Cumhuriyet savcısının kamu davasının açılmaması hususunda takdir yetkisini kullandığı hallerde verilen kararlar için itirazı kaldırmıştır. Başsavcının idari denetim yapma ihtimali de vardır. Bu şekilde Türk Hukukunda ilk defa, savcıya, yargısal denetime tabi olmayan bir takipsizlik kararı verebilme yetkisi tanınmıştır.

CMK 172'de düzenlenen takipsizlik kararına ise itiraz mümkündür. Cumhuriyet savcısı, soruşturma işlemleri sonucunda, elde ettiği deliller kamu davasının açılmasına yetecek konuma gelmediğinde, bir başka ifade ile yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması hallerinde kovuşturmaya yer olmadığına karar verir. Kovuşturma olanağının bulunmamasından maksat, şüphelinin ölümü, af, zamanaşımı gibi hallerdir. Bu karar suçtan zarar gören ile önceden ifadesi alınmış veya sorguya çekilmiş şüpheliye bildirilir. Kararda itiraz hakkı, süresi ve merci gösterilir.

*Kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildikten sonra yeni delil meydana çıkmadıkça, aynı fiilden dolayı kamu davası açılmaz.* (CMK, madde 172/2)

Konuyu toparlamak adına, takipsizlik kararını çeşitli olasılıklar halinde incelemekte fayda var.<sup>70</sup>

#### a) Soruşturmanın Caiz Olmaması

Savcı, soruşturma işlemleri sırasında bir soruşturma engeli ile karşılaştığında bu engeli aşmaya çalışacaktır. Örneğin fail bir memur ise izin müessesesi devreye girecek ve fail için soruşturma izni istenecektir. Bu izin gerçekleşmediğinde ise soruşturmaya devam edilemeyecektir. Yine fail olan kişi ölmüş ise, yani bir yargılama engeli varsa savcı soruşturma işlemlerine son vererek, takipsizlik kararı verecektir.

#### b) Eylemin Cezalandırılmaması

Yapılan eylemin suç teşkil edip etmediği araştırılırken, fiil haksız da görünse, o fiil için cezai hükümler içeren kanunlarda bir hüküm yoksa kişiye ceza verilmeyecektir. Bu durum kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin bir gereğidir. Bu nedenle böyle bir fiil için girilen soruşturma işlemleri, soruşturma evresinde sona erecektir.

#### c) Kamu yararının Eksikliğinin Saptanması

Kanunun savcıya takdir yetkisi tanıdığı, şahsi sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsi cezasızlık sebebinin varlığı halinde savcı kamu davasını açılması için iddianame düzenleme gereği duymayabilir.

#### d) Failin Suçsuzluğunun Anlaşılması ya da Yeterli Şüphe İçin Delil Elde Edilememesi

Yapılan soruşturma işlemleri sonucunda, kişinin suçsuz olduğunu ortaya çıkaracak kesin deliller ortaya çıkması durumunda soruşturma işlemlerinin devam ettirilmesinde bir fayda yoktur. İkinci olarak şüpheliyi kamu davası önünde sanık sıfatına oturtacak nitelikte delile ulaşılamamıştır. Bu gibi durumlarda şüpheden sanık yararlanabildiği için, evleviyetle şüpheli de yararlanacağından, takipsizlik kararı verilmesi gerekecektir.

Cumhuriyet Savcısının verdiği kararlardan bir tanesi de *Ek Kovuşturmaya Yer Olmadığına Dair Karar*'dir. Bu karar ile o soruşturma evrakı tamamen kapanmamakta, evrakın bir bölümüyle ilgili soruşturma süreci devam etmektedir. Yani soruşturma dosyasından şüpheli hakkında bazı suç ve suçlar bakımından soruşturma devam ettirilmeyebileceği

<sup>68</sup> 3167 Sayılı Kanun madde 16/b/3: "Hükmün kesinleşmesinden sonra şikâyet ten vazgeçildiğinde de, hüküm bütün cezai sonuçları ile ortadan kalkar."

<sup>69</sup> Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunu madde 5/1: "(...) kanunlarda öngörülen 'ağır para' cezaları, 'adli para' cezasına dönüştürülmüştür."

<sup>70</sup> Yurtcan, a.g.e., s. 382, 383.

gibi, soruşturma dosyasına konu suç bakımından da bazı şüphelilerin masum olduğu ya da haklarında soruşturmayı devam ettirecek delil olmaması, soruşturma dosyasındaki delillerin şüpheliyi kamu davasını açmayı gerektirir yeterli şüphenin olmaması nedeniyle ek kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilebilecektir. Bu kararın başındaki “Ek” ibaresi, daha önceden bir kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilip de, ona ilaveten yeni bir kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildiğini anlatmak için kullanılmamıştır. Buradaki “ek” ibaresi, soruşturma evrakında bazı fiil/filler ve fail/failler hakkında soruşturmanın devam ettiğini göstermek amacıyla kullanılmıştır. İddianame düzenlenmeden önce ek kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilebileceği gibi, ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçlar bakımından düzenlenecek fezlekededen önce de bu karar verilebilir.

Ancak uygulamada yapılan bir yanlışlığı hatırlatmakta fayda vardır; CMK madde 250’de yer alan suçlarla ilgili değerlendirme yetkisi CMK madde 250 ile görevli Cumhuriyet Başsavcılığı’na ait olmasına rağmen soruşturmayı yürüten savcılıklarca bu suçlar bakımından fezleke düzenlenmeden önce ek kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmektedir, bu uygulama yanlıştır.<sup>71</sup>

<sup>71</sup> 5271 Sayılı CMK’nın 251/1. maddesi: “250. maddede kapsamına giren suçlardan soruşturma, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca bu suçların soruşturma ve kovuşturmasında görevlendirilen Cumhuriyet Savcılarınca bizzat yapılır. Bu suçlar görev sırasında veya görevden dolayı işlenmiş olsa bile Cumhuriyet Savcılarınca doğrudan soruşturma yapılır” hükmü ile görev ve yetki alanında bu suçlara ilişkin suçları soruşturma yetki ve görevinin ilgili Cumhuriyet Başsavcılığı’nın CMK 250. ile görevli birimine ait olduğunu (örneğin; Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı), yine 5271 Sayılı CMK’nın 251/3. maddesinde; “Soruşturmanın gerekli kıldığı hallerde suç mahalli ile delillerin bulunduğu yerlere gidilerek soruşturma yapılabilir. Suç, ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yer dışında işlenmiş ise Cumhuriyet savcısı, suçun işlendiği yer Cumhuriyet savcısından soruşturmanın yapılmasını isteyebilir” hükmü ile de bu yetkinin CMK madde 250 ile yetkili Başsavcılığa bağlı il ve ilçe Cumhuriyet Başsavcılıkları aracılığı ile de kullanılabileceği düzenlenmiştir.

#### 4. Kovuşturmama [Takipsizlik] Kararının Denetimi

Savcının vermiş olduğu takipsizlik kararı CMK madde 171/1 gereği verilenler hariç olmak üzere kesin değildir. Bu kararın ortadan kaldırılabilmesi için kanun koyucu bazı yollar ihdas etmiştir. Özellikle suçtan zarar görenler için önemli olan bu haklar kullanıldığında, savcının vermiş olduğu karar denetlenebilecek ve kişiler tatmin edilecektir. Hayatın olağan akışına uygun olarak denilebilir ki, verilen bütün kararlar maddi gerçeğe uygun olamaz. Bu nedenle verilen bu kararlar başka makam veya kişilerce incelendiğinde, kararın hukuka uygunluğu ve haklılığı perçinleşmiş olacaktır.

##### a. İdari Başvuru olanağı

Devletin ajanı olarak, kamu adına iddia makamı olan savcılar da kendi aralarında üst-üst ilişkisine tabidir. Bu nedenle başsavcı ve savcılarının bulunduğu bir yerde, başsavcı diğer savcıya vermiş olduğu takipsizlik kararını geri alması için emir verebilir.

##### b. Yargısal Çare; Takipsizlik Kararına İtiraz

Başvurulan bu yolla savcının vermiş olduğu idari nitelikteki karar, devletin diğer yargı organları tarafından incelenecektir. Bu yolun ihdas edilmesinin sebebi, devlet adına suçları takiple yetkili savcının elde ettiği delillerin kamu davasının açılmasına yetecek olgunluğa eriştiğinde, kamu davasının açılması için iddianame düzenlenmesinin mecbur olmasıdır. Bir makama yasa koyucu tarafından bir yük yükledikten sonra, onun denetiminin öngörülmemiş olması çelişki olacaktır. Bu yola başvurunun başka bir gereği de, suçtan zarar gören vatandaşa bu kararın hukuka uygunluğunu ve haklılığını tartışma fırsatı vermektir.

CMK’nın bu konuya dair hükümleri şunlardır (madde 173):

- 1) Suçtan zarar gören, kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren on beş gün içinde, bu kararı veren Cumhuriyet savcısının

yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesi başkanına itiraz edebilir.

- 2) İtiraz dilekçesinde, kamu davasının açılmasını gerektirebilecek olaylar ve deliller belirtilir.
- 3) Başkan, kararını vermek için soruşturulmanın genişletilmesine gerek görür ise bu hususu açıkça belirtmek suretiyle, o yer sulh ceza hâkimini görevlendirebilir; kamu davasının açılmasının açılması için yeterli nedenler bulunmazsa, istemi gerekçeli olarak reddeder; İtiraz edeni giderlere mahkûm eder ve dosyayı Cumhuriyet savcısına gönderir. Cumhuriyet savcısı, kararı itiraz edene ve şüpheliye bildirir.<sup>72</sup>
- 4) Başkan istemi yerinde bulursa, Cumhuriyet savcısı iddianame düzenleyerek mahkemeye verir.
- 5) Cumhuriyet savcısının kamu davasının açılmaması hususunda takdir yetkisini kullandığı hallerde bu madde hükmü uygulanmaz.
- 6) İtirazın reddedilmesi halinde; Cumhuriyet savcısının, yeni delil varlığı nedeni ile kamu davasını açabilmesi, önceden verilen dilekçe hakkında karar vermiş olan ağır ceza mahkemesi başkanının bu hususta karar vermesine bağlıdır.

Savcının soruşturma işlemleri sonucunda verdiği takipsizlik kararı, idari nitelikte bir karardır. Bunun sebebi de savcının, suçları takiple görevli devlet ajanı sıfatından ileri gelmektedir. Bu nedenlerle savcı yeni delil elde ettiğinde veya ortada yeni bir delil olmasa dahi kendiliğinden takipsizlik kararını geri alabilir. Savcı, yeni delil olmadan yeni bir iddianame hazırlayamaz. Çünkü CMK 172/2<sup>73</sup> buna engeldir. Ancak bu durum yeni delil elde etmek için veya başka bir nedenle soruştur-

manın devam edilmesi için, takipsizlik kararının “geri alınması”na engel değildir. Bu açıklamayı yaptıktan sonra şu inceliği de belirtmek gerekir ki; *savcının takipsizlik kararına itiraz edilmiş ve bu itiraza itibar edilmeyerek, ağır ceza mahkemesi tarafından yargısal bir kararla, takipsizlik kararı haklı bulunmuşsa, savcı vermiş olduğu takipsizlik kararından dönemez.*

Takipsizlik kararına itirazın reddedilmesi halinde; savcının, yeni delil ortaya çıkması nedeniyle kamu davasının açılması için iddianame düzenleyebilmesi, itiraz dilekçesini inceleyen ağır ceza mahkemesi başkanının bu hususta karar vermesine bağlı tutulmuştur. Olayı ve delilleri incelemiş olan ve mesleğinin olgunluk zamanında olan ağır ceza mahkemesine bu yetkinin verilmesi yerindedir.

Ağır ceza mahkemesi başkanı, yeni delil varlığı nedeniyle kamu davasının açılması gerektiğini bildirerek soruşturma açılmasını istediğinde, savcı yeniden soruşturma işlemlerine girişir. Her ne kadar yeni delil varlığı nedenine dayalı soruşturma kararı, yargısal bir karar ise de, savcı yaptığı soruşturma sonucunda tekrar takipsizlik kararı verebilecektir. Bu karar da sonuçta bir takipsizlik kararı olduğu için, bu karara da itiraz mümkündür. İtiraz söz konusu olduğunda, yine ağır ceza mahkemesi bu itirazı inceleyecektir. Burada dikkat edilecek olan husus şudur:<sup>74</sup> Bu ağır ceza mahkemesi başkanı, soruşturulmanın yeniden yapılmasına karar veren başkan olamaz, çünkü o kanaatini açıklamıştır. Bu durum, yargılamada tarafsızlık ilkesi ile bağdaşmaz. Bunun çözümü, bir başka ağır ceza mahkemesi başkanının bu itirazı incelemesidir. Ağır ceza mahkemelerinin birden çok dairesinin bulunduğu yargı çevrelerinde sorun yoktur; numara olarak izleyen mahkemenin başkanı bu incelemeyi yapar. Eğer ağır ceza mahkemesinin tek bir dairesi varsa, o mahkemenin yargı çevresine en yakın ağır ceza mahkemesinin görevlendirilmesi gerekir.

“Cumhuriyet Savcısının yeterli ve gerekli araştırmayı yapmasına karşın soruşturma evresinin sonunda kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması hallerinde verdiği takipsizlik kararına itiraz halinde en yakın ağır ceza mahkemesi başkanı-

<sup>72</sup> Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 2006/23 E., 2006/11717 K. sayılı, 31.05.2006 tarihli kararı: “İtiraz mercii savcılıkça eksik soruşturma yapıldığını saptamıştır. Bu durumda 5271 sayılı CMK'nın 173/3 maddesinde öngörülen yönetime uygun biçimde soruşturmanın genişletilmesine yönelik bir görevlendirilme yapılması gerekmektedir. İtiraz nedenleri mercii tarafından yerinde bulunduğu takdirde, soruşturma eksikliğinden söz edilmeksizin itirazın kabulü ile takipsizlik kararının kaldırılması gerekir.”

<sup>73</sup> CMK, madde 172/2: “Kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verildikten sonra yeni delil meydana çıkmadıkça, aynı fiilden dolayı kamu davası açılmaz.”

<sup>74</sup> Erdener Yurtcan, a.g.e., s. 386.



nin itiraz konusunda bir karar verebilmesi için Cumhuriyet savcısının yaptığı araştırmanın yanında ayrıca bazı yeni araştırmalarında yapılmasına gerek görmesi halinde, Cumhuriyet savcısının yaptığı soruşturma sonunda topladığı kanıtların dışında yapılması gerekli görülen ek araştırma bizzat başkan veya görevlendireceği sulh ceza hâkimi tarafından yapılmalıdır.

Ancak Cumhuriyet savcısı tarafından gerekli kanıtların toplanmadığı hatta buna teşebbüs bile edilmediği anlaşılan hallerde, soruşturma evresi Cumhuriyet savcısınca tamamlanmalıdır. Aksi kabul, soruşturma safhasının asıl yetkilisi olan Cumhuriyet savcısı varken istisnai yetkili olan sulh ceza hakiminin soruşturmayı yapması sonucuna ulaşılır ki bu CYY'nin getirdiği sisteme ve yasanın amacına aykırıdır.” (CGK- 04.12.2007- 247/257)<sup>75</sup>

Bu konuya ilişkin Yargıtay kararları şu şekildedir:

**CD 04 <> E: 2007/9636 <>**  
**K: 2007/9375 <> Tarih: 14.11.2007**

**Kovuşturmaya Yer Olmadığına Dair Karar**  
**Kovuşturmama Kararına İtiraz**

5271 sayılı Yasa'nın 173. maddesi, Cumhuriyet Savcısının yaptığı “soruşturma” sonunda kovuşturmaya yer olmadığı kararının yargısal denetimini düzenlemiştir. Bu hükmün uygulanabilmesi için yasaya uygun bir soruşturma yapılmış olması gerekir. Cumhuriyet Savcısının yakınanın ifadesini alma dışında hiçbir soruşturma yapmadan kovuşturmama kararı vermesi üzerine yasaya uygun soruşturma yapmasını sağlamak amacıyla kararın kaldırılması kararı verilmesi yasa uygundur.

(5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, madde 160, 170, 172, 173)

Tehdit ve hakaret suçlarından kimliği meçhul şüpheli hakkında yapılan soruşturma sonunda Gebze Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen 08.05.2007 tarihli ve 2006/1099-2738 sayılı kovuşturmaya yer olmadığı kararına karşı yapılan itirazın kabulüne dair, merci (Kartal Birinci Ağır Ceza Mahkemesi Baş-

kanlığı)'nca verilen 29.06.2007 tarihli ve 2007/538-536 sayılı karar aleyhine Adalet Bakanlığı'nca verilen yasa yararına bozma isteğini içeren Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 24.09.2007 gün ve 181695 sayılı tebliğnamesiyle birlikte dava dosyası Daireye gönderilmekle incelendi ve gereği görüldü:

Tebliğnamede; “dosya kapsamına göre, kovuşturmaya yer olmadığına dair kararına itiraz üzerine incelemeyi yapan Ağır Ceza Mahkemesi Başkanının, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 173/3. maddesi uyarınca karar vermek için soruşturmanın genişletilmesine gerek görmesi halinde, bu hususu açıkça belirtmek suretiyle o yer sulh ceza hakimini görevlendirebileceği ve sonucuna göre de, kamu davası açılması için yeterli nedenler bulunmazsa istemin gerekçeli olarak reddine, delil bulunduğu takdirde ise kabulüne karar vermesi gerekeceği gözetilmeden, yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmemiştir.” denilmektedir.

İncelenen dosyada yakınanın Cumhuriyet Başsavcılığı'na verdiği 22.01.2007 tarihli dilekçede; cep telefonunu arayan ve kendisini Av. Serhat olarak tanıtan bir kişinin, 12.01.2007 günü saat 15.00 ile 16.30 arasında, 18.01.2007 günü saat 16.00 ile 18.00 arasında ve 18.30'da ve 21.01.2007 günü saat 11.00 ile 17.00 arasında yaptığı aramalarda; “sahtekar, şerefsiz” sözleri ile ve ayrıca “seni orada barındırmayacağız, bak başına neler getireceğiz” biçimindeki sözleri ile, hakaretle tehdit ettiğini ileri sürerek yakınmada bulunduğu, Gebze Cumhuriyet Başsavcılığı'nca yakınanın dilekçesi ve ifadesi alınmakla birlikte, yakınanın bildirdiği telefon numarasının bildirilen tarih ve saatlerdeki görüşme kayıtlarının istenmediği ve bu yönde bir inceleme yapılmadan, görüşmenin varlığı ve içeriği ile ilgili bir tanık ve kayıt bulunmaması nedeniyle soyut iddiadan ibaret yakınma hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verildiğinin açıklanarak, kararın yakınana tebliğ edildiği, itiraz üzerine dosyayı inceleyen merci Kartal Birinci Ağır Ceza Mahkemesi'nin ise, iddia ile ilgili hiçbir araştırma yapılmayıp, telefon görüşme dökümleri getirilip incelenmediğinden, kovuşturmaya yer olmadığı kararının kaldırılmasına ve gereğinin Gebze Cumhuriyet Başsavcılığı'nca yerine getirilmesine karar verildiği anlaşılmaktadır.

<sup>75</sup> Osman Şirin-Halim Aşaner-Özcan Güven-Gürsel Yalvaç-Muzaffer Özdemir-Kemalettin Erel, a.g.e., s. 884.

5271 sayılı CYY'nin 160. maddesi uyarınca bir suçun işlendiğine ilişkin ihbarı alan Cumhuriyet Savcısı, hemen işin gerçeğini araştırmaya başlamak ve maddi gerçeğin araştırılabilmesi ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak aynı Yasa'nın 170/2. maddesi uyarınca yapacağı değerlendirme sonucunda, toplanan delillerin suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturduğu kanısına ulaştığında iddianame düzenleyerek kamu davası açmak, aksi halde ise CYY'nin 172. maddesi gereği kovuşturmayaya yer olmadığına karar vermekle görevlidir.

Cumhuriyet Savcısının kovuşturmayaya yer olmadığına ilişkin kararına karşı yapılacak itirazla ilgili olarak CYY'nin 173/3. maddesinde; "Başkan kararını vermek için soruşturmanın genişletilmesine gerek görür ise, bu hususu açıkça belirtmek suretiyle, o yer sulh ceza hakimini görevlendirebilir; kamu davasının açılması için yeterli nedenler bulunmazsa, istemi gerekçeli olarak reddeder..." ve aynı maddenin 4. fıkrasında; "Başkan istemi yerinde bulursa, Cumhuriyet Savcısı iddianame düzenleyerek mahkemeye verir" hükümleri yer almaktadır.

Görüldüğü üzere CYY'nin 173. maddesi, Cumhuriyet Savcısının yaptığı "soruşturma" sonunda verilen kovuşturmayaya yer olmadığı kararının yargısal denetimini düzenlemiş ve merciin yapacağı inceleme sonunda vereceği kararın da kural olarak; "Cumhuriyet Savcısının iddianame düzenlemesini sağlama" ya da "kovuşturmama kararının yerinde bulunması" biçiminde sonuçlanmasını öngörmüştür. Ancak bu hükümlerin uygulanabilmesi için Cumhuriyet Savcısının yasaya uygun bir "soruşturma" yapmış olması zorunludur. Başka bir deyişle, Cumhuriyet Savcısı suçla ilgili soruşturmayı yapmasına karşın, merciin karar vermesi için eylemin suç teşkil edip etmediği ya da failin eylemi gerçekleştirip gerçekleştirmediği konularıyla ilgili olarak bazı hususların da araştırılması, ortaya çıkarılmasına gerek duyduğunda o yer sulh ceza hakimini görevlendirmen ve sonucuna göre kararını vermelidir.

Buna karşın, Cumhuriyet Savcısının CYY'nin kendisine yüklediği soruşturma görevini hiç yerine getirmedeği, ortada yasaya uygun bir soruşturmanın bulunmadığı bir durumda,

Yasa'nın 173/3. maddesi koşulları oluşmadığından, itirazı inceleyen merciin, Cumhuriyet Savcısının CYY'nin 160 vd. maddeleri uyarınca soruşturma yapmasını sağlamak maksadıyla itirazın kabulüne karar vermesi gerekmektedir.

Açıklanan yasal gerekler karşısında, incelenen dosyada Cumhuriyet Savcısının yakınının ifadesini alma dışında hiçbir soruşturma yapmaksızın kovuşturmayaya yer olmadığına karar vermesi nedeniyle CYY'nin 173/3. maddesi koşulları oluşmadığından, Cumhuriyet Savcısının yasaya uygun soruşturma yapmasına olanak sağlamak maksadıyla kovuşturmayaya yer olmadığı kararının kaldırılmasına karar vermesi yasaya uygun bulunmakla, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının tebliğnamesinde yer alan düşüncesi dosya içeriğine göre yerinde görülmediğinden, 5271 sayılı CYY'nin 309. maddesi uyarınca, yasa yararına bozma isteğinin **REDDİNE**, 14.11.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Kaynak: *Yargıtay Kararları* dergisi Mart 2008, s. 542.

**CD 11 <> E: 2006/4182 <>**

**K: 2006/6172 <> Tarih: 03.07.2006**

#### **Soruşturmanın Genişletilmesi**

5271 sayılı CMK'nın 173/3. maddesinde getirilen düzenleme karşısında, mahkemesince karar verilmesi için soruşturmanın genişletilmesine gerek görüldüğü takdirde, o yer sulh ceza hakiminin görevlendirilmesine karar verilmesi gerekir.

(5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, madde 173)

Kredi kartı hırsızlığı suçundan şüpheli meçhul şahıslar hakkında yapılan soruşturma evresi sonucunda Üsküdar Cumhuriyet Başsavcılığı'nca düzenlenen 28.11.2005 tarihli ve 2005/22527-12377 sayılı kovuşturmayaya yer olmadığına dair karara karşı yapılan itirazın kabulü ile hazırlık evrakının Üsküdar Cumhuriyet Savcısı'na gönderilmesine ilişkin, merci Kadıköy Birinci Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı'nca verilen 17.02.2006 tarihli ve 2006/95 müteferrik sayılı kararın; dosya kapsamına göre, mahkemesince, eylemin suç oluşturduğu nazara alınarak soruşturmanın

genişletilmesi gerekli bulunmakla ve soruşturmanın genişletilmesinde usul hükümlerinin Cumhuriyet Savcısı tarafından da yapılabileceğinden bahisle, itiraz dilekçesi ekinde müşteki vekili tarafından sunulan belgeye göre soruşturmanın genişletilmesine, H... Bank'tan A. U. ismiyle ek kart alan kişinin tespiti ile yapılan harcamaların sliplerinin temin edilerek imzalarının kime ait olduğunun tespit ettirilmek üzere hazırlık evrakının soruşturmayı yapan Üsküdar Cumhuriyet Savcısı'na gönderilmesine karar verilmiş ise de; 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "Cumhuriyet Savcısı'nın kararına itiraz" başlıklı 173. maddesinin 3. fıkrasındaki "Başkan, kararını vermek için soruşturmanın genişletilmesine gerek görür ise, bu hususu açıkça belirtmek suretiyle, o yer sulh ceza hakimini görevlendirilir." şeklindeki düzenleme karşısında; mahkemesince karar verilmesi için soruşturmanın genişletilmesine gerek görüldüğü takdirde, o yer sulh ceza hakiminin görevlendirilmesine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde Cumhuriyet Savcısı'na gönderilmesinde isabet görülmediğinden bahisle, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 309. maddesi uyarınca, anılan kararın bozulması lüzumu Yüksek Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü ifadeli 01.05.2006 gün ve 18382 sayılı yazılı emirlerine atfen Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 29.05.2006 gün ve YE.200695042 sayılı ihbarnamesiyle Daireye ihbar ve dava evrakı tevdi kılınmakla incelenip gereği görüldü:

Kanun yararına bozmaya atfen düzenlenen ihbarnamedeki düşünce yerinde bulunmakla Üsküdar Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen 28.11.2005 tarih ve 2005/22527-12377 sayılı kovuşturmaya yer olmadığına dair karara karşı yapılan itiraz üzerine soruşturmanın genişletilmesi için hazırlık evrakının Üsküdar Cumhuriyet Savcısı'na gönderilmesine ilişkin merci Kadıköy Birinci Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı'nca verilen 17.02.2006 gün ve 2006/95 Müt. sayılı kararın CMK'nın 309. maddesi uyarınca (BOZULMASINA), müteakip işlemlerin mahkemesince yerine getirilmesine dosyanın Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına (İADESİNE), 03.07.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Kaynak: *Yargıtay Kararları* dergisi Temmuz 2007, s. 1404.

## 5. İddianame<sup>76-77</sup> Düzenlenmesi

<sup>76</sup> Cumhuriyet savcısının iddianame haricinde düzenlediği hukuksal metinlerde vardır:

### Davaname

Bazı kanunlar Cumhuriyet Savcısına hukuk davaları açma ve takip etme görev ve yetkisi de vermiştir.

**Yaş Düzeltmesi Davaları:** Hazırlık soruşturması sırasında resen, tarafların ya da resmi dairelerin başvurusu üzerine Asliye Hukuk Mahkemesinde yaş düzeltilmesi davası açar. Bunun için gerekli belgeler olan, aile nüfus tablosu, doğum ilmhaber, doktor raporu gibi belgeler toplanmalıdır. Ayrıca doğum tarihini bilen tanıkların ifadelerine de başvurulmalıdır. Daha sonra yaşın düzeltilmesi kanaatine ulaşırsa davaname hazırlanarak mahkemeye gönderilir.

**İsim ve Kayıt Düzeltmesi Davaları:** Nüfus kaydında bulunan isim veya soy ismin düzeltilmesidir. Bu kayıtlar bir maddi hata söz konusu değilse mahkeme kararıyla düzeltilir. Bu davaları bundan yararı olanlar açabileceği gibi, resmi makamların talebi üzerine Cumhuriyet Savcılığı da açabilir.

Cumhuriyet Savcısı gerekli belgeleri toplayıp, tanıkları dinledikten sonra kamu düzeni açısından gerekli görüldüğü takdirde dava açabilir. Bu davaların duruşmalarında hazır bulunur, temyiz de edebilir.

2525 Sayılı Soyadı kanununun 3 ve 6. maddeleri, Nüfus Kanununun 46. maddesi hükümleri.

**Butlan Davaları:** Evlenme tarihinde evliliği geçersiz kılacak bir husus mevcutsa, eşlerden biri evli ise, daimi bir sebeple mümeyiz değilse, yasak derecede akrabalık varsa ilgililerden biri evliliğin butlanı için dava açabileceği gibi Cumhuriyet Savcısı da butlan davası açabilir.

Butlan davası o yer Asliye Hukuk mahkemesine açılır.

*Derneğin Feshi Davası vb.*

Suç eşyasının müsaderesi için yani bir güvenlik tedbirine hükmedilmesi için mahkemeye yazılan dilekçe. (TCK, madde 54/4; CMK, madde 259)

### Yetkisizlik Kararı

Cumhuriyet Savcılarının yetki alanı bağlı bulunduğu mahkemenin yetki alanı ile sınırlıdır. Cumhuriyet Savcısının olayı ve suçu takip edebilmesi için olayın bu sınırlar içinde cereyan etmesi gerekir. Burada genel yetki kuralları geçerlidir. Ayrıca özel kanunlarda özel yetki kuralları belirlenmişse yetkili makam bunlara göre belirlenecektir.

Suçtan zarar gören yetki sınırlarını bilmeyerek şikayetini yetkisiz yerde yapmış olabilir, soruşturma sırasında olayın başka bir Cumhuriyet Savcılığının yetki alanında işlendiği anlaşılabilir. Bu durumlarda soruşturmayı yapması için evrakın yetkili yere gönderilmesi gerekir. Aksi halde, kamu davası açıldığında mahkemenin yetkisizlik kararı ile dosyayı yetkili mahkemeye göndermesi gerekecektir.

Yetkisizlik kararı, soruşturmayı sona erdirmeyen ancak Cumhuriyet Savcısının evraktan el çekmesi sonucunu doğuran bir karardır.

Eğer soruşturma evrakı içinde Cumhuriyet Başsavcılığının yetki alanında gerçekleşmiş eylemlerden başka, diğer Cumhuriyet Başsavcılıklarının yetki alanlarında gerçekleşmiş eylemler de bulunuyorsa, birinci Cumhuriyet Başsavcılığı işlenmemiş suçlar ile ilgili olarak bağlı bulunduğu yerde bunlar ile ilgili soruşturmayı tamamlamamalıdır. Öncelikle kaç yer ile ilgili soruşturma var ise, bunlar hakkında ayırma kararı verdikten sonra yetkisizlik kararı ile ilgili yere göndermesi gerekir.

Daha sonra kovuşturma evresinde mahkeme tarafından gerekli görülürse bu davaların birleştirilmesine karar verilebilir.

CMK'nın 16 ve 18. maddelerine göre, davalar kovuşturma aşamasında birleştirilebilir ve yetkisizlik iddiasına ilişkin süre geçirilmiş ise yetkisiz mahkemede görülmeye devam eder.

#### **Görevsizlik Kararı**

Olay bir Cumhuriyet Başsavcılığının yetki alanında gerçekleşmiş ancak soruşturmayı yapma görevi başka bir Başsavcılıkta olabilir. Soruşturmayı görevli makama bırakmamız gerekir.

Şüpheli hakkında idari soruşturma yapılması gerekiyor olabilir. Bu durumda görevsizlik kararı ile dosya idari soruşturmayı yapacak, olayı takdir edecek olan idari makama gönderilir.

Suç askeri bir suç ise ve askeri mahkemenin görevine girdiği anlaşılırsa yine evrak görevsizlik kararına bağlanarak soruşturmayı yapacak askeri makama gönderilir.

Kabahatler Kanunu kapsamında kalıp Cumhuriyet Başsavcılığının eline başka suçlarla birlikte gelmiş olan eylemler veya doğrudan gelmiş olan soruşturmalar ile ilgili olarak görevsizlik kararı verilerek dosyayı koluk görevli ise Kaymakamlık, zabıta görevli ise Belediye Başkanlığına gönderilmesi gerekir.

#### **Fezleke**

Ağır Ceza Mahkemesi ve özel kanunlarla kurulmuş diğer ceza mahkemelerinin (Fikir Sanat Eserleri Hakkında Kanun, Markalar Kanunu, Çocuk Koruma Kanunu vs.) görev alanına giren yerlerde çalışan Cumhuriyet Savcılarının, kendi görev alanlarında işlenen ve Ağır Ceza Mahkemesi ile özel mahkemelerin görev alanına giren suçlarla ilgili olarak yaptıkları soruşturma evrakını, acil ve zorunlu soruşturmayı yaptıktan sonra davası ilgili yerde çalışan Cumhuriyet Savcıları tarafından açılmak üzere bir fezlekeye bağlayarak göndermeleri gerekir. (Bölge Adliye Mahkemeleri Kanununun Cumhuriyet savcılarının yetkisi başlıklı 21. maddesinin 2. fıkrası.)

#### **Birleştirme-Ayırma**

Devam etmekte olan iki hazırlık soruşturması arasında, şüpheliler, mağdurlar ve eylem yönünden hukuki olarak irtibat bulunabilir ve iki veya daha fazla hazırlık evrakının soruşturmasının bir arada yürütülmesi faydalı olabilir. Bu durumda soruşturma evraklarının kayıt tarihi en eski olan evrakta birleştirilmesi gerekir. Bu da numarası en küçük olan soruşturma evrakıdır. Diğer evrakların kaydı kapatılır.

Farklı yürütülmesi gereken soruşturmalar aynı dosya üzerinden yürütülüyor olabilir. Çocuk suçlarının söz konusu olduğu gibi durumlarda ayırma kararı verilir.

#### **Daimi Arama**

Ortada bir suç bulunup ancak faili tespit edilemeyebilir. Bu durumda suçun faili bulunana veya suç zamanışımına uğrayana kadar evrak daimi aramaya alınır ve bu süre içinde failin bulunması konusunda kolluk ile sürekli irtibat halinde bulunulur.

77 HD 02 <> E: 2007/9080 <> K: 2007/9395 <> Tarih: 04.06.2007

#### **Genel Kurul Toplantısının İptali**

##### **Görevli Mahkeme**

Dernekler Yasası'nın 32/b bendindeki, kanuna ve tüzüğe aykırı yapılan genel kurul ile alınan kararların iptaline ilişkin davalara bakma görevi Ceza Mahkemesine aittir.

(5237 sayılı TCK, madde 75) (5271 sayılı CMK, madde 172) (5253 sayılı Dernekler Kanunu, madde 32).

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen hüküm temyiz edilmekle, evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Dernek üyeleri tarafından Genel Kurul toplantısının iptali doğrultusunda açılmış bir dava yoktur. Davada, Türk Medeni Kanunu'nun 83. maddesinin uygulama yeri bulunmamaktadır. Dava, Cumhuriyet Savcılığı tarafından dernek genel kurulunda alınan kararların ve genel kurul toplantısının iptali (Dernekler Kanunu, madde 32/6) istemine ilişkindir.

Dernekler Yasası'nın 32/b maddesi, genel kurul toplantılarını kanun ve tüzüklerine aykırı olarak yapan veya dernek merkezinin bulunduğu veya tüzüğünde belirtilen yer dışında yapan dernek yöneticilerinin beşyüz milyon liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılacaklarını, son bendi ise; mahkemece kanun ve tüzük hükümlerine aykırı olarak yapılan genel kurul toplantılarının iptaline de karar verilebileceğini hükme bağlamıştır.

Türkiye Ulusal V... S... Dernekleri Federasyonu'nun 07.05.2005 tarihli genel kurul toplantısının yasa ve tüzük hükümlerine aykırı yapılması sebebiyle dernek yöneticileri hakkında soruşturma başlatılmış, suçun niteliği dikkate alınarak Türk Ceza Yasası'nın 75/1-c ve Ceza Muhakemeleri Yasası'nın 172. maddesi uyarınca ön ödeme yaptırılmış ve kovuşturmaya yer olmadığına karar verilerek evrak işleminden kaldırılmış, ancak kanun ve tüzüğe aykırı olarak yapılan genel kurul ile alınan kararların iptali için de Asliye Hukuk Mahkemesinde bu dava açılmıştır.

Türk Ceza Yasası'nın 75/1-c maddesindeki ön ödeme; bazı suçlarda sanığın mahkum olacağı para cezasını ödemek suretiyle, aleyhine kamu davasının açılmamasını, kamu davası açılmış ise ortadan kaldırılmasını amaçlamaktadır. Ön ödeme sebebiyle kamu davasının açılmaması yahut ortadan kaldırılması, ceza mahkemesinin; delilleri toplamasına, şartların oluşması halinde genel kurulun ve alınan kararların iptal edilmesine engel teşkil etmez.

Mahkemenin görevi kanun düzeni ile ilgilidir. Yargılamanın her aşamasında hakim tarafından kendiliğinden dikkate alması gerekmektedir. Dernekler Yasası'nın 32/b bendindeki kanuna ve tüzüğe aykırı yapılan genel kurul ile alınan kararın iptali Ceza Mahkemesi-

Soruşturma evresinin sonucunda, elde edilen deliller kamu davasını açacak seviyeye, olgunluğa ulaştığında mecburen; iddianame düzenleme konusunda takdir yetkisinin verildiği durumlarda ise, savcı takdir hakkını kamu davasının açılması yönünde kullandığında, bir iddianame düzenler. Kovuşturma evresine geçilebilmesi için, hazırlanan bu iddianamenin mahkeme tarafından kabul edilmesi gerekir. Başka bir ifade ile savcı iddianameyi mahkemeye vermekle kamu davası otomatik olarak açılmamaktadır. **Kamu davasının açılması iddianamenin mahkemeye verilmesi ile değil, bu iddianamenin kabul edilmesiyle gerçekleşir.** Bu düzenleme “davasız yargılama olmaz ilkesi”nin bir gereğidir.

İddianamenin yapısı ve içeriğinin nasıl olması gerektiği CMK madde 170’de gösterilmiştir. Buna göre:

- İddianame, görevli ve yetkili mahkemeye hitaben düzenlenir.
- Şüphelinin kimliği,
- Müdafii,
- Maktul, mağdur veya suçtan zarar görenin kimliği,
- Mağdurun veya suçtan zarar görenin vekili veya kanuni temsilcisi,
- Açıklanmasında sakınca bulunmaması halinde ihbarda bulunan kişinin kimliği,
- Şikâyette bulunan kişinin kimliği,
- Şikâyetin yapıldığı tarih,
- Yüklenen suç ve uygulanması gereken kanun maddeleri,<sup>78</sup>

ne aittir. Bu husus dikkate alınarak dilekçenin görev yönünden reddine karar vermek gerekirken, işin esasının incelenmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Sonuç: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle (BOZULMASINA), temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 04.06.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Kaynak: *Yargıtay Kararları Dergisi*, Ekim 2007, s. 1834. [Copyright © CD Medya Yazılım - Corpus™ Mevzuat ve İçtihat Programı]

<sup>78</sup> “AİHM, iddianamedeki sevk maddelerinde yazım hatasını, suçlamanın niteliği ve sebepleri hakkındaki bilgilendirme hakkının ihlali olarak görmemiştir.” (Gea

- Yüklenen suçun işlendiği yer, tarih ve zaman dilimi,
- Suçun delilleri, Şüphelinin tutuklu olup olmadığı; tutuklanmış ise, gözaltına alma ve tutuklama tarihleri ile bunların süreleri, gösterilir.
- İddianamede, yüklenen suç oluşturulan olaylar; mevcut delillerle ilişkilendirilerek açıklanır.
- İddianamenin sonuç kısmında, şüphelinin sadece aleyhine olan hususlar değil, lehine olan hususlar da ileri sürülür.
- İddianamenin sonuç kısmında, işlenen suç dolayısıyla ilgili kanunda öngörülen ceza ve güvenlik tedbirlerinden hangilerine hükmedilmesinin istendiği; suçun tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, ilgili tüzel kişi hakkında uygulanabilecek olan güvenlik tedbiri açıkça belirtilir. (CMK, madde 170)

Hazırlanan böyle bir iddianame ile savcı, sadece kamu davasının açılmasını amaçlamamaktadır. Böyle bir iddianame ile aynı zamanda kovuşturmanın yapılarak sanığın cezalandırılması istenir. Çünkü eldeki deliller suçlunun sanık sıfatını alması için yeterli hale gelmiştir. Ancak bu durum savcının sanık lehine olan delilleri göstermesine ve kovuşturma evresinin işleyişi içerisinde sanığın tahliye veya beraatini talep etmesine engel değildir.

### ***Ara Muhakeme Evresi***

Yeni Ceza Muhakemesi Kanunumuzda, ceza yargılamasının iki evresi olduğu belirtilir. Ancak bu evreler arasında, iddianamenin yetkili mahkemeye verilmesi ile başlayan ve kabul edilmesine kadar süren bir evre daha vardır. Bu evreye ara muhakeme evresi denilmektedir.

Kamu davasının açılması yeni CMK’da çok farklı bir şekilde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, savcının birinci derece yetkisi sadece iddianame düzenleme konusuna hasredilmiş ve hazırlanan iddianamenin kanuna

Katalan- İspanya’ya karşı, 10.02.1995) İsmail Malkoç-Mert Yüksektepe, a.g.e., 2008, s. 935.

uygun şekilde hazırlanıp hazırlanmadığını kontrol etme yetkisi de mahkemeye verilmiştir. Nitekim artık savcının hazırladığı iddianamenin mahkemeye verilmesi ile kamu davası açılmamakta, mahkemenin iddianameyi uygun bularak kabulü aranmaktadır.

Bu yeni düzenlemelerle birlikte, özel soruşturma kuralları bakımından da değişiklikler söz konusu olacaktır. Artık özel soruşturma neticesi hazırlanan fezleke doğrudan doğruya mahkemeye sunulmayacak, savcıya gönderilecektir. Savcı fezlekeye uygun şekilde hazırlayacağı iddianameyi mahkemeye sunacak ve bu şekilde ara muhakeme evresi başlayacaktır. Savcının hazırlayacağı iddianame ne kadar fezlekeye uygun olursa olsun, mahkeme bu iddianameyi kabul etmeyecektir. Çünkü yeni sistemle getirilmek istenen ve özlenen uygulama, tek celsede duruşmanın bitirilmesidir.

Eski uygulamada söz konusu olan bir yanlışlık da bu yeniliklerle giderilmiş olacaktır. Çünkü eski sistemde baştan savma hazırlanan iddianamelerin mahkemeye verilmesi ile kamu davası açılmakta ve bir sürü eksikliği olan iddianamenin açıklarını mahkeme kapamaya çalışmaktaydı. Bu durumda dava ya zamanaşımına uğramakta, ya da delil yetersizliğinden sanığın beraatıyla sonuçlanmaktaydı. Uzayan davalar kişilerin ve devletin masraf yapmasına, hatta bazen insanların özgürlüğünün kısıtlanmasına sebebiyet veriyordu. Bu endişelere sebebiyet verecek iddianame, iade edilmesi gerekirken mahkeme aksine davranıp, kendisi delil toplamaya, açıkları gidermeye veya hataları düzeltmeye kalkışamaz. **“Çünkü iddia faaliyetleri ile yargılama tek bir kişi veya kurulda birleşemez, birleşirse, adil yargılama ilkesi ihlal edilmiş olur.”**<sup>79</sup> (AİHS, madde 6; AY, madde 36)

## 6. İddianamenin İadesi

Yargılamanın uzamasının önüne geçmek için iddianamenin iadesini öngören yeni CMK uyarınca, artık; savcının eksiksiz bir iddianame hazırlaması ve davaların tek duruşmada ya da mecburi hallerde birbirini izleyen birkaç duruşmada sonuçlandırılması gerekmektedir. Gerçekten iyi bir soruşturma yapılmayarak

açılan kamu davaları neticesinde, eksik olan delilleri toplama işi mahkemelere kalmakta ve bu durum muhtelif sıkıntılar yaratmaktaydı.

Savcılıkça hazırlanan iddianame, madde ve yer yönünden yetkili mahkeme tarafından CMK 170 ve 174 maddeleri uyarınca incelenecek ve bir eksiklik, hata bulunduğu iade edilebilecektir. Mahkemenin yapacağı bu inceleme, iddianamenin ve soruşturma evrakının verildiği tarihten itibaren on beş gün içinde olacaktır. Bu inceleme yapılırken bütün belgeler incelenecek ve eksikler, hatalar gösterilerek, CMK'nın 174. maddesinde tahdidi şekilde gösterilen sebeplere göre iade edilebilecektir.<sup>80</sup>

İddianamenin iadesi kavramı bir geriye dönüş olduğu için, iade ile birlikte iş soruşturma evresine geri dönmektedir. Savcı girişeceği yeni soruşturma işlemlerinde, iade kararı ile bağlı değildir. Çünkü iade kararı ile bağlı kalsa ya eksiklikleri tamamlayacak, ya da takipsizlik kararı verecektir. Bu durum ise ne kanunun yapısına nede pratiğe uygundur. Çünkü demin de belirtildiği üzere; iade bir geriye dönüşü simgeler, iş soruşturma aşamasına geri döndüğü için savcı yeni deliller elde etmek için araştırmalar yapabilecektir. Bu araştırmalar sonucunda elde edilen deliller, iddianamenin yapısını değiştirebilecektir. Şöyle ki, yeni elde edilen veya edilemeyen deliller neticesinde takipsizlik kararı verilebilecektir. Ayrıca iddianameye bazı şüpheliler eklenebileceği gibi, bazı şüpheliler de çıkarılabilecektir.

İddianamelerin iadesi kurumunda dikkat edilmesi gereken bir nokta daha vardır. Bu da mahkemelerin iddianameyi iade ederken hangi usul çerçevesinde hareket edeceği. Çünkü mahkeme iddianameyi iade ederken o dava ile ilgili görüşler açığa çıkabilir. Bu nedenle hâkimin reddi müessesesi de devreye girebilir. Bu gibi durumların söz konusu olmaması için taraflara ve savcıya dosyanın başka bir mahkemeye gönderilmesi konusunda bir hak tesis edilmesi akla gelen ilk çözüm yoludur. İade kararına karşı savcıya tanınmış olan itiraz halinde de bu husus ileri sürülebilir.

<sup>79</sup> Öztürk, a.g.e., s. 641.

<sup>80</sup> CD 05, E: 2007/1176 K: 2007/1232 Tarih: 19.02.2007.

İddianamenin iadesi kararı sonucunda mahkemenin istediği eksiklikler giderildiğinde, ilk kararda belirtilmeyen iade sebeplerine dayanılarak tekrar iade yoluna gidilemez. (CMK, madde 174/4) Bu maddenin düzenlenmesi yargılamanın uzamaması ve hak ihlallerinin söz konusu olmaması bakımından yerindedir, ancak eksiktir. Çünkü iddianame iade edildiğinde savcı tamamen serbest olduğu için, yeni deliller elde etmek amacıyla soruşturma işlemlerine girişip, iddianameye yeni şüpheliler ekleyebilecek, bazı şüphelileri çıkartacak, yeni suç şüphesi taşıyan fiilleri ekleyebilecek hatta iddianamede şüphelilerin cezalandırılmasını istediği hukuki sebebi de değiştirebilecektir. Bu durumda ise yepyeni bir iddianame söz konusu olacak ve bu iddianamenin de eksiklikleri olabilecektir. Bu nedenle böyle durumlarda mahkemeye yeniden iddianamenin iadesi yetkisinin tanınması gereklidir.

“Devletin, Cumhuriyet başsavcılığı makamları dışında kalan makamları tarafından işin doğrudan mahkemeye gönderildiği durumlarda, bu makamların iddianamenin yerine geçen dava açan belgeleri iade edilemez. Zira kanun sadece iddianamenin iadesini düzenlemiştir.”<sup>81</sup>

Bir güvenlik tedbiri olan müsadereye hükmedilebilmesi için TCK 54/4 ve CMK 259. maddesine göre Sulh ceza mahkemesine sunulan dilekçe iddianame değildir ve iade edilemez.<sup>82</sup>

Açıklamalarımız ve kanun lafzı ışığında, iddianamenin iade sebeplerini ihtimaller dâhilinde sıralamamız faydalı olacaktır.

### ***İddianamenin İadesi Sebepleri***<sup>83</sup>

#### **a) Şekli Yönden İnceleme**

Şekli inceleme yapılırken şu hususlara dikkat edilmesi gerekir:

- İddianamenin görevli (madde bakımından yetkili) mahkemeye verilmesi gerekir. Ör-

neğin; ağır ceza mahkemesine verilmesi gereken iddianame, asliye ceza mahkemesine veya bir ihtisas mahkemesine verilmesi gereken iddianame ağır cezaya verilirse iddianame iade edilir.<sup>84</sup>

- İddianame yetkili (yer bakımından yetkili) mahkemeye verilmesi gerekir. Örneğin; bir suç işleme kararının icrası kapsamında, bir kişi diğer kişinin Ankara, İstanbul ve Kastamonu'daki fabrikalarını birer hafta arayla yakmıştır. Bu olayda bir zincirleme suç söz konusu olduğu için, CMK 12/2 gereğince yetkili mahkeme son suçun işlendiği yer olan Kastamonu Mahkemeleri'dir. Bu nedenle Ankara veya İstanbul Mahkemeleri'ne hitaben düzenlenmiş iddianamelerin iade edilmesi gerekir.
- İddianame düzenlenirken kişi bakımından yetki kurallarına uyulması gerekir. Örneğin; asker kişinin askeri suçundan dolayı sivil savcılıkça düzenlenip, sivil ceza mahkemelerine sunulan iddianameler de iade edilir.
- İddianameyi savcı hazırlar. Bu nedenle özel soruşturma hallerinde düzenlenen fezlekeler, iddianame şeklinde hatta adında mahkemeye sunulsalar bile itibar edilmez ve bu fezlekeler savcıya gönderilir. İddianamenin iadesi kurumu bu şekilde davranışı gerektirir. Ayrıca savcının isminin de yazılması gerekir.
- Suç şüphesi üzerine savcının harekete geçebilmesi için şüphelinin açık kimliği gerekli değildir. Çünkü fail değil, fiil ihbar veya şikâyet edilir. Ancak savcı soruşturma işlemleri sonucunda iddianame düzenlemek isterse şüphelinin açık kimliğini teşhis etmesi gerekir. Sadece ferdin veya fiziki kimlik olarak tespit edilmesi yeterli değildir. Ayrıca sanığın hazır bulunması yargılama şartlarındandır. Şüphelinin kim olduğu tespit edilmeden düzenlenen iddianame iade edilmesi gerekir.
- Müdafinin kim olduğu ve adresi gösterilmesi gerekir.

<sup>81</sup> Toroslu-Feyzioğlu, a.g.e., s. 270, 271.

<sup>82</sup> 4. CD 19.04.2006, 12894/9686 Malkoç-Yüksektepe, a.g.e., s. 947.

<sup>83</sup> Bkz.: Öztürk, a.g.e., s. 643-647.

<sup>84</sup> “Duruşmada suçun hukuki niteliğinin değiştiğinden bahisle görevsizlik kararı verilerek dosya alt dereceli mahkemeye gönderilemez.” (CMK, madde 6)

- Varsa maktul, mağdur veya suçtan zarar görenin ve vekili ya da kanuni temsilcilerinin kimliği yazılması gerekir.
- Açıklanmasında sakınca bulunmayan hallerde ihbarda bulunan kişinin kimliği gösterilmesi gerekir.
- Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan suçlarda şikâyetçinin kim olduğunun ve şikâyet tarihinin yazılması gerekir.
- Şikâyete tabi ve diğer uzlaşma kapsamındaki suçlarda uzlaşma yoluna gidilmesi gerekir.
- Ön ödemeye tabi bir suç söz konusu olduğunda, ön ödeme usulü işletilmiş olması gerekir.
- Yüklenen suçun ne olduğu, şüphelinin eylem/fiilleri gösterilmesi gerekir. Bu husus çok önemlidir. Çünkü mahkeme yargılama sırasında tarafların ileri sürdükleri iddia ve savunmalarla bağlı değildir. Ancak mahkeme “davasız yargılama olmaz” ilkesi gereği iddianamede gösterilen şüpheli/şüpheliler ve fiilleri ile bağlıdır. Yani, sadece iddianamede gösterilen kişiler ve fiilleri hakkında hüküm kurulur.
- Şüphelinin tutuklu olup olmadığı belirtilmelidir. Ayrıca tutuklu işlerde, gözaltına alma ve tutuklama tarihleri ile bunların süreleri gösterilmesi gerekir.

İddianamede başta asıl fail olmak üzere diğer şüphelilerin isimlerinin doğru yazılması gerekir. İsim karışıklığı bazen yargılamanın devam ettirilerek yanlış kişi hakkında hüküm kurulmasına veya aleyhinde hüküm kurulması gereken kişinin beraat etmesine neden olabilmektedir. Uygulamada buna dair örneklerle karşılaşmaktadır. Yargılamanın yenilenmesi nedeniyle bu karışıklık önlenilecekse de hak ihlallerinin önüne geçmek için, bu konuda hassas davranılması gerekir. Eğer bu tip bir karışıklık dosyada bulunan ve resmi nitelik taşıyan bir belge ile giderilebiliyorsa sorun yoktur. Örneğin Coşkun yerine Coşgun diye yazılması İddianamenin iadesi sayılamaz. Ancak, bir karşılıksız çek keşidesinde soyadı aynı olan iki kişiden birisi keşideci diğeri cianta ise, yanlışlıkla ciantanın isminin yazılması iddianamenin iadesi sebebi sayılması gerekir.

## b) Olayların Delillerle İlişkilendirilmesi Yönünden İnceleme

Mahkeme iddianamenin şekil açısından yerinde olduğunu görürse veya bu eksiklikleri elde tutarak iddianameyi diğer yönlerden incelemeye başlar. İddianamenin belki de en önemli kısmını oluşturan ve CMK 170/4’de açıkça belirtilen şartı, yani yüklenen suçun mevcut delillerle ilişkilendirilerek açıklanması hususunu araştırır. Bu şartta; devlet adına iddia faaliyetinde bulunan savcının neden şüphelinin cezalandırılması gerektiğini açıkça bildirmesi gerekir. Hukuk devleti ancak eylemlerin deliller açısından tartışıldığı bir iddianamede gölgesini gösterir. Bu kurala riayet edilmeden hazırlanmış iddianameler kesinlikle iade edilmelidir.

Şimdiye kadarki uygulamada görülen ve iddianamenin iadesi kurumuyla giderilmeye çalışılan bu durumun istenilen seviyeye ulaştığı söylenemez. Örneğin; çok önemli bir çete suçundan dolayı düzenlenen ve onlarca kişinin şüpheli gösterildiği bir iddianame, önemine binaen çok ayrıntılı, delillerin olaylarla ilişkilendirilerek tartışıldığı, bazı şüphelilerin lehine düzenlemeler varsa, bunların gösterildiği bir iddianame olması gerekirken, amiyane tabirle; torba bir iddianame düzenlenebilmektedir. Sanık avukatlarının, yani müdafilerin yegâne savunma malzemesi olacak olan iddianamenin bu şekilde düzenlenmesi kabul edilemez.

Mahkemenin yukarıdaki açıklamalara uymayan bir iddianameyi iade etmesi kesinlikle olayla ilgili görüşünü belirttiği anlamına gelmez. Ancak mahkeme bu durumda delillerin nasıl tartışılması gerektiğine dair açıklamalarda bulunamaz. Mahkemenin yapacağı iş, iddianamede böyle bir tartışma bulunup bulunmadığını tespit etmek, mevcut değilse böyle bir tartışmanın olması gerektiğini savcıya açıklamaktır.

Tüm bu açıklamaların ve kanuni düzenlemeler durup dururken yapılmamıştır. Eski CMK döneminde hazırlanan iddianamelerin ciddi bir soruşturma evresi geçirmeden hazırlanması, delillerin belirtilmemesi, iddia makamının görüşünün belirsiz olması ve en önemlisi savcının iddianameyi mahkemeye vermekle kamu davasının açılması mahkemeyi zor durumda bırakıyor, açılan davaların



yarısından çoğu beraatla sonuçlanıyordu. Bu durum ise tahammül edilemez hak ihlallerine yol açarak, Türk adalet sistemine karşı güveni azaltıyordu.

Eski CMK'da olmayan "delillerin olaylarla ilişkilendirilmemiş olması", adalete güveni tekrar tesis edici ve hak ihlallerini önleyici nitelikte önemli bir düzenlemedir.

Yine aynı nitelikte bir düzenleme olan ve Eski CMK'da yer almayan "iddianamenin sonuç kısmında, şüphelinin sadece aleyhine olan hususlar değil, lehine olan hususlar da ileri sürülür" ibaresi, uluslararası hukukta en çok öneme haiz olan ve yargılamaya dair sanık haklarının anası konumundaki "adil yargılanma" hakkını içselleştirmiş Türk yargı sistemi için sevindirici bir gelişmedir. Bu hususa uyulmaması iddianamenin iadesini gerektirir. Örneğin; iddianameye esas olan delillerden bazılarının hukuka aykırı şekilde elde edilmesi durumunda, savcı ne kadar kendi yönetiminde elde edilen delilin hukuka aykırı olduğunu söylemesi zor olsa da, bu hususu düzenlediği iddianamenin sonuç kısmında belirtecektir. Belirtmemesi ise mutlak bozma sebebidir. (CMK, madde 289/1-i)

*Mahkemenin yapacağı inceleme sonucunda, iddianameyi suçun hukuki nitelendirilmesi sebebiyle iade edemez.* (CMK, madde 174/2) Çünkü ceza yargılaması üçayak üzerine kurulmuştur ve tez, antitez, sentez şeklinde cereyan edecektir. Mahkemenin iddia makamının hukuki nitelendirmesini beğenmemesi bu ayaklardan birinin kırılmasına ve ceza yargılamasının çökmesine neden olur. *"Burada ele alınan iade sebeplerinin temel amacı, 'iddia makamının somut olaya ilişkin görüşünü hukuka uygun ve tam olarak alabilmesidir."*<sup>85</sup>

Yeni CMK ile delilleri elde etme görevi sadece savcıya verilmiştir. *Mahkemenin ise delil elde etme hakkı vardır ama yükümlü değildir.* Bu nedenle dosyanın dava açılırken tekemmül etmiş olması, CMK ile amaçlanan ilk duruşmada veya zorunlu halde bir sonraki celsede, davanın bitirilmesi amacının şartıdır.

### c) İnceleme Süresi

Kanun, Mahkemenin iddianamenin uygun olup olmadığına dair yapacağı incelemeyi 15 gün ile sınırlamıştır. Bu süre iddianamenin ve soruşturma evraklarının mahkemeye verildiği tarihten itibaren başlar.

"Anılan bu süre hukuki olarak nitelik itibarıyla, yukarıda ele aldığımız 'dava süresi' gibi bir süredir. Yani, zamanaşımı gibi kesilme ve durmalarla uzamaz; hak düşürücü süreden farklı olarak, özürsüz olarak geçmesi halinde dahi eski hale getirme isteminde bulunulmaz. Süre geçmekle iade yetkisi ortadan kalır."<sup>86</sup>

CMK madde 174/1'e göre 15 günlük bu süre içerisinde iade edilmeyen iddianame kabul edilmiş sayılacak ve kamu davası açılacaktır. Peki, iş yoğunluğu veya haklı başka gerekçelerle bu süre yetmemişse ve esasa ilişkin yanlışlıklar, eksiklikler varsa durum ne olacaktır. Bu durumda esas şekle kurban edilecek midir? İddianamenin iadesi müessesesi için bu süreyi düzenleyici bir süre olarak saymamamız lazımdır. Ancak çok önemli bir eksiklik veya yanlışlık varsa, sanık lehine düzenlenmiş olan bu hükmü amaçsal yorumlamamız lazımdır. Bu nedenle esas şekle kurban edilemez ve bu süreyi düzenleyici bir süre olarak algılayarak hareket etmek ve iade imkânı getirmek yerinde olacaktır.

Mahkemenin yapacağı bu inceleme sırasında sanık, müşteki ve müdahil avukatı olarak, açıkça düzenlenmiş kanuni bir yetkimiz olmamasına rağmen iddianameyi kabul edecek olan mahkemeye, iddianamenin eksikliklerini, hatalarını içeren ve bu iddianamenin iade edilmesi gerekliliğini belirten bir dilekçe vermelerinde bir engel yoktur.

### d) İtiraz Üzerine Düzenlenen İddianamenin İadesi Mümkün müdür?

Cumhuriyet savcısı, soruşturma evresi sonucunda, kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması hallerinde kovuşturmayla yer olmadığına karar verir. (CMK, madde 172/1) Suçtan zarar gören, kovuşturmayla yer olmadığına dair kararın kendisine tebliğ edildiği tarih-

<sup>85</sup> Öztürk, a.g.e., s. 647.

<sup>86</sup> Öztürk, a.g.e., s. 647.

ten itibaren on beş gün içinde bu kararı veren Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı en yakın ağır ceza mahkemesi başkanına itiraz edebilir. Başkan istemi yerinde bulursa, Cumhuriyet savcısı iddianame düzenleyerek mahkemeye verir. (CMK, madde 173)

Kanun lafzında itiraz üzerine, savcı iddianame düzenleyerek “verir” demektedir. Bu maddeye göre savcı bu konuda yükümlü tutulmuştur. Bunun sebebi de; Anayasanın 138. maddesinin dördüncü fıkrasından ileri gelmektedir. Gerçekten bu maddeye göre; yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarını hiçbir surette değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez. Bu düzenleme gereği devletin bir ajanı olan ve devlet adına suç isnadında bulunan savcı iddianame düzenlemeye mecburdur, ancak mahkeme bu iddianameyi kabul etmeye mecbur değildir. Çünkü Anayasanın 138/2 maddesine göre; hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere emir ve talimat veremez; tavsiye ve telkinde bulunamaz. Bu nedenle takip-sizlik kararını inceleyen ağır ceza mahkemesinin iddianame düzenlenmesi konusundaki kararı, sadece savcıyı bağlar ve savcının hazırladığı iddianame de mahkeme tarafından iade edilebilir.

#### e) İddianamenin İadesi Üzerine Cumhuriyet Savcısının Görevi

Cumhuriyet savcısı, iddianamenin iadesi üzerine, kararda gösterilen eksiklikleri tamamladıktan ve hatalı noktaları düzelttikten sonra, kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesini gerektiren bir durumun bulunmaması halinde, yeniden iddianame düzenleyerek dosyayı mahkemeye gönderir. İlk kararda belirtilmeyen sebeplere dayanılarak yeniden iddianamenin iadesi yoluna gidilemez. (CMK, madde 174/4)

İddianamenin iadesi sonucunda hazırlanan yeni iddianame birden fazla iade edilebilir mi? Bu sorunun cevabı kanunda yazmadığı için, kamu davasının açılmasında hakları etkilenen kişilerin lehine ihdas edilmiş bu düzenlemeyi yine bu kişiler lehine yorumlayarak, bu hususta bir sınır getirmemek lazımdır.

#### f) İddianamenin İadesi Kararına İtiraz

İddianamenin iadesi kararından sonra, savcı iddianame düzenlemek zorunda ise de, bu karara karşı itiraz yolunu da kanun koyucu kendisine vermiştir. Mahkeme kararlarına kural olarak itiraz edilemese de, hâkim kararlarına ve kanunun gösterdiği hallerde, mahkeme kararlarına karşı itiraz mümkündür. (CMK, madde 267) İtiraz kararın yerine getirilmesinin geri bırakılması sonucunu doğurmaz. Ancak, kararına itiraz edilen makam veya kararı inceleyecek merci kararın icrasının geri bırakılmasına karar verebilir.

İddianamenin iadesi kararına karşı, savcı tarafından yapılan itirazlarda, birkaç cümlecik bir kararla itirazların reddedilmesi uygulamada görülen hatalardır. Tutuklama kararlarına karşı ileri sürülen itirazlarda da bu tutum sergilenmektedir. İtiraz kanun yolundan amaçlanan hedefi bertaraf eden bu uygulama, CMK'nın buna dair maddelerini açıkça çiğnenerek devam etmektedir.

CMK madde 34'e göre “hâkim ve mahkemeleri her türlü kararı, karşı oy dâhil, gerekçeli olarak yazılır. Gerekçenin yazımında 230. madde göz önünde bulundurulur. Kararların örneklerine karşı oylar da gösterilir.”

“Uygulamada, iddianamenin iadesi konusunda bir başka sıkıntıdan bahsedilmektedir:

Örneğin; savcı, iddianamesini “olayda hırsızlık” (TCK, madde 141) olduğundan bahisle yetkili asliye ceza mahkemesine verir. Mahkeme olayda nitelikli yağma (TCK, madde 149) bulunduğunu söyleyerek iddianameyi iade eder. Bunun üzerine savcı, bu kez iddianamesini ağır ceza mahkemesine verir. Ağır ceza mahkemesi de, olayın hırsızlık olduğunu ileri sürerek, iddianameyi iade eder.

Böyle bir durumda dava ortada kalmış gibi bir izlenim ortaya çıkmaktadır. Oysa burada çözüm yok değildir. Bilindiği gibi, CMK madde 174/son fıkraya göre, savcının bu gibi durumlarda itiraz yetkisi vardır. İtiraz merci, bu konuda hangi mahkemenin yetkili olduğunu belirleyecektir.<sup>87</sup>

Ancak bu gibi olaylarda başka sorunlar da gündeme gelmektedir. 5271 sayılı Ceza Mu-

<sup>87</sup> Öztürk, a.g.e., s. 649.

hakemesi Kanunu'nun "iddianamenin iadesi" başlıklı 174. maddesinde; iddianamenin iadesi nedenlerini 1. fıkrada göstermiş, 2. fıkrada ise "suçun hukuki nitelendirilmesi sebebiyle iddianame iade edilemez" denilmiştir. Yukarıdaki cevap bu soruyu cevapsız bırakmaktadır.

Bu nedenle görev konusunda iddianame-de açık bir yanlışlık veya çelişki olması halinde iddianamenin iadesi mümkün ise de böyle bir durumun olmadığı ve bir hukuki değerlendirmenin yapıldığı durumlarda en uygun çözüm; mahkemenin iddianameyi kabul edip, görevsizlik kararı vermesidir. Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir.<sup>88</sup>

### Bu Konuya Ait Yargıtay Kararları

**CD 05 <> E: 2007/1176 <>**

**K: 2007/1232 <> Tarih: 19.02.2007**

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 174/1. maddesine dayanılarak 5237 sayılı TCK'nın 103/6. maddesi gereğince suçun sonucunda mağdurenin beden veya ruh sağlığının bozulup bozulmadığı hususunda Adli

<sup>88</sup> CD 03 <> E: 2007/8659 <> K: 2007/5291 <> Tarih: 27.06.2007.

#### İddianamenin İadesi

##### Suçun Hukuki Nitelendirmesi

Suçun hukuki nitelendirmesi sebebiyle iddianame iade edilemeyeceğinden, mahkemenin kendi nitelendirmesine göre suçun daha ağır yüksek mahkemenin görevine gireceği durumda, görevsizlik kararı vererek dosyayı görevli mahkemeye göndermesi gerekir. (5271 sayılı CMK, madde 170, 174)

Gereği görüşülüp düşünüldü;

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "iddianamenin iadesi" başlıklı 174. maddesinde; iddianamenin iadesi nedenlerini 1. fıkrada göstermiş, 2. fıkrada ise "suçun hukuki nitelendirilmesi sebebiyle iddianame iade edilemez." denilerek soruşturma evresinde suçun nitelendirilmesinin soruşturmayı yapan Cumhuriyet Savcısına ait olduğu vurgulanmak istenmiştir.

Bu nedenle iddianamenin iade edilemeyeceği madde metninde belirtilmiş bulunmaktadır. Suçun nitelendirilmesinde farklı düşünüp mahkemenin, kendi nitelendirmesine göre suçun daha Ağır Yüksek Mahkemenin görevine gireceği durumda ise görevsizlik kararı vererek dosyayı görevli mahkemeye göndermesi gerekmektedir. Bu nedenle, Nevşehir Ağır Ceza Mahkemesi'nin iddianamenin iadesine dair karara karşı yapılan itirazın kabulü yerine reddine karar vermesinin yasaya aykırı olduğu anlaşılmakla...

Kaynak: *Yargıtay Kararları Dergisi*, Ekim 2007, s. 1954.

Tıp Kurumundan rapor alınmadığı gerekçesiyle iddianamenin iade edilemez.

(5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, madde 174) (5237 sayılı TCK, madde 103)

Kaynak: Corpus Arşiv

**CD 02 <> E: 2005/8209 <>**

**K: 2005/19963 <> Tarih: 29.09.2005**

Eylemin suç tarihi itibarıyla şikâyete bağlı olması sanık lehine olduğu gibi, uzlaşma kapsamında olması da sanık lehinedir. Uzlaştırma işlemi yapılmadan dava açılması ise iddianamenin iade sebebidir.

(5237 sayılı TCK, madde 73/8, 86/2) (5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, madde 174/1, 253, 254)

Kaynak: *Yargıtay Kararları* dergisi Aralık 2005, s. 1915.

**CD 04 <> E: 2005/13135 <>**

**K: 2006/2163 <> Tarih: 08.02.2006**

İddianame, suçun uzlaşmaya tabi olduğundan bahisle iade edilmiştir. Şüphelilerin eylemleri 01.06.2005 tarihinden önce gerçekleştiğinden lehe olduğunun belirlenmesi durumunda 765 sayılı Yasa'nın uygulanma olanağı bulunmaktadır. Hem hakim hem de Cumhuriyet Savcısı 765 sayılı Yasayı dayanak almış ancak eylemleri farklı nitelendirmişlerdir. Re'sen soruşturulacak ölümle tehdit eylemiyle birlikte gerçekleştirilen kendiliğinden hak alma eylemi şikâyete tabi olmadığından uzlaşmaya konu olamaz.

Öte yandan mahkeme fiilin nitelenmesinde iddia ve savunmalarla bağlı değildir ve kamu davasının açılması halinde uzlaşmaya tabi bir suç varsa usule göre mahkemece de uzlaşma yapılabilir.

Kaynak: *Yargıtay Kararları* dergisi Mayıs 2006, s. 820.

**CD 10 <> E: 2007/693 <>**

**K: 2007/7075 <> Tarih: 11.06.2007**

1 Haziran 2005 tarihinden itibaren para cezalarının alt sınırının 450 milyon liraya, üst sınırının ise 100 milyar liraya çıkarıldığı gözetilmelidir.

Ön ödeme ihtaratının yapılmaması veya usulüne uygun olarak tebliğ edilmemiş olmasına karşın iddianame ile dava açılması halinde iddianame iade edilebilecekken, ön ödeme ihtaratının içeriğinde yer alması gereken diğer hususlardaki aykırılıkların, ön ödeme usulünün uygulanmaması olarak kabulü mümkün değildir.

(5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, madde 174) (5252 sayılı TCK Uygulama Şekli Kanunu, madde 4, 5)

5271 sayılı CMK'nın 174/1-c maddesinde, "Ön ödemeye veya uzlaşmaya tabi olduğu soruşturma dosyasından açıkça anlaşılan işlerde ön ödeme veya uzlaşma usulü uygulanmaksızın düzenlenen iddianamenin Cumhuriyet Başsavcılığına iadesine karar verileceği" hükmüne yer verilmiştir.

Anılan maddedeki "ön ödeme usulü uygulanmaksızın" ibaresi, iddianamedeki atılı suçun ön ödemeye tabi olması halinde, Cumhuriyet Savcılığı'nca şüpheliye ön ödeme ihtaratının yapılmaması veya usulüne uygun olarak tebliğ edilmemiş olmasına karşın iddianame ile dava açılması anlamına gelmekte olup, ön ödeme ihtaratının içeriğinde yer alması gereken diğer hususlardaki aykırılıkların, ön ödeme usulünün uygulanmaması olarak kabul edilmesi olanaksızdır. Zira yasa koyucunun amacı böyle olmasa idi, ilgili hüküm "ön ödeme usulü uygulanmaksızın" değil, "usulüne uygun ön ödeme ihtarı yapılmaksızın" düzenlenen iddianamenin iadesinin gerektiği şeklinde düzenlenirdi.

Aksi durumun kabulü, duruşma tensip kararı ile yeniden ön ödeme ihtararı yapılması olanağı bulunmakta iken, mahkemeler ile Cumhuriyet Savcılıkları arasındaki, ön ödeme ihtaratının içeriğine ilişkin tüm hukuki görüş aykırılıklarının, iddianamenin iade sebebi haline getirilmesi, dolayısıyla da, soruşturmanın ve buna bağlı olarak da yargılamanın daha da uzaması sonucunu doğuracaktır.

Kanun yararına bozma talebinin belirtilen değişik gerekçelerle kabulü ile Alanya Dördüncü Asliye Ceza Mahkemesi'nin 25.09.2006 gün ve 2006/104 müteferrik sayılı kararının 5271 sayılı CMK'nın 309. maddesi uyarınca (BOZULMASINA); aynı Kanun'un 309/4-b maddesi uyarınca, dosyanın müteakip işlem-

lerin yapılması için anılan mahkemeye gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı makamına tevdiine, 11.06.2007 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

#### CD 11, 21.02.2008 6891/942

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 170/3 maddesinde iddianamede hangi hususların gösterileceği, aynı Kanun'un 174/1. maddesinde ise iddianamenin hangi hallerde iadesine karar verileceğinin belirtildiği, iddianamenin iadesi sebepleri arasında bilirkişi incelemesi yaptırılmaması ve şüphelinin ifadesinin alınmamasının bulunmadığı, kaldı ki dosyada bulunan İstanbul Emniyet Müdürlüğü Kriminal Polis Laboratuvarı'nın 14.05.2004 tarihli ve 2518 sayılı raporunda, suç konusu çeklerin sahte ve iffal kabiliyetine haiz olduğunun belirtildiği, şüpheliler tüm aramalara rağmen soruşturma aşamasında bulunmadığı, ifadelerinin mahkemesince de alınmasının mümkün olduğu, ayrıca suçun hukuki nitelendirmesi sebebiyle iddianamenin iade edilemeyeceği gözetilmeden itirazın kabulü yerine reddine karar verilmesinde isabet görülmediğinden,

...

İddianamenin iadesi sebepleri arasında "şüphelinin dinlenmemesi" yer almayıp, yüklenen suçu öğrenmesi ve lehine olan kanıtların belirlenip toplanması yönünden dinlenmesi gerekmekte ise de uzun süre kaçan, adresini gizleyen, hakkında yakalama kararı çıkarılan, kanıtların toplanmasını ve dava açılmasını engelleyen şüphelinin, kovuşturma evresinde kendisini savunması, delillerini sunması olanaklı olup, kaçmaları kendi kusurlarından kaynaklanan şüphelilerin bu nedenle ifadelerinin alınmaması savunma haklarının kısıtlanması sonucunu doğurmayacaktır. Ayrıca yakalanamayan şüphelinin mutlaka dinlenmesini aramak, davaların zamanaşımına uğramasına neden olabileceği gibi, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer alan sanığın yokluğunda karar verilmesine olanak tanıyan hükümleri ile gaipler ve kaçaklar hakkındaki yargılama usullerinin uygulanmasını da engelleyecektir.

Kaynak: Malkoç İsmail, Yüksektepe Mert; *Ceza Muhakemesi Kanunu*, s. 937-938.

**CD 2 E: 2006/4907 K: 2006/12064**  
**Tarih: 14.06.2006**

Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen iade kararına konu iddianamede, şüpheliye atılı suçu oluşturan eylemler/olaylar mevcut kanıtlarla ilişkilendirilerek açıklandığı açıkça görülmektedir. İddianamenin sonuç kısmında şüphelinin eylemine uyan hükme göre cezalandırılması da istenmiştir. Kural olarak mahkeme iddianamede gösterilen eylemi hukuki açıdan nitelendirirken iddia ve savunmayla bağlı değildir. (Madde 225/2) Mahkeme, "maddi gerçeği araştırma ilkesi" gereği, suçun öğelerinin gerçekleşip gerçekleşmediğini de araştırmaktadır. Baka bir deyişle eylemin hangi suçu oluşturduğunu da belirlemektedir. Bu nedenle iddianamenin iadesi; suçun hukuki nitelendirmesinin yanlış yapıldığı, suçun öğelerinin tek tek irdelenerek oluşup oluşmadığının tartışılıp değerlendirilmediği gerekçesine dayandırılmaz. Mahkemeler iddianamede gösterilen eylem/eylemler ile şüpheli/şüpheliler hakkında karar verir, daha doğrusu mahkemeler iddianamede gösterilen eylem ile şüpheli dışında karar veremez bu konuda bağlılık söz konusudur. Ancak, mahkemeler, eylemi hukuken nitelendirmekte ise serbesttirler. Bundan dolayı yasa da açıkça belirtildiği gibi, suçun hukuki nitelendirilmesi nedeniyle iddianame iade edilemez. (Madde 174/2)

İddianamede, 5271 Sayılı Ceza Yargılaması Yasası'nın 170. maddesi uyarınca yer alması zorunlu olan durumlar da, eksiksiz gösterilmiştir.

Şüphelinin kimliği iddianamede açıkça yer almaktadır. Ceza Yargılaması Yasası'nın 170 ve 174. maddelerinde de şüphelinin nüfus kaydı ya da sabıka kaydına ilişkin bir belgenin soruşturma evrakına eklenmemesi, iddianamenin iadesi nedeni olarak öngörülmemiştir.

**CD 9 E: 22005/7863 K: 2005/9798**  
**Tarih: 06.12.2005**

Bilinçli taksirle yaralama suçundan şüpheli Mehmet Cuma İçer hakkındaki soruşturma evresi sonucunda Adana Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen 13.07.2005 tarihli ve 2005/(12) 30954 soruşturma, 2005/12101 esas, 2005/2862 sayılı iddianamenin 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 170. mad-

desi gereğince uygun bulunmadığından bahisle aynı kanunun 174. maddesi gereğince iadesine dair Adana 3. Sulh Ceza Mahkemesinin 18.07.2005 gün ve 2005/96 değerlendirme sayılı kararına vaki itirazın reddine ilişkin Adana 8. Asliye Ceza Mahkemesinin 05.08.2005 tarihli ve 2005/211 müteferrik sayılı kararının; tüm evrak kapsamına göre, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 174. maddesi gereğince iddianamenin iade edilmesi için anılan maddedeki veya aynı kanunun 170. maddesindeki unsurları taşıması gerektiği, mahkemece sanığa yüklenen fiilin 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 89/2-b maddesine uyduğu ve takibinin şikâyete bağlı olduğu, iddianamede nitelenen fiilin aldırılmazlık neticesinde işlendiği hususunda anlatım yapılmasına rağmen, sanığın suçun neticelerini fiilin başlangıcında ne şekilde öngördüğüne ilişkin hiçbir açıklamada bulunulmaksızın ve bu yöndeki delillerin neler olduğu açıklanıp, suçla ilişkilendirilmeksizin uzlaşma hükümlerinin tatbikinden kaçınıldığı izlenimi verecek biçimde eksik soruşturma yapıp mücerret gerekçeyle düzenlendiğinden bahisle iddianame iade edilmiş ise de, şüphelinin üzerine atılı suçun vasfını tayin etme yetkisi soruşturma aşamasında Cumhuriyet Savcısına ait olup, yargılama aşamasında suç vasfının basit taksirle yaralama olarak nitelendirilmesi halinde uzlaşma hükümlerinin mahkeme tarafından uygulanabileceği, ayrıca 5271 sayılı kanunun 174/2. maddesine göre suçun hukuki nitelendirmesi sebebiyle iade kararı verilemeyeceği gözetilmeksizin itirazın kabulü yerine reddine karar verilmesinde isabet görülmediğinden bahisle...

**CD 2 E: 2007/12915 K: 2007/11684**  
**Tarih: 20.09.2007**

Kanun yararına bozma isteyen tebliğnamede;

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 170/3. maddesinde iddianamede nelerin gösterileceği, aynı Kanun'un 174/1. maddesinde ise iddianamenin hangi hallerde iadesine karar verilmesinin belirtildiği, soruşturma aşamasında şüphelinin gözlem altına alınıp suretiyle şüphelinin akıl hastası olup olmadığının, akıl hastası ise ne zamandan beri hasta olduğunun ve bu hastalığının, şüphelinin davranışları üzerindeki etkilerini saptama

yan resmi sağlık kurumu raporunun aldırılmamasının iddianamenin iadesi sebebi yapılamayacağı gibi, bu hususun yargılama evresinde mahkeme tarafından da tamamlanabileceği gözetilmek suretiyle itirazın kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet görülmediğinden 5271 sayılı CMK'nın 309. maddesi uyarınca anılan kararın bozulması lüzumu kanun yararına bozma talebine dayanılarak ihbar olunmuştur.

Gereği düşünüldü:

Kanun yararına bozma istemindeki düşünce dosyadaki bilgi ve belgelere göre yerinde görüldüğünden Kınık Asliye Ceza Mahkemesi'nden verilip kesinleşen 02.04.2007 gün ve 2007/39 sayılı kararın 5271 sayılı Ceza Yargılaması Yasası'nın 309. maddesinin 4. fıkrasının (a) bendi uyarınca (BOZULMASINA), sonraki işlemlerin yerel makamlarca yerine getirilmesine 20.09.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi

**CD E: 2008/1054 K: 2008/801**  
**Tarih: 07.02.2008**

Gereği görüşülüp düşünüldü:

5271 sayılı ceza muhakemesi kanununun 174. maddesinin 1. fıkrasında "mahkeme tarafından iddianamenin ve soruşturma evrakının verildiği tarihten itibaren on beş gün içinde soruşturma evresine ilişkin bütün belgeler incelendikten sonra, eksik veya hatalı noktalar" belirtilerek aynı fıkranın (a, b, c) bentleri uyarınca iddianamenin iadesine karar verileceği düzenlenmiştir. 1412 sayılı CMUK'ta olmayan 'İddianamenin iadesi' kurumu, kamu davasının tek ya da zorunlu olduğunda birbirini izleyen oturumlarda ve mümkünse bir günde sonuçlandırılmasını gerçekleştirmeye dönük olarak düzenlenmiş olmakla, hukuksal olarak geçerli ve yeterli kanıtların toplanmasından ve dava koşullarının oluşmasından sonra, tüm yönleri ile doğru ve eksiksiz olarak iddianame düzenlenmesi amaçlanmaktadır. Olması gerekenin soruşturma evresinin uzunluğu ve kovuşturmanın ise kısa sürede sonuçlanarak ceza adaletinin ve adil yargılanma hakkının bütünüyle sağlanmasının bu şekilde gerçekleşebileceğine benzer düşünceler maddede gerekçesine de yansımış bulunmaktadır. Şüphelinin ifadesinin alınmaması iddianamenin iadesi nedeni olarak görülmemiş ve karar-

lara yansımış ise de incelenen dosya içeriğinden anlaşıldığına göre polis fezlekesinin 26.10.2007 tarihinde cumhuriyet savcılığına geldiği, sadece şüphelinin nüfus ve sabıka kaydı dosyaya konulduktan sonra suç tarihi olan 11.10.2007 olan iddianame ile 01.11.2007 tarihinde kamu davası açıldığı görülmektedir. İzmir... Asliye Ceza Mahkemesince 12.11.2007 tarih ve 2007/506 sayılı kararlar iddianamenin iadesine karara verilirken gösterilen gerekçe ile mezkur karara karşı yapılan itiraz sonucu aynı yer 2. Ağır Ceza Mahkemesinin ret gerekçesindeki hususlar isabetli olmakla Yüksek Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 25.12.2007 gün ve 65376 sayılı yazılarına atfen Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 21.01.2008 tarih ve 2565 sayılı kanun yararına bozma istemli ihbarname içeriği yerinde görülmediğinden CMK'nın 309. maddesi uyarınca talebin (REDDİNE) dosyanın yüksek adalet bakanlığına gönderilmesi için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına tevdiine, 07.02.2008 gününde oy birliği ile karar verildi.

**CD 2 E: 2008/10372 K: 2008/7629**  
**Tarih: 29.04.2008**

Kanun yararına bozma isteyen tebliğnamede;

Dosya kapsamına göre, suça sürüklenen çocuğun üzerine atılı suçu işlediğine dair somut bir delil bulunmadığı, delil olarak 05.08.2006 tarihli tanık olarak alınan ifade esas alınmış ise bu ifadenin tek başına yeterli delil kabul edilemeyeceği, yine tanık olarak alınan bu ifade esas alınmışsa tanık olarak ifade alındığından 5271 sayılı Kanun'daki şüpheliye ait 147. maddedeki hakların hatırlanmaması, müdafii huzurunda ifadenin alınmaması dolayısıyla ileri aşamalarda ifadenin inkârı halinde önceki ifadenin delil niteliğini kaybedecek olması ve iddianame de suça sürüklenen çocuğa yüklenen suçun varsa mevcut delillerle ilişkilendirilerek açıklanmamış olması nedeniyle iddianamenin iadesine, keza itirazın bu yönlerden reddine dair karar verilmiş ise de,

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 170. maddesinde, iddianamede bulunması gereken hususların neler olacağının gösterildiği, aynı Kanununun 174/1. maddesinde ise

iddianamenin hangi hallerde iadesine karar verileceğinin belirtildiği, anılan Kanun'un 170/1 maddesi gereğince kamu davası açma görevinin Cumhuriyet Savcısında olduğu, anılan maddenin 2. fıkrasında ise soruşturma evresi sonucunda toplanan deliller suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa Cumhuriyet Savcısının iddianame düzenleyeceği ve suçun işlendiği hususunda yeterli şüphenin oluşup oluşmadığının takdirinin Cumhuriyet Savcısına ait olduğu gibi Cumhuriyet Savcısının kovuşturma yapılmasına yer olmadığına dair karar vermeye zorlanamayacağı cihetle, suçun işlendiğine dair somut ve yeterli delil bulunmadığı takdirde mahkemesince yargılama aşamasında beraat kararı verilebileceği gözetilmeksizin,

Yine mahkemece iddianamenin iade sebebi olarak gösterilen suça sürüklenen çocuğa yüklenen suçun varsa mevcut delillerle ilişkilendirilerek açıklanmamış olması hususunun iade sebebi olamayacağı, keza dosya kapsamına göre, iddianamede belirtilen eylemin suç oluşturup oluşturmadığı ve eylemin vasıflandırmasının mevcut delillerin takdir ve değerlendirilmesi suretiyle mahkemesine ait olacağı gözetilmeksizin, isabet görülmediğinden 5271 sayılı CMK'nın 309. maddesi uyarınca anılan kararın bozulması lüzumu kanun yararına bozma talebine dayanılarak ihbar olunmuştur.

Gereği Düşünüldü:

Kanun yararına bozma istemi yerinde görüldüğünden (Maçka) Asliye Ceza Mahkemesinden verilip kesinleşen 11.01.2008 gün ve 2008/1 D.İş. sayılı kararın 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 309. maddesinin 4. fıkrasının (a) bendi uyarınca BOZULMASINA, müteakip işlemlerin mahallinde yerine getirilmesine 29.04.2008 tarihinde...

**CD 2 3.7.2006 6139/12759**

Dosya kapsamına göre, Sulh Ceza Mahkemesince, şüphelinin şikâyetçileri telefonla rahatsız ettiğine dair iddia dışında bir delil bulunmadığı ve kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesi gerektiğinden bahisle iddianame iade edilmiş ise de, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 170/2. maddesindeki "soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli

şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet Savcısı bir iddianame düzenler." hükmü uyarınca, kamu davasının açılması gerekip gerekmediği yönünde delilleri takdir yetkisinin Cumhuriyet Savcılığına ait olduğu, bu takdirin kullanılmasının iade sebebi olamayacağı, mevcut delillerin mahkemesince değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden itirazın kabulü yerine reddine karar verilmesinde isabet görülmediğinden...

Kaynak: Malkoç-Yüksektepe, a.g.e., s. 944.

**CD 6 20.02.2006 13667/1455**

Davanın tek veya zorunlu olduğunda birbirini izleyen oturumlarda ve hatta olanaklı ise bir günde sonuçlandırılabilmesi için, iddianamenin hukuken geçerli, yeterli ve elverişli kanıtların toplanmasından sonra, tüm yönleriyle doğru ve eksiksiz olarak mahkemeye verilmesi gerekir.

Kamu davasının bir duruşmada sonuçlanmasını gerçekleştirecek oluşumun sağlanması amacıyla düzenlenen 5271 sayılı Yasanın 174. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde, iddianamenin dava açılması için gösterilen kanıtların yeterli şüpheyi oluşturmasına karşın, sübuta etki edeceği kesin sayılan bir kanıt toplanmadan düzenlendiği ve bütün kanıtların mahkemeye verilmemesinin saptanması durumunda bu eksikliğin tamamlanması bakımından mahkemece geri çevrilebilmesi hükmüne bağlanmıştır.

Dava konusu olayda şüphelinin açıklamalarının aksine, tanıkların taşırken gördüklerini ileri sürdükleri eşyanın şüpheliye ait evde bulunmadığının anlaşılması karşısında; yakınının kolluğa başvurusu sırasında olay yerinde parmak izi incelemesi istemi ile ilgili herhangi bir işlem yapıp yapılmadığı araştırılarak, varsa sübuta etkili olacağı kuşkusuz bulunan suç yeri inceleme, parmak izi tespit ve karşılaştırma belgelerinin getirtilip iddianameye eklenmesi zorunlu olup,

Kaynak: Malkoç-Yüksektepe, a.g.e., s. 950.

## **7. İddianamenin Kabulü ve Kovuşturma Aşamasındaki Rolü**

Mahkemece, iddianame üzerinde yapılan inceleme sonucunda, iddianamenin kanuna

uygun şekilde düzenlendiğine karar verilirse iddianame kabul edilir ve kamu davası açılır. (CMK, madde 175) İddianame, çağrı kâğıdı ile birlikte sanığa tebliğ edilir. (CMK, madde 176/1)

Kamu davasının açılmasından sonra iddianame çerçevesinde sanıkların yargılanabilmesi için, ayrıca bazı şartların gerçekleşmesi gerekir. Bunlar: sanığın hazır bulunması, akıl hastası olmaması, yasama dokunulmazlığının bulunmaması ve bekletici meselenin çözülmüdür.

Kamu davasının açıldığı durumlarda, iddianamenin gösterdiği sanık/sanıklar ve bunların eylemleri<sup>89</sup> kovuşturma aşamasının konusunu oluşturur.<sup>90</sup> Mahkeme son kararını verirken iddia ve savunmalarla bağlı değildir. Mahkemeyi bağlayan sınır; yukarıda belirtildiği üzere, iddianamede gösterilen eylem(ler) ve kişi(ler)dir.<sup>91</sup> Mahkeme iddianamede gösterilmeyen kişiler hakkında hüküm kuramayacağı gibi, sanıkların iddianamede gösterilmeyen eylemlerinden ötürü de hüküm kurulamaz.<sup>92</sup>

<sup>89</sup> "Bir olayın açıklanması sırasında başka bir olaydan da söz edilmesi o olay hakkında dava açıldığını göstermez. İddianamede dava konusu yapılan eylemin bir başka olaya dayalı olmadan, bağımsız olarak açıklanması gerekir." (GK- 14.06.2005/38-63). Osman Şirin-Halim Aşaner-Özcan Güven-Gürsel Yalvaç-Muzaffer Özdemir-Kemalettin Erel, a.g.e., s. 921.

<sup>90</sup> "... CUYU'nun 148 ve 163. maddelerindeki düzenlemeye göre; Cumhuriyet Savcısının hazırladığı iddianamede, ceza davasının iki unsuru olan fail ve eylem kesinlikle yer vermesi gerekir. Yasanın eylem sözcüğü yerine 'suç' tabirine yer verdiği gözönünde tutulduğunda, bundan suç teşkil eden eylem veya eylemlerin amaçlandığı açıktır. Sanık, suç teşkil eden hangi eylem nedeniyle yargıldığını bilme hakkına sahip olup, bu husus sanık için bir güvence oluşturur. Zira sanık, yargılamaların bütün evrelerindeki savunmalarını buna göre yapacaktır..." (CGK-23.11.2004/174-202), Osman Şirin-Halim Aşaner-Özcan Güven-Gürsel Yalvaç-Muzaffer Özdemir-Kemalettin Erel, a.g.e., s. 884.

<sup>91</sup> CMK, madde 225:

- 1) Hüküm, ancak iddianamede unsurları gösterilen suça ilişkin fiil ve fail hakkında verilir.
- 2) Mahkeme, fiilin nitelendirilmesinde iddia ve savunmalarla bağlı değildir.

<sup>92</sup> CMUK, madde 257: "Hükmün mevzuu, duruşmanın neticesine göre iddianamede gösterilen fiilden ibarettir. Fiili takdirde mahkeme, iddia ve müdafaalarla bağlı değildir."

Duruşma sırasında, iddianamede gösterilen suçun hukuki niteliğinde bir değişiklik olduğunda veya cezanın artırılmasını veya cezaya ek olarak güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını gerektirecek haller söz konusu olduğunda da yargılamaya devam edebilir. Ancak, sanığa bu durumlarda savunmasını yapabilecek halde bulundurulması için süre verilir. Ek savunma verilmesi gereken hallerde, istem üzerine sanığa veya müdafisine ek savunmasını hazırlaması için süre verilir.<sup>93</sup> (CMK, madde 226)

<sup>93</sup> CMUK, madde 258: "Sanık, suçun hukuki niteliğinin değişmesinden önce haber verilip de savunmasını yapabilecek bir halde bulundurulmadıkça, iddianamede kanuni unsurları gösterilen suçun temas ettiği kanun hükmünden başkasıyla mahkûm edilemez.

Ceza Kanununda tayin edilmiş olup cezanın artırılmasını icap edecek mahiyette bulunan hallerin ilk defa duruşma sırasında serdedilmesi halinde dahi aynı hüküm geçerlidir.

Sanık, iddianamede yazılı suçtan daha ağır bir madde hükmüne maruz bırakıldığını veya ikinci fıkrada gösterilen nitelikte yeni ileri sürülen hallerin mevcudiyetini bildirerek, savunmasını hazırlamadığı itirazında bulunacak olursa, mahkeme, duruşmanın başka güne bırakılmasını karar verir.

Bundan başka mahkeme vaziyette hâsıl olan değişiklikler neticesinde iddia ve müdafaayı layıkıyla hazırlamak için muhakemenin talikine lüzum görürse gerek talep üzerine ve gerek kendiliğinden muhakemeyi ara verebilir.

Yukarıdaki fıkralarda yazılı bildirmeler varsa müdafie yapılır. Müdafii sanığa tanınan haklardan onun gibi faydalanır.

İddianamede gösterilen suçun temas ettiği kanun maddelerinde belirtilen cezadan daha az bir ceza verilmesini gerektiren hallerde sanık, meşruhatlı davetiye tebliğine rağmen duruşmaya gelmez veya davetiye tebliğ edilemez ise bu maddenin birinci fıkrası hükmü uygulanmaz."

Ayrıca, CMK madde 226:

- 1) Sanık, suçun hukuki niteliğinin değişmesinden önce haber verilip de savunmasını yapabilecek bir halde bulundurulmadıkça, iddianamede kanuni unsurları gösterilen suçun değindiği kanun hükmünden başkasıyla mahkûm edilemez.
- 2) Cezanın artırılmasını veya cezaya ek olarak güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını gerektirecek haller, ilk defa duruşma sırasında ortaya çıktığında aynı hüküm uygulanır
- 3) Ek savunma verilmesini gerektiren hallerde istem üzerine sanığa ek savunmasını hazırlaması için süre verilir.
- 4) Yukarıdaki fıkralarda yazılı bildirimler, varsa müdafie yapılır. Müdafii sanığa tanınan haklardan onun gibi yararlanır.



Hâkim veya mahkeme ek savunma hakkını, ek savunma hakkına konu maddenin uygulanabilirliğinden, ihtimalinden söz ederek vermesi gerekir. Yoksa görüşünü belli etmiş olur. Bu durumda da o hâkim veya mahkemenin yargılamaya devam etmesi mümkün değildir. Örneğin; Ağır Ceza Mahkemesinde; iddianamede yağma suçu olarak gösterilen eylem, hırsızlık suçu olarak düşünülebilir ve hırsızlık suçu söz konusu olabileceği söylenecek ek savunma verilir. Yoksa delilleri göstererek fiilin hırsızlık olacağı, yağma suçunu oluşturmayacağı gibi kesin ifadeler belirtilerek ek savunma hakkı verilemez.

TCK madde 226/2 de suçun niteliği değişmemekte, ancak herhangi bir nedenle artırım söz konusu olduğu durumlarda uygulanmaktadır. Örneğin; cinsel suçlarda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması durumunun tespiti için uygulamada olaydan itibaren altı ay gibi bir süre beklenmektedir. Çünkü bu tip suçlarda her zaman beden veya ruh sağlığı az veya çok bozulmakta, ancak ağırlaştırıcı nedenin uygulanabilmesi için bu rahatsızlığın altı ay sürmesi beklenmektedir. Bu nedenle suçun basit hali düzenlenerek açılan kamu davasında bu durumun ortaya çıkması ve duruşmanın devamında tespit edilmesi mümkündür. İşte bu gibi durumlarda ek savunma hakkı verilmesi gerekir.

Eylemin daha hafif bir suça uyması durumunda da ek savunma hakkı yine verilmesi gerekir. Çünkü bu suçla alakalı farklı savunmalar, gerekçeler, deliller ileri sürülebilir. Ek savunma hakkı sanık duruşmada hazır değilse müdafii de verilebilecektir.

“Yine, sanık hakkında iddianamede gösterilmeyen ve sanık veya vekili yokluğunda Cumhuriyet savcısının verdiği esas hakkındaki görüşte sanık hakkında tekerrür nedeniyle TCK'nın 58. maddesinin uygulanması isteniyorsa bu durumda da sanığa ek savunma hakkı tanınmalıdır. Yine iddianamede yer verilmemiş olan TCK 53. maddesindeki güvenlik tedbirlerinin uygulanması ihtimaline göre de ek savunma hakkı tanınmalıdır.

Cumhuriyet savcısının esas hakkındaki görüşünde iddianamede olmayan ve ek savunma hakkı tanınmasını gerektiren örneğin, TCK'nın 58. maddesinin uygulanması istenmiş olup ta sanık veya vekili veya müdafii

huzurda bulunuyorsa ve savcının esas hakkındaki görüşüne karşı savunma yaparlarsa, buna hazır olduklarını bildirirlerse artık bu durumda ayrıca bir ek savunma verilmesine gerek olmadığı görüşüdeyiz.

Yani iddianın ve sevkini değiştirdiğinden haberdar olup ona göre savunma yapmak olanagını elde etmişlerse mahkemenin ayrıca ek savunma hakkına dair bu hükmü işletmesine gerek yoktur.

Cumhuriyet savcısının esas hakkındaki görüşünde bildirdiklerinden ayrı ve farklı bir ağırlaştırıcı neden söz konusu olabilecektir mahkeme bu defa bu olasılığı da hatırlatarak ve ek savunma alarak duruşmaya devam edebilecektir.

Sanık veya vekilinin bu halde uygulanacak olan maddeleri öğrenerek savunma yapmış oldukları kabul edilmelidir. Sanık istemde bulunursa ek savunmasını hazırlaması için kendisine süre verilir.

Ayrıca duruşma aşamasında meydana gelen fiili ve hukuki değişiklikler nedeniyle iddia ve savunmanın gerektiği şekilde hazırlanabilmesi için de istem üzerine veya mahkemece re'sen, duruşmaya ara verilebilir.

Ek savunmaya ilişkin bildirimler varsa sanığın avukatına yapılır. Sanığa tanınmış haklardan avukatı da yararlanır. Bu ilke, savunma hakkıyla doğrudan ilgilidir ve uyulmaması CMK'nın 289/h maddesi uyarınca mutlak bozma nedeni olacaktır. Hukuki nitelik değişmesi söz konusu olduğundan, sanık hazır olsa da müdafii bildirimler yapılarak, sanık adına daha kolay ve isabetle cevap verilmesi sağlanmak istenmektedir.

Suçun hukuki niteliğindeki değişme sanığın yararına da olsa yukarıda açıklanan ilkeye uyulmalıdır. Yeni durum sanığın lehine de olsa, aleyhine de olsa ek savunma hakkının tanınması gerekir. Ek savunmanın konusu, sanığın lehine de olsa aleyhine de olsa sanık duruşmada hazır değil ise ek savunmayı onun müdafii de yapabilecektir. Sanık hazır olsa da bildirimler müdafiiine yapılacaktır.

AİHM, yeni tanımlamanın, davanın son günü, kararın açıklanmasından hemen önce bildirilmesini çok geç olarak kabul etmekte ve başvuruların kendilerine yöneltilen suçlama-

ların niteliği ve içeriği konusunda ayrıntılı olarak bilgilendirme ve savunmalarını hazırlamak için gerekli zamandan ve olanaklardan yararlanabilme haklarının ihlal edildiği sonucuna ulaşmaktadır. (Sazak, Türkiye'ye Karşı)

Anlaşılmaktadır ki, bu hakkın ve sevk değişikliğinin sadece hatırlatılması değil, hakkın gerçekten ve gereği gibi etkili kullanılması da sağlanmalıdır. Bir davada değişen niteliğe göre bazen müdafî de hazırlıksız olduğundan gereken savunmayı yapamayacak iken, hukukçu olmayan sanıktan sadece ek savunmasını sormak, onun söylediği basit sözleri tutanağa geçirmek, hakkın amaçlanan şekilde kullandığı anlamına gelmeyecektir. Bu nedendir ki, maddenin 3. fıkrasında "ek savunma hazırlamak için" süre verilmesinden söz edilmiştir. Bu hak o kadar önemsenmektedir ki, süre vermek, duruşmanın kesintisizliği ilkesinin istisnalarından sayılmış ve bu nedenle o ilkeye istisna getirilmiştir.<sup>94</sup>

Bu konularda, Yargıtay'ın görüşleri ise şu şekildedir:

- Sanıklar iddianamede yer alan suçtan yargılanırlar. Bu fiilin hukuki vasfı değişirse, yeni vasıftan yeni dava açma yoluna gidilemez, yalnızca sanığa ek savunma hakkı verilerek hüküm tesis olunur. (Yar. CGK, 01.02.1971, E. 1969/369/K. 37)
- Mahkeme yalnız iddianamede gösterilen fiil hakkında yargılama yapabilir ve hüküm verebilir. Bu bakımdan yargılama sırasında sanığın bir başka fiilinin de bulunduğu anlaşılrsa bile, bu konuda dava açılmadıkça, yargılama yapıp hüküm verilemez." [As. Yar. Drl. K. 25.12.1970, E. 91, K. 91; aynı yönde, 4.C.D. 20.6.1995, E. 3513, K. 4607 (YKD, Kasım 1995, s. 1813-1814); Yar. CGK, 02.04.1996, E. 4-62, K. 74 (YKD, Ekim 1996, s. 1616-1618); Yar. 3.C.D. 04.12.1995, E. 12388, K. 13585 (YKD, Mart 1996, s. 475); Yar. 10.C.D. 25.09.1995, E. 7918, K. 8248 (YKD, Mart 1996, s. 496); Yar. 9.C.D. 3.2.1995, E. 9692, K. 808 (YKD, Mayıs 1995, s. 840)]
- Açılan davanın görüldüğü sırada, başka bir suçun da işlendiğinin ortaya çıkması durumunda, mahkemenin Cumhuriyet Savcı-

lığına suç duyurusunda bulunmakla yetinmesi gerekir. Dava açılmayan suça dayanarak görevsizlik kararı verilmesi doğru değildir. (Yar. 4. CD. 17.01.1985, E. 322/ K. 15)

- Sanığın sorumluluğu belirlenirken temel olan husus, gönderme maddesi değil, iddianamede sanığın belirlenen eylemidir. Eylemi değerlendirmede mahkeme iddianame ile bağlı değildir. (Yar. 3.C.D. 21.11.1979, E. 7084/ K. 8520)
- Mahkeme, iddianamede gösterilen madde ile bağlı kalmayıp, sanığın eyleminin gerçek niteliğini ve koşullarını değerlendirme yetkisine sahip olduğunda, Eski Eserler Yasasına aykırılık suçundan beraatine karar verilen sanığın, hazine arazisine gecekondü yapmak eyleminden ceza verilip verilmeyeceğinin düşünülmemesi yasaya aykırıdır.<sup>95</sup> (Yar. 9.CD. 5.10.1979, E. 4042/ K. 4052)
- Sahte fatura düzenlendiğinden sanık hakkında 213 sayılı Yasaya aykırılıktan açılan davada, eylemin TCK'nın 345. maddesine uygun olduğundan bahisle, CMUK 256. maddesi uyarınca ek savunma hakkı tanınmak suretiyle hüküm kurulması gerekirken, sanığın beraatine, Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulmasına karar verilmesi yasaya aykırıdır. (Yar. 11.C.D. 2002/5726 E. 2002/7843 K. Sayılı 10.10.2002 tarihli kararı, YKD Aralık 2003 s. 1981)
- CMUK'nın 257. maddesi uyarınca hükmün konusu duruşmanın neticesine göre iddianamede gösterilen fiilden ibaret olup iddianamede sanık hakkında şikâyet çiyeye karşı hırsızlık suçundan açılmış dava bulunmadığı gözetilmeden dava konusu yapılmayan suçtan sanığın mahkûmiyetine karar verilmesi hatalıdır. (Yar. 11.C.D, 2004/1370 E. 2005/55 K. sayılı 25.01.2005 tarihli kararı, kaynak: Corpus)
- İddianame ile sanık Mehmet'in müşteki sanık İbrahim'e yönelik kasten yaralama eylemi nedeniyle dava açıldığı halde yargılamada iddianamede yer almayan müşteki sanık Mehmet'e yönelik eyleminden dola-

<sup>94</sup> Malkoç-Yüksektepe, a.g.e., s. 1226-1227.

<sup>95</sup> Yurtcan, a.g.e., s. 431-432.

- yı 5271 sayılı Yasanın 225. maddesine aykırı olarak mahkûmiyet hükmü kurulması, bozmayı gerektirmiş...” (Yar. 2. C.D. 2004/2995 E. 2005/18621 K. Sayılı 21.09.2005 tarihli kararı, kaynak: Corpus Arşiv)
- “Duruşmada ileri sürülmekle birlikte iddianameye konu edilmeyen bir eylemin hükme dayanak alınması 5271 Sayılı CYY'nin 225. maddesine aykırıdır.” (CGK, 10.05.2005-37/52, Şirin Osman, Aşaner Halim, Güven Özcan, Yalvaç Gürsel, Özdemir Muzaffer, Erel Kemalettin; a.g.e., s. 112-113)
  - “İddianamede dava konusu edilen fiil, sanıkların, bilgileri otomatik işleme tabi tutmuş bir sistemi veya verileri değiştirmelerinden ibaret olup, 765 Sayılı TCY'nin 525/b maddesinde yaptırıma bağlanmış, fiil, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCY'nin 244/2. maddesinde de benzer şekilde düzenlemeye konu edilmiştir. İddianame içeriğinde, sanıkların sahte olarak resmi bir belge oluşturdukları veya gerçek olan resmi bir belgeyi değiştirdikleri ya da sahte olarak oluşturulmuş resmi bir belgeyi kullandıkları yönünde bir anlatım bulunmadığı gibi bu anlama gelebilecek bir iddia ve isnada da yer verilmemektedir. Konusu 'bilişim sistemine girilmek suretiyle bilgileri değiştirmek olan' iddianame dışına çıkılarak, davaya konu edilmeyen ve bağımsız bir diğer suç teşkil eden başka bir eylemden dolayı yargılama yapılması ve sahtecilikten açılmayan davadan hüküm kurulabileceğinin düşünülerek görevsizlik kararı verilmesinin önerilmesi yasal olarak olanaklı değildir.” (CGK, 09.10.2007-44/200, Şirin Osman, Aşaner Halim, Güven Özcan, Yalvaç Gürsel, Özdemir Muzaffer, Erel Kemalettin; s. 917-921)
  - Sanığın ruhsatsız av tüfeği ile müştekinin evine doğru ateş etmesi eylemi kavgada silah boşaltmak olarak kabul edilerek mahkûmiyet hükmü kurulduğu halde aynı eylemin ayrıca sair tehdit niteliğinde bulunduğundan bahisle düşme kararı verilerek 5271 sayılı Yasanın 225. maddesine aykırı davranılması, bozmayı gerektirmiş...” (Yar. 2. C. D. 2004/6289 E. 2005/18650 K. sayılı 21.09.2005 tarihli kararı, kaynak: Corpus arşiv)
  - Hükmün konusu iddianamede unsurları gösterilen suça ilişkin fiil olduğu gözetilmeden ve iddianamede açıklanan eyleme göre sanık Gönül hakkında tehdit ile kendiliğinden hak almaya eksik teşebbüs suçundan kamu davası açıldığı halde bu suçtan hüküm kurulmayıp gerekçesi açıklanmadan hakaret suçundan sanığın beraatine karar verilmek suretiyle 1412 sayılı Kanunun 257. maddesine (5271 sayılı CMK'nın 225. maddesine) muhalefet edilmesi, bozmayı gerektirmiş...” (Yar. 2.C.D. 2004/24096 E. 2005/29636 K. sayılı 15.12.2005 tarihli kararı, kaynak: Corpus arşiv)
  - Sanığın tek olan eyleminin suç vasfı itibarıyla ikiye ayrılarak 5271 sayılı CMK'nın 225. maddesine aykırı şekilde aynı eylemden dolayı görevli memura silahla tehdit suçundan beraat, kavgada korkutmak için silah göstermek suçundan mahkûmiyet kararı verilmesi, bozmayı gerektirmiş...” (Yar. 2.C. D. 2004/3007 E. 2005/19190 K. sayılı 26.09.2005 tarihli kararı, kaynak: Corpus arşiv)
  - Sanık hakkında, 18.06.1999 günlü iddianame ile suç tarihi 15.08.1998 olarak gösterilmek suretiyle sahte fatura düzenlemek suçundan kamu davası açıldığı, iddianamede 1997 yılındaki suçundan bahsedilmemiş olması karşısında anılan yıldaki suç nedeniyle açılmış bir dava bulunmadığı gözetilmeden, 5271 Sayılı CMK'nın 225 (1412 sayılı CMUK'nın 150.) maddesine aykırı olarak iddianame dışına çıkılmak suretiyle dava konusu yapılmayan suçtan mahkûmiyetine hükmolunması yasaya aykırıdır.” (Yar. 11. C.D. 2004/9229 E. 2005/13996 K. sayılı 19.12.2005 tarihli kararı, kaynak: *Legal Hukuk* dergisi Haziran 2006, s. 1831)
  - Yeni CMK ile b Yayın yoluyla hakaret suçundan sanık Halis hakkında yapılan hazırlık soruşturması sonucunda Üsküdar Cumhuriyet Başsavcılığınca verilen 19.8.2004 gün ve 2004/3778-5516 sayılı takipsizlik kararına karşı yapılan itirazın reddine ilişkin Kadıköy 2. Ağır Ceza Mahkemesi Başkan-

liğinca verilip kesinleşen 6.10.2004 gün ve 2004/472 D. iş sayılı karar aleyhine Adalet Bakanlığının 23.12.2004 gün ve 54156 sayılı yazılı emri içeren Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 31.12.2004 gün ve 240327 sayılı tebliğnamesiyle dava dosyası Daireye gönderilmekle incelendi ve gereği görüldü:

Tebliğnamede "Tüm dosya kapsamına göre müşteki Aydın Doğan vekilinin 26.2.2004 tarihli şikâyet dilekçesi ile sanığın kaleme aldığı "*Kamuoyuna Duyuru*" isimli kitapta,

"Aydın bir müesseseye yükleniyorsa içinde mutlaka kendisini ilgilendiren maddi bir menfaat vardır...

Mazda mümessilliğinin peşinde olan Aydın, Japon heyetinin arkasına adam takmış, nereye gidiyorlar, kimlerle görüşüyorlar takip ettiriyormuş. İşte bu tarihten itibaren medya grubu ile P....'a yüklenmeye başladı....

Yaşanan bu büyük sıkıntıdan dolayı biraderim rahmetli Muhsin, intihar ederek aramızdan ayrıldı...

Sayın Aydın el altından şu mesajı bana gönderdi; M...'ya bulaşma, ben alacağım..

M... yetkililerine, Sayın Aydın'ın... yaptığı baskıdan korktuğum için ben bu konuda yokum, haberini ilettim....

Aydın, D. tesisinin bir süre gecikmesine vesile olarak destekçilerinin bir müddet daha monopol kalmalarını sağladı...

Aydın'a soruyorum, sen üretken hangi sektörde varsın, hayatında bir şey ürettin mi? Zamanında çelik halatı aldın, onu da yürütemedin...

Bir gün gelip kendilerinin de doğru yolu bulacağına inanıyorum...

Elinde çok büyük bir basın gücü var. Bu güç nedeniyle herkes, bana da çamur atar diye korkuyon, en başta da ben..." şeklinde ve benzeri ifadeler kullanarak, gerçeklerle hiçbir ilgisi olmayan ve tamamen hayal ürünü olan iddia ve isnatlarda bulunmak suretiyle müvekkilinin kişilik haklarını kamuoyunda rencide ettiğini belirterek, yayın yoluyla hakaret etmek suçundan dolayı cezalandırılmasını talep ettiğinin anlaşılması karşısında, sanığın kastının mevcut delillerle birlikte mahkeme-

since değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeksizin itirazın kabulü ile sanık hakkında kamu davası açılmasına karar verilmesi yerine reddine karar verilmesinde isabet görülmemiştir" denilmektedir.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 170/2 maddesinde "Soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet Savcısı bir iddianame düzenler." Anılan Yasanın 225. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında ise "Hüküm, ancak iddianamede unsurları gösterilen suça ilişkin fiil ve faili hakkında verilir. Mahkeme, fiilin nitelendirilmesinde iddia ve savunmalarla bağlı değildir." İçeriğindeki yakınanın yönelik bazı sözlerin, hakaret suçunun işlendiği hususunda kamu davası açmaya yeterli şüphe oluşturduğu anlaşılmaktadır. Dosya içerisinde bulunan kanıtlara göre, sanığın eyleminin ve fiilin niteliğinin mahkemece tartışılıp değerlendirilmesi yukarıda belirtilen yasa maddelerine daha uygun sonuçlar doğuracaktır.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının yazılı emir doğrultusunda düzenlediği tebliğnamedeki düşünce yapılan açıklamalar ışığında yerinde görüldüğünden, yayın yoluyla hakaret suçundan sanık Halis hakkında Kadıköy 2. Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığınca verilen 6.10.2004 tarih ve 2004/472 D. iş sayılı kararın Ceza Muhakemesi Kanununun 309. maddesi uyarınca BOZULMASINA, sonraki işlemlerin yerinde tamamlanmasına 26.10.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi. (CD 04 - E: 2005/1 - K: 2005/17895 - Tarih: 26.10.2005, Kaynak: Corpus Arşiv)

#### CD 1 19.02.2008 8166/1120

Esas hakkındaki mütalaanın verildiği ve tekrar edildiği oturumlarda sanıklar Nuri oğlu Mehmet ve Rıza oğlu Mehmet müdafinin hazır bulunması ve mütalaada uygulanması istenen maddeler uygulanarak hüküm kurulması ve ek savunmanın hazır bulunan sanıklar müdafine verilebileceğine dair CMK'nın 226/4 maddesindeki açık düzenleme karşısında, tebliğnamedeki ek savunmanın sanıkların kendilerine verilmesi gerektiğine ilişkin düşünce benimsenmemiştir.

Kaynak: Malkoç-Yüksektepe, a.g.e., s. 1227.

**CD 4 14.11.2007, 5616/9433**

1) Tekerrür nedeniyle artırım yapılırken uygulama yasa ve maddesi olan 765 sayılı TCY'nin 81. maddesi yerine, talimat mahkemesince 5237 sayılı TCY'nin 58. maddesinin uygulama olasılığından söz edilerek sanığa verilmiş bulunan ek savunma hakkı ile yetinilerek hüküm kurulması suretiyle 5271 sayılı CYY'nin 226. maddesine aykırı davranılması...

Kaynak: Malkoç-Yüksektepe, a.g.e., s. 1227.

**CD 9 31.10.2007, 3479/7666**

Sanık hakkında, 765 sayılı TCK'nın 459/2-son maddesine muhalefet suçundan açılan davada ek savunma hakkı tanınmadan ve gerekçesi de gösterilmeden anılan Yasanın 45/3. maddesi ile cezada artırım yapılmak suretiyle 5271 sayılı CMK'nın 226. maddesine muhalefet edilmesi...

Kaynak: Malkoç-Yüksektepe, a.g.e., s. 1227.

**CD 9 30.10.2007, 3310/7356**

765 sayılı TCK'nın 159/1. maddesi gereğince açılan davada, sanığa ek savunma hakkı verilmeden, 5237 sayılı TCK'nın 301/1. maddesi gereğince mahkûmiyetine karar verilmek suretiyle 5271 sayılı CMK'nın 226. maddesine muhalefet edilmesi...

Kaynak: Malkoç-Yüksektepe, a.g.e., s. 1228.

**CD 8 22.12.2005, 14314/12447**

CMUK'nın 258. maddesinin 6. fıkrası uyarınca, sevk ve mütalaada belirtilen suçun kanun maddelerinde belirtilen cezadan daha az bir ceza verilmesini gerektiren hallerde de sanığa ek savunma verilmesi gerektiğinin belirtilmiş olmasına ve hükümden sonra yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 226/1-3-4. madde fıkralarının da daha lehe hükümler içermesine göre sanıklar ek savunma verilmesi zorunluluğu gözetilmeden, yargılamaya devamla yazılı biçimde hüküm kurulması...

Kaynak: Malkoç-Yüksektepe, a.g.e., s. 1228.

**CD 10 01.02.2006, 2906/927**

İddianame ile sanıkların TCK'nın 493/1-son maddeleri uyarınca cezalandırılması istemiyle kamu davası açıldığı halde 1412 sayılı yasanın 258. maddesi (5271 sayılı CMK'nın 226. maddesi) uyarınca sanığa ek savunma hakkı tanınmadan veya buna ilişkin meşruhatlı davetiye çıkarılmadan 765 sayılı TCK'nın 491/4-son maddesi ile hüküm kurulması...

Kaynak: Malkoç-Yüksektepe, a.g.e., s. 1228.

Birlikte delil toplama görevinin savcıya verildiğini ve yargıcın ise delil toplamakla yükümlü olmadığını, ancak delil araştırması da yapabileceğini söylemiştik. Savcının elde ettiği deliller veya mahkemenin bulduğu deliller açısından açıklamada bulunmakta fayda var. CMK 217/2'ye göre yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir. Mahkeme hükmünü iki aşamadan geçerek açıklar.<sup>96</sup> Bunlar delillerin değerlendirilmesi ve eylemin nitelenmesi (tavsif) aşamalarıdır. Mahkeme hükmünü açıkladığı son kararında tarafların üzerinde tartıştığı, kabul veya reddettiği, maddi gerçeği araştırmada gerekli olup olmadığı noktasında fikir yürüttükleri delillere dayanabilir. Bu deliller tartışılırken ceza yargılamasına ilişkin kurallara ve ilkelere riayet edilmesi gerekir. Yargıç veya mahkeme delillerle bağlı olduğu için kişisel bilgisinden faydalanarak ve bu delillerin dışına çıkarak bir karar veremez. Hatta maddi gerçeğin bulunması teknik bir konuda açıklama yapılmasına muhtaç ise ve bu teknik konuda hâkim de aynı konuyu bilse dahi, Mecelleden gelen ifade ile hâkimin hikmeti hükme medar olmayacağı için bir bilirkişiye başvurulması gerekir.

Yargıç duruşmada tartışılan delillerle bağlıdır, ancak bu delilleri çözümde kullanmakta takdir yetkisine sahiptir. Yani bu delillerden bazılarını değer vererek hükme esas oluşturabilirken, bazılarını değer vermeyebilir. Mahkemeyi bağlayan husus; yargıcın duruşmada tartışılmayan delilleri kararında kullanmamasıdır.

<sup>96</sup> Yurtcan, a.g.e., s. 426, 430.

Kanuna aykırı olarak elde edilen delillere göre de savcı iddianame düzenleyemez. AY. 38/6 ve CMK 217/2 buna engeldir. Anayasa-da ki ilgili maddeye baktığımızda; yargılama türü belirtmeden, kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların delil olarak kabul edilemeyeceğini söylüyor. Bu nedenle, yargılamanın her türüsünde yasak olan kanuna aykırı delilin kullanılması ceza yargılamasında da yasaktır. Nitekim CMK madde 217/2'ye göre yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir.

Mahkeme kovuşturma aşamasında iddianamede gösterilen fiilin hangi suç kalıbına uyduğunu bulmalıdır yani nitelemelidir, tavsif etmelidir. Gerçi savcı iddianameyi düzenleyen failin hangi suçtan yargılanması gerektiğini açıklamaktadır. Ancak mahkeme bu niteleme ile bağlı değildir. Kendisi iddianamede gösterilen fiilin başka bir suça girdiğini söyleyerek hüküm kurabilir. Çünkü ceza yargılamasında amaç medeni yargılamanın aksine şekli gerçeği bulmak değil, maddi gerçeği bulmaktır. Ancak yukarıda belirtildiği üzere, bu niteleme işlemini sadece sanık(lar) ve fiil(ler)i çerçevesinde yapacaktır.

Mahkeme, önüne gelen uyuşmazlıkta ilk başta delilleri inceler. Deliller, maddi gerçeği bulacak kadar güçlü mü, yeterli mi diye bakılır. Bundan sonra bu delillerin hukuka uygun şekilde elde edilip edilmediği araştırılır. Hukuka uygun şekilde elde edilmiş deliller tartışmaya açılır ve tarafların fikirleri alınır. Sonuçta elde edilen delillerden bazılarında değer verilerek hükme esas alınması için elde tutulur. Eğer elde edilen deliller sanığın suçsuzluğunu kesin şekilde ispat ediyorsa, bu durumda yargılamaya devam edilmez ve sanık beraat eder.<sup>97</sup> Eğer deliller yeterince güçlü değilse, ancak sanığın suçluluğu konusunda ciddi şüpheler de varsa tutuklama nedenleri de dikkate alınarak sanık tahliye edilebilir veya tutukluluğu devam ettirilerek delil araştırmasına gidilir. Deliller sanığın suçluluğunu kesin şekilde ispat ettiğinde ise, bu kez hâkim niteleme işine girer. Eldeki delillere göre uygun bir suç kalıbı aranır. Elde edilen deliller hak-

sızlık içerse dahi uygun bir suç kalıbı bulunmasa sanık beraat ettirilir.<sup>98</sup> (CMK, madde 223/2-a) Hâkim suç kalıbını ararken iddianamede nitelenen suçtan başka bir suç tavsif ederse, sanığa CMK 226 gereğince ek savunma hakkı verilmesi gerekir.

“Mahkemenin eylemi niteleme yetkisi, yargılamadaki delillerin sanık aleyhine sonuç verdiğinin ortaya çıkmasından sonra gerçekleşen bir faaliyettir ve sanığın eyleminin suç teşkil edip etmediğinin belirlenmesi amacını taşır.”<sup>99</sup>

“Mahkemenin niteleme yetkisi, davasız yargı olmaz ilkesinin sınırları içinde söz konusu olabileceği bir yetkidir. Mahkeme, davasız yargı olmaz ilkesine göre, sanıklar ve bunların davaya konu eylemleri ile sınırlı olarak yargı erkini kullanabildiğine göre, niteleme yetkisini bu çerçevede kullanabilecektir. Yukarıda anlatıldığı gibi, mahkemenin sanığın eyleminin hukuki kalıbını ararken, yargılama konusunun dışına çıkarak bir değerlendirme yapması mümkün değildir. Yapacağı şey, yargılama konusu olayla ilgili olarak, bunun hukuki niteliğini tayin etmektir. Yoksa bu çalışma yapılırken, yargı konusunun dışında ve sanık olarak davaya dâhil edilmemiş olan kişiler hakkında sonuçlar çıkarmak değildir.”<sup>100</sup>

Mahkeme, iddianamedeki eylemi/ eylemleri niteleme aşamasından sonra, uygun bulunduğu suç kalıbına göre bir ceza tayin edecektir. Mahkemenin vermiş olduğu bu son karardan ve kanun yolu aşaması da geçildikten sonra ceza yargılaması sona erer ve verilen cezanın infazına geçilir. Burada da yetkili olan tek makam savcılıktır.

## SONUÇ

1982 Anayasası'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu yazılıdır. Bir mazlumun hakkı aranabiliyorsa eğer orada kanun, alınabiliyorsa hukuk ve adalet sağlanmış olur. Hukuk ve adaletin

<sup>97</sup> TCK, madde 193/2: “Sanık hakkında, toplanan delillere göre mahkûmiyet dışında bir karar verilmesi gerektiği kanısına varılırsa, sorgusu yapılmamış olsa da dava yokluğunda bitirilebilir.”

<sup>98</sup> CMK, madde 223/2-a “(2) Beraat kararı; a) Yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması, hallerinde verilir.”

<sup>99</sup> Yurtcan, a.g.e., s. 430.

<sup>100</sup> Yurtcan, a.g.e., s. 430.

sağlandığı yerde hukuk devleti vardır. Hukukçu olan hâkimler, savcılar ve avukatlar hukuk devletinin asli koruyucularıdır. İnsan haklarının en önemlilerinden biri olan ve yargılama hukukuna ilişkin bütün hakları kapsayan ve tek bir ortak payda da toplayan “adil yargılanma” hakkının günümüz ve gelecekteki iddianamelerde, ceza yargılamalarında amaç olması ümidi ve özlemiyle...

### Kaynakça

- Ayhan Şan, *Özel Soruşturma Usulleri* (ders notu).
- Bahri Öztürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9. Baskı, Seçkin Kitapevi, Ankara 2006.
- Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, 11. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005.
- Hamide Zafer-Nur Centel, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 3. Baskı, İstanbul 2005.
- İsmail Malkoç-Mert Yüksektepe, *Ceza Muhakemesi Kanunu*, Malkoç Kitapevi, Ankara, 2008.
- Mustafa Yücel Tören, *Adalet Psikolojisi*, 6. Bası, Başkent Matbaası, 2007.
- Nevzat Toroslu-Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 5. Baskı, Savaş Kitapevi, Ankara 2006.
- Nuri Düzgün-Şerafettin Elmacı, *Olası Kast-Bilinçli Taksir ve Taksirle İşlenen Suçlar*, Adalet Yayınevi, Ankara 2007.
- Osman Şirin-Halim Aşaner-Özcan Güven-Gürsel Yalvaç-Muzaffer Özdemir-Kemalettin Erel; *Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları*, Adalet Yayınevi, Kasım 2008.
- Sedat Bakıcı, *Ceza Hukuku Genel Hükümleri*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2008.
- İstanbul Barosu* Dergisi, Ceza Hukuku Özel Sayı, Ocak 2007.
- İstanbul Barosu* Dergisi, Cilt 81, Sayı: 2007/1, Ocak, Şubat 2007.
- Legal Hukuk* Dergisi, Haziran 2006.
- Yargıtay Kararları Dergileri.
- Corpus arşiv.







# *Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu (TCK 216)*

*Mahir ORAK*



## **GİRİŞ**

“Giriş” başlıklı bu kısım, tarafımca kaleme alınmış birkaç sözü içerecek şekilde tasarlanmış olmasına rağmen, çalışmayı hazırlarken, okumuş olduğum bir kararda<sup>1</sup> rastladığım karşı oy yazısı beni bu fikirden vazgeçirmiştir. Öyle ki karşı oy yazısının kaleme alınış şekli çalışma konusu yaptığımız suç olan “Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu”nun (YTCK, madde 216; ETCK, madde 312) bir dönem neden adeta bir silah olarak kullanıldığını özetlemesi ve Türkiye Cumhuriyetinin bir dönem mantalitesini ortaya koyar nitelikte olması hasebi ile önem arz etmektedir. Kararın alıntılıdığı kısmı şöyledir;

“... Dolayısıyla, TCK'nın 312. maddesinin koruduğu değer, çoğulculuk ve barış esasına dayalı bir kamu düzeni değil, sınırları resmi söylemce belirlenmiş ideolojik yüklü bir kamu düzeni anlayışıdır. TCK'nın 312. maddesinin böyle bir kamu düzenini korumayı hedeflemiş olması, yıllarca benzer bir işlev yerine getirmiş olan TCK'nın mülga, 141, 142 ve 163. maddeleriyle, Terörle Mücadele Kanununun 8. maddesi yerine ikame edilmesine kullanılmak istenilmesinden de anlaşılmalıdır. Gerçekten, 12.04.1991 tarih 3713 sayılı 'Terörle Mücadele Kanununun 23. maddesiyle, TCK'nın 141, 142 ve 163. maddelerinin yürürlükten kaldırılmasından önce, ilgili madde hükümleri, tıpkı bu gün yürürlükte bulunan 312. madde gibi resmi söylem dışı düşünce açıklamalarını cezalandırmanın, bireylerin ve örgütlü toplumun demokratik taleplerini bastırmanın ve siyasal muhalefeti

suskunlaştırmanın aracı olarak kullanılmışlardır. (...)

Bu maddelerin yürürlükten kaldırılmasıyla birlikte, sanki bir boşluk doğmuşçasına, Terörle Mücadele Kanunu'nun 8. maddesi işletilmeye başlanmış, birçok gazeteci, yazar ve düşünür bu madde kapsamında mahkûm edilmiştir. Bu maddenin uygulanmasında özel suç kastı aranmamış, genel kastın bulunması mahkûmiyet kararı için yeterli sayılmıştır. Ancak, 1995 yılı sonunda bu maddenin değiştirilerek düşünce özgürlüğü lehine kısmen yumuşatılmasıyla bu kez oluşan boşluk, yıllardır yürürlükte olan TCK'nın 312. maddesiyle doldurulmaya çalışılmıştır.

TCK'nın 312. maddesinin, 'devlet düzeni'ni koruma refleksiyle ve adeta bu alanda-TMK'nın 8. maddesinin değiştirilmesi sonucu oluştuğu iddia olunan, boşluk doldurulmasına uygulamaya sokulduğu izlenimini yargı kararlarında görmek mümkündür. 1994 yılında A Devlet Güvenlik Mahkemesi'nde görülen bir dava dosyasında yer alan ifadenin Yargıtay ilgili Dairesi'nce de aynen tekrarlanmış olması böyle bir izlenimi doğrular niteliktedir. Gerçekten, ilgili dava dosyasında yer alan 'TCK'nın 163. maddesinin kaldırılmış olmasının verdiği cesaret ve pervasızlıkla (...)’ ifadesi<sup>2</sup>, somut olaya ilişkin bir hukuki çözümlenme çabasından çok, bir boşluk doldurma çabası olarak gözükmektedir. Öte yandan, savcıların bu maddeyi, daha önce pek rastlanmadık bir şekilde, maksadının bir hayli dışına taşan biçimde işletmeye ve yargıçların da bu doğrultuda kararlar vermeye başlamaları, böyle bir yönelimin var olduğunu ortaya koymaktadır.”

<sup>1</sup> YCGK, 15.03.2005 tarih, 2005/30 nolu Mehmet Şevket Eygi, *Milli Gazete Kararı*.

<sup>2</sup> Sivas Olayları Davası'nda DGM Cumhuriyet Başsavcılığının Dosyaya sunduğu ve bir nevi Ek İddianame yerine kaim olan **"Düşünce Örneği"** başlıklı yazısındaki bu ifade Yargıtay tarafından da benimsenmiştir. (M.O)

## GENEL OLARAK

13.11.2004 tarih ve 25642 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan, 04.11.2004 tarih ve 5252 sayılı Kanunun 12. maddesinin (b) bendi hükmü gereğince, 01.6.2005 tarihinden geçerli olmak üzere yürürlükten kaldırılan, 765 sayılı Türk Ceza Kanununun “Cürümler” başlıklı İkinci Kitabının “Amme Nizamı Aleyhine İşlenen Cürümler” başlıklı Beşinci Babının “Suç İşlemeye Tahrik, Korku Ve Panik Yaratma Amacıyla Tehdit” başlıklı Birinci Faslında, inceleme konumuz olan “Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik” suçu 312 madde numarası ile düzenlenmişti

Bu kanunun yürürlükten kaldırılması ile 01.06.05 tarihinde yürürlüğe giren yeni 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, eski TCK’nın “Amme nizamı aleyhine işlenen cürümler” başlığı ile düzenlediği Beşinci Babının muadil olarak, 5237 sayılı Kanunun “Özel Hükümler” hükümler başlıklı İkinci Kitabının “Topluma Karşı Suçları” düzenleyen Üçüncü Kısımının, “Kamu Barışına Karşı Suçlar” başlığın taşıyan Beşinci Bölümünü ihdas etmiştir.

Bu bölümde korunan hukuki menfaat “kamu barışı” olduğu için, kamu barışına karşı işlenen, Suç İşlemeye Tahrik (214/1), Halk Arasında Korku ve Panik Yaratmak Amacıyla Tehdit (213) gibi suçlarla beraber, 213-222. maddeler arasında inceleme konumuz olan suç 216. maddede düzenlenmiştir.

Bu maddenin düzenlenmesi ise şöyledir;

“Halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden kimse, bu nedenle kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” (TCK, madde 216/f1)

Ayrıca maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında “Halkı ve Dini Değerleri Aşağılama” suçları düzenlenmiştir.

İnceleme konumuz suçun basit halini 216. madde düzenlenmekle beraber, daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hali 218. madde düzenlenmiş ve bu madde kendinden önce gelen 213-217. maddelerin tümü için ortak

nitelikli hal olarak hükümleştirilmiştir. Bu madde metninde;

“Yukarıdaki maddelerde tanımlanan suçların basın ve yayın yoluyla işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.”

demek sureti ile suçun basın yolu ile işlenmesi hali daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hal haline getirmiştir.

## SUÇUN TARİHİ GELİŞİMİ

Aleni tahrik fiili ilk defa 1819’da Fransa’da cezalandırılması gerekli bir fiil olarak düzenlenmiştir;<sup>3</sup> Bu tarihte iş başında buluna liberal eğilimli hükümetçe, basına geniş özgürlükler veren üç kanun çıkarılmış ve suç bu kanunlarla ihdas edilmiştir.<sup>4</sup> Suç buradan 1848 tarihinde İtalyan Basın Kanununa geçmiş ve 1889’da da İtalyan Ceza Kanuna alınarak temel bir suç haline getirilmiştir.<sup>5</sup> Fransa’da ortaya çıkan suç sadece İtalya’yı değil birçok ülkeyi de etkileyerek yayılmıştır. Örneğin, Kuzey Alman Devletler Birliği’nin en güçlü devleti olan Prusya bu kanundan etkilenen devletler arsındadır. Prusya kanunundaki bu hüküm daha sonra Kuzey Alman Devletler Birliği’nin çıkarmış olduğu, 1871 tarihinde yürürlüğe giren ve akabinde Alman İmparatorluğunun kurulması ile Alman İmparatorluk Ceza Kanunu adını alan, ceza kanuna geçmiştir.<sup>6</sup>

Türkiye açısından ise suçun tarihçesi doktrinde üç döneme ayrılarak incelenmektedir; Tanzimat’tan önceki dönemi, Tanzimat’tan sonraki dönem ve Cumhuriyet dönemi.<sup>7</sup> Bu dönemlerden ilki olan Tanzimat’tan önceki dönemde suçun tam karşılığı olan bir suçta rastlanmamaktadır. Bu dönemde sadece suçta benzeyen, devletin birliğini bozmayı kast etmiş bazı fiillerin bu anlamda cezalandırıldığı

<sup>3</sup> Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Ceza Hukuk Özel Hükümleri*, s. 442.

<sup>4</sup> Ahmet Gökçen, *Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü, TCK Madde 312/2*, s. 30 vd.

<sup>5</sup> Ulaş Karan, *“Yeni Türk Ceza Kanunu 216. Maddesi ve Anlatım Özgürlüğü”*, İstanbul Barosu Dergisi, sayı 2005/5 (Eylül-Ekim), s. 1523 vd.

<sup>6</sup> Ahmet Gökçen, a.g.e., s. 30 vd.

<sup>7</sup> Artuk-Gökçen-Yenidünya, a.g.e., s. 444.

görülmektedir. Tanzimat'tan sonraki dönemde ise ilk defa Kanunname-i Hümayun Birinci Babında "Tahrik Suçu" olarak tanımlanmıştır. Bu dönemde ayrıca suçun müstakilen hüküm altına alındığı diğer bir kanun ise Tecemmuat Kanunudur. Kanunname-i Hümayun daha sonra 1858'de değişikliğe uğramış ve 66. maddesinde suç tekrar tanımlanarak hüküm altına alınmıştır. Bu kanun ise 765 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesine kadar yürürlükte kalmıştır.<sup>8</sup>

Dönemlerden üçüncüsü olan Cumhuriyet döneminde ise yukarıda anlattığımız, İtalyan Ceza Kanununun iktibas ile 765 sayılı TCK 13 Mart 1926'da yürürlüğe girmiş ve bu tarihten itibaren "Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik" suçu hukukumuzda tam anlamı ile giriş yapmıştır. İktibas edilen İtalyan Ceza Kanunu Zanardelli Kanununun olarak da bilinen, o dönem için çağdaş ve liberal kanunlar arasında gösterilen 1889 tarihli Ceza Kanunudur.<sup>9</sup> İtalyan Ceza Kanunu, 1930'da iş başına gelen faşist rejimin çıkarmış olduğu Rocco Kanunu ile değiştirilmiş ve kanunun çağdaş, liberal yapısı bozularak özgürlükleri kısıtlayıcı ve baskıcı bir kanun haline getirilmiştir. Bu değişiklikler baz alınarak 765 sayılı TCK'da da bazı değişiklikler yapılmıştır. Rocco kanundaki değişiklikleri birebir almayan kanunumuz, tercihini suçların cezalarının artırılması yönünde kullanarak değişiklikleri bu yönde yapmıştır.<sup>10</sup>

765 sayılı TCK'da inceleme konumuz olan "Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik" suçunu hüküm altına alan 312. madde, bu kanun yürürlükten kaldırılana kadar (1953, 1981 ve 2002 tarihlerinde) toplam üç defa değişikliğe uğramıştır.<sup>11</sup>

## MUKAYESELİ HUKUK

İncelme konumuz olan suç benzer hukuk sistemlerine sahip olduğumuz Kara Avru-

pa'sının birçok ülkesinde aynı veya benzer şekillerde yer almıştır. Örnek olarak; Alman Ceza Kanununun 13. maddesi, Avusturya Ceza Kanununun 283. maddesi, Fransız Ceza Kanunu, Polonya, Danimarka, Yunanistan, İsviçre Kanunları sayılabilir.<sup>12</sup>

## SUÇUN KONULUŞ AMACI [RATIO LEGIS]

765 sayılı TCK'nın 312. maddesi "Amme Nizamı Aleyhine Cürümler" babının içerisinde düzenlenmişti. Buradan da anlaşılacağı üzere, suçun konuluş amacı kamu düzenini korumaktır. Burada geçen "Toplum Düzeni" kavramı 765 sayılı Kanun döneminde tanımlanmaya çalışılmış ve genel itibari ile kabul edilen görüşe göre, kavramın iki anlamı olduğu (dar anlamda toplum düzeni ve geniş anlamda toplum düzeni) vurgulanmıştır.<sup>13</sup> Geniş anlamda toplum düzeni, her anlamda (sosyal, siyasal, ekonomik vs.) toplumun tam anlamı ile bir esenlik içerisinde olmasını ifade ettiği kabul edilmekteydi. Dar anlamda toplum düzeni ise; daha çok toplumun maddi ve fizik düzenini ifade ettiği kabul edilmekteydi.<sup>14</sup> Toplumun iç huzurunun sağlanması, güvenlik içinde olma hali de aynı anlama gelmektedir.<sup>15</sup> Yargıtay ise 765 sayılı Kanun döneminde kavramı "toplum hayatının huzur ve güvenlik içinde yürümesini sağlayan düzenin bütünü"<sup>16</sup> olarak tanımlamış ve kararlarını bu tanım üzerinde bina etmiştir. Bu açıklamalardan sonra, 765 sayılı Kanun döneminde "Kamu barışını korumak amacı ile toplum düzeninin korunduğu" ortaya çıkmaktadır.

5237 sayılı TCK ile getirilen yeni düzenlemede ise "amme nizamı" kavramı yerine "kamu barışı" kavramı kullanılmış, bu kavram "Kamu Barışına Karşı Suçlar" başlığı ile TCK'nın "Özel Hükümler" başlıklı İkinci Kita-

<sup>8</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz.: Ahmet Gökçen, a.g.e., s. 39 vd.

<sup>9</sup> Ulaş Karan, a.g.e., s. 1524.

<sup>10</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz.: Ulaş Karan, a.g.e.; Uğur Alcakaptan, "Fikir ve Düşünce Özgürlüğü ve Tehlike Suçları Çağdaş Batı Hukukunda Bu Konudaki Düşünce ve Uygulamalar", Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, 2000.

<sup>11</sup> Bkz.: 764 sayılı TCK.

<sup>12</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz.: Ahmet Gökçen, a.g.e., s. 43 vd.

<sup>13</sup> Artuk-Gökçen-Yenidünya, a.g.e., s. 447.

<sup>14</sup> Vural Savaş-Sadık Mollamahmutoğlu, *Türk Ceza Kanununun Yorumu*, cilt 2, 3. Baskı, s. 3018 vd.

<sup>15</sup> Vural Savaş-Sadık Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 3019 vd.

<sup>16</sup> Yargıtay 8. CD. 18.06.1974 tarih ve 1974-2/2 sayılı kararı.

binda yerini almıştır. Bu bölüm içerisinde düzenlenen 216. maddenin konuluş amacı ise “kamu barışını korumak”tır. 765 sayılı TCK’dan farklı olarak suçun konuluş amacı değiştirilmiştir

Eski TCK’nın 312. maddesinde “Kamu barışını korumak amacı ile toplum düzenin korumak” amacı dolaylı olarak hedef alınmış, bilahare bu dolaylama terk edilerek, “korunan hukuki menfaat” doğrudan amaç haline getirilmiştir. Bu da suçun temel yapısında değişikliğe sebep olmuş, korunan hukuki menfaat sahasında bir daralma meydana gelmiştir. Gerçekten de kabul edilen görüşe göre;<sup>17</sup> Amme nizamı kavramı genel bir şekilde bütün yönleri ile toplum esenliğini ifade ederken, Kamu barışı daha dar olan fiziki güvenliği ifade eder. Bu yüzden 5237 sayılı Kanunun getirdiği sitem, 765 sayılı TCK’ya göre daha özgürlükçü bir sistemdir.

## SUÇUN BİLİMSEL TASVİR VE TASİNİFİ

Ceza hukuku suçları tanımlarken, bu suçları çeşitli açılardan tasnife tabi tutmakta, isimlendirmektedir. Örneğin;

- **hareket açısından suçlar**, ani hareketli suçlar, sırf hareket suçları, mesafe suçları vs. olarak,
- **netice açısından suçlar**, zarar suçları, tehlike suçları, neticesiz-neticeli suçlar vs. gibi.<sup>18</sup>

İşte bu sınıflandırma içerisinde inceleme konumuz suç, hareket açısından sırf hareket suçu, neticenin meydana gelip gelemsine göre yapılan tasnifin içerisinde ise “tehlike suçu” sınıfına girmektedir.<sup>19</sup> Tehlike suçları, sınıflandırma yapılırken zarar suçları ile olan farklılık gözetilerek tasnife tabi tutulmuştur. Öyle ki zarar suçları, işlendiğinde korunan hukuki menfaatte bir eksilmeye veya bir tah-

ribe neden olurken, tehlike suçları korunan hukuki menfaate zarar vermemekte, sadece korunan hukuki menfaati tehdit ederek, bir tehlikeye maruz bırakmaktadır.<sup>20</sup>

Tehlike suçları ise kendi içerisinde iki gruba ayrılmaktadır; soyut ve somut tehlike suçları.

**a) Soyut Tehlike Suçları:** Bu suç tiplerinde, hareketin korunan hukuki menfaat üzerinde tehlike yaratmış olup olmadığı araştırılmaz. Burada farazi olarak kanun koyucu hareketin yapılması ile korunmakta olan hukuki menfaatin tehlikeye maruz kaldığını kabul etmektedir. Hareket yapıldığı anda suç işlenmiş olur ve ayrıca yargı mercilerinin, menfaat üzerinde oluşan bir zarar araştırmasına gerek yoktur. TCK’nın 214. maddesindeki Suç İşlemeye Tahrik Suçu, 215. maddesindeki Suç ve Suçluyu Övme Suçu, 267. maddesindeki İftara Suçları soyut tehlike suçlarına örnek verilebilir.<sup>21</sup>

**b) Somut Tehlike Suçları:** Bu suç tiplerinde ise hareketin yapılmış olması tek başına yeterli olmayıp, ayrıca cezalandırılabilme şartı olan, korunan hukuki menfaatin tehdit edilip edilmediği, eş deyişle korunan menfaat açısından bir tehlike meydana getirip getirmediği araştırılmalıdır. Bu suç türlerinde yargı mercileri, belirli bir tehlikenin zuhurunu ispat ile ancak cezalandırma yoluna gidilebilir. Hâkim burada tehlikenin meydana gelip gelmediğini dayanak noktaları göstererek ispat etmelidir.<sup>22</sup>

İşte inceleme konumuz olan “Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik” suçu bu tasnif içerisinde somut tehlike suçu olma özelliğine haizdir. Bu özellik madde metninde “...Kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde...” olarak ifade edilmiştir.<sup>23</sup>

765 sayılı TCK’da 312. maddenin 2002’de değiştirilmesi ile daha önce soyut tehlike suçu olan suç somut tehlike suçu haline geti-

<sup>17</sup> Artuk-Gökçen-Yenidünya, a.g.e., s.447 vd. Ahmet Gökçen, a.g.e., s.447 vd.

<sup>18</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz.: Dömezer-Erman, a.g.e., s. 291 vd.

<sup>19</sup> Fazıl Erdem, *TCK’nın 312. Maddesinin Koruduğu Hukuksal Değerin Kısa Bir Analizi: Türkiye Devlet Düzeni V. Demokratik Kamu Düzeni*.

<sup>20</sup> Centel-Zafer-Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 260 vd.

<sup>21</sup> Centel-Zafer-Çakmut, a.g.e., s. 261 vd., Fazıl Erdem, a.g.m.

<sup>22</sup> Gerekçe, Fazıl Erdem, a.g.m.

<sup>23</sup> Artuk-Gökçen-Yenidünya, a.g.e., s. 450.

rılmıştır. Bu değişiklikten önce 1981’de suçun temel hali soyut tehlike suçu haline getirilmiş ve bu tarihten itibaren Türkiye’deki düşünce özgürlüğünün önündeki en önemli engel oluşturulmuştur. Bu dönemde bu suçtan birçok sanatçı, siyasetçi ve düşünür yargılanmış ve ceza almıştır.<sup>24</sup> İlgili 216. maddesinin 312. maddenin son haline uygun olarak, yeni yasaya alınması özgürlükler açısından olumlu bir gelişme olmuştur. 216. maddenin metninde yer verilen açık ve yakın tehlike unsuru somut tehlike suçu olma özelliğini pekiştirmiş ve suçtan ceza alma zorlaştırılarak isabetli bir düzenleme yapılmıştır.<sup>25</sup>

## SUÇUN UNUSURLARI

### 1. Yasallık Unsuru

Her suçta olduğu gibi ceza hukukunun temel ilkelerinden olan yasallık [tipiklik] ilkesi 216. madde için de geçerlidir. Bu ilkeye göre “kanunsuz suç ve ceza olmaz”. Yani bir yasal düzenlemeyle [kanunla] belirtilmedikçe bir fiilin suç olması ve karşılığında ceza öngörülmesi mümkün değildir. En genel tanımı ile suçtan söz edebilmek için hareketin, suç olduğu kanunda belirtilmelidir.<sup>26</sup> Bu ilkeye bazı yazarlarca “tipiklik”,<sup>27</sup> “suç kalıbına uygunluk”<sup>28</sup> da denmektedir. Doktrinde Yüce’ye göre; Tipiklik ceza normunun, yazılış biçimi ile kalıplaştırdığı soyut ve değişmez bir biçimdir. Maddi anlamda olayların ve eşyaların belirli bir biçime uygun olup olmadığı kalıp yardım ile belirlenir. Bu yüzden bir suç normunun oluşturduğu kalıba uyan, hareket veya hareketler bütünü suçu oluşturur. Kalıba uymayan hareket veya hareketler bütünü ise suç değildir.<sup>29</sup>

Buradan hareketle kanaatimizce tipiklik suç normunun belirlediği sınırların tam anlamı

ile içine giren hareket suç olarak adlandırılabilir. Bu anlatımdan yola çıkarak ve TCK’nın 216. maddesinin yazılış biçimine bir göz atarak, maddenin sınırlarını çizdiği suç alanını tanımlamaya çalışalım.

“Halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden kimse, bu nedenle kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

Madde metninden açıkça anlaşılacağı üzere bu suça uygun eylemin gerçekleşebilmesi için aleni tahrikin;

- sosyal sınıf farklılığı gözetilerek işlenebilmesi için farklı sınıflara mensup,
- ırk farklılığı gözetilerek işlenebilmesi için farklı ırklara mensup,
- din farklılığına gözetilerek işlenebilmesi için farklı dinlere mensup,
- mezhep farklılığı gözetilerek işlenebilmesi için farklı mezheplere mensup,
- bölge farklılığı gözetilerek işlenebilmesi için farklı bölgelerden halk kesimlerinin,

biri birine karşı alenen kin ve düşmanlığa tahrik edilmesi lazımdır.<sup>30</sup> Bu vasıflara haiz olmayan halk kesimlerinin biri birine karşı tahrik edilmesi ise 216. madde anlamında suç oluşturmaz. Yani fiil tipik olmayacağından suç işlenemez. Aksi bir yaklaşımla suçun oluştuğunu iddia etmek ceza hukukunun temel prensiplerinden olan “kıyas yasağının” çiğnenmesi anlamına gelir ki bu mümkün değildir.<sup>31</sup> Yani bazı Yargıtay kararlarında yapıldığı gibi laik olmayanların laik olanlara karşı, devlete karşı halkın tahrik edilmesi, bazı devlet kurumların karşı halkın tahriki<sup>32</sup> fiil açısından değerlendirildiğinde, suçta sayılan vasıflara haiz halk kesimlerinin yokluğu sebebi ile (fiil tipik olmadığından) suç oluşmaz. Şartları varsa ancak suç işlemeye tahrik suçu oluşabilir. (214/f1)

<sup>24</sup> Durmuş Tezcan-M. Ruhan Erdem-Oğuz Sancakdar, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu*, s. 416 vd.

<sup>25</sup> Gerekçe.

<sup>26</sup> Centel-Zafer-Çakmut, a.g.e., s. 260 vd.

<sup>27</sup> Dömezer-Erman, a.g.e., s. 291 vd.

<sup>28</sup> Turhan Tufan Yüce, *Ceza Hukuk Dersleri 1*, s. 237.

<sup>29</sup> Turhan Tufan Yüce, a.g.e., s. 237.

<sup>30</sup> Artuk-Gökçen-Yenidünya, a.g.e., s. 450.

<sup>31</sup> Şevket Eygi kararı karşı oy.

<sup>32</sup> Ahmet Gökçen, a.g.e., s. 129 vd.

Yukarıda değindiğimiz tipiklik unsurunun gerçekleşmesi için ayrıca bu halk kesimlerinin biri birine karşı “alenen tahrik edilmesi” de lazımdır.<sup>33</sup>

## 2. Maddi Unsurlar

### a) Yasaklanan Hareket ve Suçun İşleniş Anı

Hiçbir devlet “vatandaşları arasında muayyen özelliklere sahip bir kesiminin diğer bir kesim aleyhine kin ve düşmanlığa, öç almayı gerektirecek şiddetli nefret yönlendirmesine seyirci kalmaz”<sup>34</sup> gerekçesi ile soyut ceza normu haline getirilen “Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik” suçu bakımından yasaklanan ve suç sayılan hareket “aleni tahrik”tir.<sup>35</sup> Gereçede belirtilen ve tipiklik unsurunda bahsettiğimiz belli vasıflara haiz halk kesimlerini, yine belli vasıflara haiz diğer bir halk kesimine karşı “alenen tahrik” ederek, kin ve düşmanlığa sevk eden kişi veya kişiler TCK 216 anlamında suç işlemiş olurlar. Burada suç işlemiş sayıldığı anın belirlenmesi özel öneme haizdir. Öyle ki suç acaba hareketin yapılması ile başlamış ve tamamlanmış mı olur, yoksa bu hareketin suçta sayılan muayyen özelliklere haiz halk kesimince öğrenilebilir hale mi gelmesi gerekir? Burada Farklı görüşler devreye girmektedir. Hareketin yapılışını yeterli sayanlar olduğu gibi, öğrenilebilir hale gelmeyi veya halkın bunu algıladığı anı suçun işlendiği an olarak kabul eden görüşler vardır.

Kanaatimce suç tanımında ‘halkın belli kesimlerinin birbirine karşı kin ve düşmanlığa tahrik edilmesi’ dendiği için, suçun işlendiği an suçun muayyen vasıflara haiz halk kesimince hareketin algılandığı an esas alınmalıdır.

### b) Yasaklanan Fiil Açısından Bazı Kavramların Açıklanması

Yukarıda da değindiğimiz gibi suçun işlenmesi için halkın muayyen vasıflara haiz bir kesiminin, diğer bir kesimine karşı “alenen kin

ve düşmanlığa tahrik” edilmesi gerekir. Acaba yasaklanan bu fiil açısından aleniyet, kin, düşmanlık ve tahrik ne anlama gelmektedir. Açıklayalım;

**Aleniyet:** Arapça bir kelime olan aleni kelimesinden türetilen ve yine bir Arapça sözcük olan alenen sözcüğü kelime anlamı itibarıyla; açıktan açığa, herkesin gözü önünde, herkesin içinde, gizlemeden<sup>36</sup> anlamlarına gelmektedir. Yeni TCK’da tanımlanmayan bu kavram, eski TCK döneminde de bu suç için tanımlanmamıştı. Fakat 765 sayılı TCK’nın 153. maddesinde düzenlenen “Askerleri İtaatsizliğe Tahrik” suçunda aleniyet bu suç için tanımlanmıştı. Yargıtay da uygulamada bu maddeyi de örnekleyerek aleniyeti tanımlamaktaydı. 153. maddenin aleniyete ilişkin düzenlemesi<sup>37</sup> yeni TCK’ya alınmamıştır. 5237 sayılı TCK da ise böyle bir madde bulunmamaktadır. Bu yüzden doktrinde farklı görüşlerle inceleme konumuz suç açısından aleniyet tanımlanmaya çalışılmıştır.

Bir görüşe göre herkesin rahatça girip çıkabildiği veya rahatça bulunabileceği yerde işlenen fiil aleni işlenmiştir. Burada kamuya açıklık esas alınmıştır. Aleniyetin bu fikre göre tanımı, fiilin öğrenilebilme tehlikesinin varlığı baz alınarak yapılmaya çalışıldığı söylenebilir.

Diğer fikre göre ise yerin kamuya açık bir yer olması aleniyet açısından önemli değildir. Bu fikre göre aleniyetten, ancak fiili algılayabilen kişiler varsa varlığından bahsedilebilir.<sup>38</sup>

Kanaatimce aleniyetin varlığından söz edebilmek için, suç oluşturan fiilin, suçta sayılan kişilerce algılanması gerekmektedir. Aksi halde örneğin incelmekte olduğumuz suç açısından halkın bir kesimince algılanamayan ve öğrenilmeyen tahrik edici eylemlerin, kişinin kendi kendisine yaptığı bir uğraş olmanın ötesine geçemeyeceği ve de halkı kin ve düşmanlığa sevk etmeyeceği için bir önem yoktur. Burada önemli olan eylemin kişiler üzerinde bıraktığı ve diğer kişilere zarar vermeye yol açabilecek etkidir. Bu nedenle ikinci görüşün benimsediği aleniyet tanımı daha isabetlidir.

<sup>33</sup> Ahmet Gökçen, a.g.e., s. 129 vd.

<sup>34</sup> Gereççe.

<sup>35</sup> Artuk-Gökçen-Yenidünya, a.g.e., s. 448.

<sup>36</sup> **Güncellenmiş Türkçe Sözlük**, TDK, www.tdk.gov.tr.

<sup>37</sup> 765 sayılı TCK, madde 153/f4.

<sup>38</sup> Artuk-Gökçen-Yenidünya, a.g.e., s. 453.

Basın ve yayın araçları vasıtasıyla yapılan yayınlar yolu ile işlenen fiillerde ise, ilgili basın kuruluşunun sürekli takipçilerinin varlığı nedeni ile her zaman aleni sayılması yerinde olur. Bu davranış biçimi hayatın olağan akışına uygundur çünkü; bir yayın kuruluşunun varlığı çoğu zaman yayını vasıtası ile kazanılan kazançla mümkün olabildiği için, ulaşabildiği kişilerden (örneğin abonelerinden) elde ettiği gelir takipçi kişilerin varlığını ispatlar. Bu yüzden belli kişilerce fiilin algılanacağı açıktır.

**Kin**; bu kelime dilimize Farsçadan geçmiştir. Kelime sözlükte; birine karşı duyulan öç alma isteği, garez<sup>39</sup> olarak tanımlanmaktadır. 5237 sayılı TCK ise kini 216. maddenin gerekçesinde “öç almayı gerektirecek şiddetli düşmanlık hareketlerinin zeminini oluşturan psikolojik bir hal”<sup>40</sup> olarak tanımlamış ve kanunun kin kavramından ne anladığını ortaya koymuştur.

**Düşmanlık**, Farsçadan dilimize geçen düşman kelimesinin dilimize yerleştikten sonra aldığı yapım eki ile oluş bildiren bir kelime olan düşmanlık kavramı türemiştir. Düşmanlık “1) biri birinin kötülüğünü isteyen, ondan nefret eden, dost kelimesinin karşısı, 2) Aralarında biri biri ile çatışmaya varacak derecede anlaşmazlık bulunan taraflar”<sup>41</sup> manalarına gelmektedir.

İnceleme konumuz suçun gerekçesinde düşmanlık; husumet beslenen konuya karşı, düşünerek tasarlayarak, zarar vermeye, onu mağlup etmeye yönelmiş kin duygusu<sup>42</sup> olarak ifade edilmiş ve TCK'nın kavrama yüklediği anlam ortaya konmuştur.

Bu iki kelime (*Kin* ve *Düşmanlık*) 216. maddede “ve” bağlacı ile bağlanmıştır. Fakat kanun yapım aşamasında oluşturulan komisyonda görev alan Gökçen buradaki “ve” bağlacının “ile” olarak değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Yani bu halde halkı sadece kine yönlendiren veya sadece düşmanlığa sevk eden eylemler 216. madde açısından tipik suç sayılabilecek eylemler değildir. Bu halde işlenen fiiller tipik olmayacağından suç

oluşmayacaktır. Fiilin tipik olması için ise hareketin “kin ile düşmanlığa” beraberce tahrik edilmesi gerekmektedir.<sup>43</sup> 312. maddede ise sadece kine veya sadece düşmanlığa tahrik eden fiiller cezalandırmakta idi.<sup>44</sup>

**Tahrik**, Arapça bir kelime olan tahrik sözlük anlamı itibariyle “bir kimseyi kötü işler yapması için ileri sürmek, kıskırtmak;<sup>45</sup> tahrik etmek ise, harekete geçirmek anlamına gelmektedir.

Ceza hukuk anlamında bu kavram, öç almaya yönlendirme, bir suç işlemeye sevk etme anlamlarını içermektedir. Bu durum kanunun gerekçesinde tahrik, soyut saygısızlık ve reddin ötesinde bir halk kesimine karşı düşmanca tavırlar gösterilmesini sağlamaya ve ya bu tür tavırları pekiştirmeye objektif olarak elverişli fiiller olarak ifade edilmiştir. Bu açıdan sert eleştiriler ve kötüler tahrik boyutuna ulaşmadıkça suç sayılmayacaktır.<sup>46</sup>

Bütün bu kavramlar beraber değerlendirildiğinde ise belli vasıflara haiz, bir halk kesimini yine belli vasıflara haiz diğere bir halk kesimine karşı öç almaya, düşmanlık duymaya yönlendiren ve de alenen işlenen fiiller ancak yasaklanmış fiiller olup, madde anlamında suç sınırları içerisinde kalmaktadır.

### 3. Mağdur ve Fail

Madde metninde nötr ifadeler kullanılarak genel bir suç alanı çizilmiştir. Fail açısından ayırıcı bir özellik ön görmeyen suç metni, suçun herkes tarafından işlenebilir bir suç ihdas edildiğini göstermektedir. Suç açısından ceza sorumluluğuna haiz olmak kâfidir. Suç için kamu görevlisi veya sivil olmak hiçbir önem taşımamaktadır.<sup>47</sup> Eski TCK döneminde yürürlükte olan 312. maddeden birçok sivilin yanında kamu görevlisi de yargılanmıştır. Örneğin bir dönem başbakanlık da yapmış Necmettin Erbakan Bingöl'de yaptığı bir konuşmada; “Türküm, doğrudum çalışkanım. E

<sup>39</sup> **Güncellenmiş Türkçe Sözlük**, TDK, www.tdk.gov.tr.

<sup>40</sup> Gerekçe.

<sup>41</sup> **Güncellenmiş Türkçe Sözlük**, TDK, www.tdk.gov.tr.

<sup>42</sup> Gerekçe.

<sup>43</sup> Artuk-Gökçen-Yenidünya, a.g.e., s. 451.

<sup>44</sup> Ahmet Gökçen, a.g.e., s. 127.

<sup>45</sup> **Güncellenmiş Türkçe Sözlük**, TDK, www.tdk.gov.tr.

<sup>46</sup> Gerekçe.

<sup>47</sup> Ahmet Gökçen, a.g.e., s. 127 vd.

sen bunu söyleyince öbür taraftan da Kürt kökenli bir Müslüman evladı ya öyle mi, ben de Kürdüm, daha doğrudum daha çalışkanım deme hakkını kazandı...” sözleri nedeni ile halkı kin ve düşmanlığa (ırk farkı gözeterek) tahrik ettiği gerekçesi ile yargılanmıştır.<sup>48</sup> Yine Başbakan Recep Tayip Erdoğan 1997’de Siirt’te yaptığı bir konuşma nedeni ile bu suçtan yargılanmıştı: Hasan Celal Güzel de bakanlık yaptığı dönemde bu suçtan yargılanmıştır.<sup>49</sup>

Suçta mağdur olarak gösterilen; muayyen vasıflara (sınıf, ırk, bölge, din ve mezhep) haiz olmaları hasebi ile kendilerine karşı kışkırtılan, tahrik edilen halk kesiminin husumetlerinin kendilerine yönlendirilmesi sebebi ile aleyhine kışkırtılan halk kesimidir.<sup>50</sup>

Suçun mağduru olan hal kesiminin sahip olduğu muayyen vasıflar ve halk kavramı inceleme konumuz açısından özellik taşıdıkları için açıklanması gerekli kavramlardır. Buna göre;

**Halk;** Arapça kökene sahip halk kelimesi, “1) Aynı ülkede yaşayan aynı kültür özelliklerine sahip, aynı uyruktaki insan topluluğu, folk, 2) Bir ülke içinde yaşayan değişik soylardan insan topluluklarının her biri.” anlamlarına gelmektedir.<sup>51</sup> Literatürde yönetenler dışında kalan herkes anlamına geldiği de kabul edilmektedir.<sup>52</sup>

Ceza hukuk açısından ise “halk” kavramı, ceza hukukundaki “mülkellik, ülkesellik” prensibi de gözetilerek, ülke içindeki herkesin oluşturduğu bütün olarak anlaşılmaktadır. Burada din, mezhep, köken, tabiiyet, ideolojik veya bölgesel farklılıklar dikkate alınmadan, sırf kişilerin fert olarak oluşturduğu bütün dikkate alınır.<sup>53</sup>

Suçun temel unsuru olan halk kavramını tanımlandıktan sonra, tipiklik unsuru gereği halk kesiminin sahip olması gereken vasıfların

açıklamalarına geçebiliriz. Açıklama konusu yapacağımız kavramlar suç metninde geçen ve farklılıkları gözetilerek tahrik fiiline konu edilen; Sosyal sınıf, ırk, din, mezhep ve bölge kavramlarıdır. Buna göre;

**Sosyal sınıf;** sosyolojik bir kavram olan sosyal sınıf kavramı toplumdaki farklı özelliklere sahip insan gurupları arasındaki ayniyetler baz alınarak yapılan gruplamalar yolu ile oluşturulan kümeleri ifade eder. Tanımdan da anlaşılacağı üzere sosyolojik anlamda sınıflar tanımlanırken, toplumlara hâkim ekonomik, sosyal, dinsel vs. kurallar referans alınarak kendiliğinden oluşan tabakalar tasvir edilmeye çalışılır. Sosyoloji bilimi bu gruplamalarda baz alınan ayniyetler ve benzerliklerin insanları birbirine yaklaştırdığı, farklılıkların insanları birbirinden uzaklaştırdığı varsayımından hareket eder. Örneğin Marksist literatürde maddi üretim araçları ile insanların girmiş olduğu ilişkiye göre kapitalsi toplum tanımlanmaya çalışılmıştır; dinsel kuralların hâkim olduğu toplumlarda ise gruplamalar dini merteye ve inançlılık kriteri [takva] sosyal sınıfların belirlenmesinde etkili olmuştur. Bu yüzden en genel tanımı ile sosyal sınıf, benzer ekonomik güçlere sahip, hayat biçimleri benzer kültür ve eğilimleri aynı özellikler taşıyan, ekonomik menfaatleri müşterek olan ve bütün bu hususlarda aynı davranma şuuruna sahip bulunan kişilerin meydana getirdiği topluluk olarak formüle edilebilir.<sup>54</sup>

Bu açıklamadan sonra ceza hukukunun sosyal sınıftan ne anladığına geçebiliriz. Ceza hukukuna göre, ceza kanununun uygulandığı toplumda kendiliğinden oluşan guruplar (ki bunu yine sosyoloji bilimi belirleyecektir), halk arasında belli kesimler tabaka olarak adedilmektedir. Bu tabakalar manevi anlamda birliktelik şuru sağlamakta ise sosyal sınıfın varlığı kabul edilerek, uygulanacak normlardaki sosyal sınıf kavramına bu toplumsal gruplamalar esas teşkil edilerek cezalandırma yoluna gidilir.

Birçok ülke gibi ülkemizde kabul edilen sınıf sistemi ise Marksist literatürün kapitalist düzeni açıklamak için kullandığı kriterlerden etkilenmiş ve toplum sınıflara bölünürken bu esaslara göre gruplama yapılmıştır.

<sup>48</sup> Yargıtay 8. CD. 5.7.2000 tarih ve 2000/13957-13093 sayılı kararı.

<sup>49</sup> Ulaş Karan, a.g.e.

<sup>50</sup> Ahmet Gökçen, a.g.e., s. 74.

<sup>51</sup> **Güncellenmiş Türkçe Sözlük**, TDK, www.tdk.gov.tr.

<sup>52</sup> **Sosyal Bilimler Ansiklopedisi**, Halk Bahsi.

<sup>53</sup> Artuk-Gökçen-Yenidünya, a.g.e., s. 456.

<sup>54</sup> **Sosyal Bilimler Ansiklopedisi**, Sosyal Sınıf Bahsi.



Ceza kanunumuzun yapılışında görev alan Gökçen'e göre, çağdaş toplumlarda ve ülkemizde hâkim olan dört sosyal sınıf vardır; işçi sınıfı, yönetenler sınıfı, orta sınıf ve köylü sınıfı.<sup>55</sup> Bu da gösteriyor ki ceza kanunumuzda bu sosyal sınıflar ceza normu anlamında sınıf kabul etmektedir. İşlenen fiilin suç olması için ancak bu sosyal sınıflar arasındaki farklılık gözetilerek tahrik fiili işlenmiş olmalıdır.

Yargıtay ise bir kararında sosyal sınıf kavramından ne anladığını şöyle açıklamıştır;

"Toplumun yapısındaki yeri ve özelliği ile varlık kazanmış, aynı toplumsal düzeydeki bireylerin toplamından oluşan grupları kapsadığı öğretisi ve içtihatlarında kabul edilmektedir. Kendiliğinden oluşmuş ancak devamlılığı bulunan ve kendi içinde organize olmamış büyük insan kategorileri de genel anlamda sosyal sınıf olarak kabul edilir."<sup>56</sup>

Sonuç olarak az önce de değindiğimiz gibi 216. madde deki halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun işlenebilmesi için, işlenen fiilin bu sınıflar arasındaki farklılıktan bahisle işlenmiş olması lazımdır.

**İrk:** İrk terimi biyoloji bilimine ait bir terimdir. Kavram bu bilimde kalıtsak olarak ortak fiziksel ve fizyolojik özelliklere sahip insanlar topluluğu veya bir canlı türünde aynı karakteri taşıyan canlıların oluşturduğu alt bölüm<sup>57</sup> anlamlarına gelmektedir. Biyoloji olarak insanların dört ana ırka sahip olduğu kabul edilir; sarı ırk, kara ırk, beyaz ve ilkel ırklar.<sup>58</sup>

Ceza kanunumuz açısından ise bu açıklama çok anlam ifade etmemektedir. Yargıtay bir kararında ırkı "genetik açıdan koşullandırılmış, kuşaktan kuşağa geçen bedensel özelliklere sahip, birey toplulukları<sup>59</sup> olarak tanımladıktan sonra, Kürt ve Türkleri ayrı ırklar olarak değerlendirerek kararını buna göre tesis etmiştir. Bu karar doktrinde tartışma konusu yapılmış ve biyolojik anlamdaki ırktan farklı bir

ırk değerlendirmesi yapmanın doğru olmadığı vurgulanmıştır.<sup>60</sup>

Din; bu kavramda TCK 216. maddesinde halkın sahip olduğu vasıflardan biri olarak sayılmıştır. Arapçadan dilimize geçen din kavramı Allaha, doğaüstü güçlere, çeşitli kutsal varlıklara inanmayı ve tapınmayı sistemleştiren toplumsal kurum anlamına gelmektedir.<sup>61</sup>

Ceza kanunumuza göre ise din; bir cemaatin sahip olduğu kutsal kitap, peygamber veya yaratıcı kavramlarını da genelde içinde barındıran inanç sistemi ve bu sisteme bağlı olarak yapılan ibadet, yerine getirilmeye çalışılan ahlaki kuralların bütünüdür. İnceleme konumuz olan suç açısından aleni tahrikin din farkı gözetilerek yapılması lazımdır.

**Mezhep;** Dinin bir alt kavramı olan mezhep aynı zamanda ilahiyat biliminin de bir terimidir. Bir dinin görüş, yorum ve anlayış farklılıkları sebebiyle ortaya çıkan kollarından her biri anlamına gelen mezhep kavramı Ceza Kanunumuzun 216. maddesinde de farklılıkları gözetilerek tahrik edilen halk kesiminin bir vasfı olarak sayılmıştır. Burada Ceza Kanunumuz ilahiyat biliminin tasnifine sadık kalmakta ve ilahiyat bilimince yapılan ayrımlara göre mezheplerin varlığını kabul etmektedir.

Mezhepler birçok ilahi ve ilahi olmayan dinde bulunmakla beraber ilahi dinlerdeki mezhepler şöyle sıralanabilir;

**İslâmiyet'te;** İslâmi literatürde mezhepler itikadi ve ameli (hukuki, fıkhi) mezhepler olmak üzere, iki kategoriye ayrılarak incelenmektedir.<sup>62</sup> Bunlardan Fikhî olanlar İslâm tarihinde sahabeyi kiramın sayısı ve hukukçuların oluşturduğu ekollere göre çok fazla olduğu bilinmekle beraber, günümüze kadar ulaşan dört temel mezhep sayılabilir; Hanefi, Maliki, Hanbelî ve Şafi. İtikadî olarak ise mezhepler; Ehli Sünnet Ve'l-Cemaat mezhebi ve diğerleri olarak kategorize edilebilir. Ehli Sünnet dışındaki mezheplere Şia, Haricilik, Mutezile, Cebriye, Mürciye sayılabilir

<sup>55</sup> Artuk-Gökçen-Yenidünya, a.g.e., s. 457.

<sup>56</sup> YCGK, 29.04.2008 tarih 2008/92 sayılı Kararı.

<sup>57</sup> *Sosyal Bilimler Ansiklopedisi*, İrk Bahsi.

<sup>58</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz.: Ahmet Gökçen, a.g.e.

<sup>59</sup> Yargıtay CGK 27.10.1998 tarih ve 8-242/335 sayılı kararı.

<sup>60</sup> Artuk-Gökçen-Yenidünya, a.g.e., s. 459 vd. Ahmet Gökçen, a.g.e., s. 93 vd. Vural Savaş-Sadık Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 3018 vd.

<sup>61</sup> *Güncellenmiş Türkçe Sözlük*, TDK, www.tdk.gov.tr.

<sup>62</sup> Muhammed Ebu Zehra; *Mezhepler Tarihi*.

**Hıristiyanlık'ta;** bu dinin belli başlı mezhepleri Katolik mezhebi, Ortodoksluk, Protestanlık, monofizit kiliseler ve diğerleri olarak sayılabilir.<sup>63</sup>

**Yahudilik'te;** Bu dinde eski dönemlerden beri değişimler görülmekle beraber günümüz açısından, dinin mezhepleri dört grupta kategorize edilebilir; Ortodoks Yahudilik, Reformist Yahudilik, Muhafazakâr Yahudilik ve Yeniden Yapılanmacı Yahudilik.

**Bölge;** 216. madde geçen kavramlardan biri de bölge kavramıdır. Coğrafi terim olan bölge, ceza kanunumuzda da aynı anlama gelecek şekilde kullanılmıştır. Sınırları, idari, ekonomik birliği, toprak, iklim ve bıkri örtüsü bakımından benzerliğine veya üzerinde yaşayan insanların aynı soydan gelmiş olmalarına göre belirlenen toprak parçası.<sup>64</sup> Ceza Kanunumuz ise bu anlatımdan yola çıkarak, belirlenmiş toprak parçası üzerindeki halk kesimini dikkate almış ve bölgeler arası kamu barışı sağlamayı hedeflemiş, bölge farklılığının husumet sebebi olmasına izin vermemiştir. Bu kavramdan hareketle 216. maddedeki suçun işlenebilmesi için, bölge farklılığı gözetilerek tahrik fiilinin gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

#### 4. Hukuka Aykırılık

Bir eylemin suç sayılabilmesi için öncelikle hukuka aykırı olması gerekmektedir. Suçun var olması için hukuk düzenince yasaklanmış bir eylemin varlığı ve yasaklanan bu eylemi bazı şartların gerçekleşmesi halinde hukuka uygun hale getiren bir hukuka uygunluk sebebinin bulunmaması lazımdır. Eylem yasak koyan veya emir veren hukuk kuralı ile çeliştiği zaman, bu eylemi hukuka uygun hale getiren bir başat hukuka uygunluk sebebinin var olamaması ile çift şartlı bir eylem gerçekleşmiş ve suç işlenmiş olur. İnceleme konumuz suç açısından yasaklanmış fiil yukarıda da değindiğimiz gibi "aleni kin ve düşmanlığa tahriktir". Fail tarafından yapılan hareket "aleni tahrik" boyutuna vardığında eylem TCK 216. maddesine aykırı olacak ve hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmiş (diğer unsurların

varlığı il berbere) olacağından suç işlenmiş sayılacaktır.

Peki, inceleme konumuz açısından mevzuatımızda ya da uluslararası belgelerde bir hukuka uygunluk sebebi ön görülmüş müdür acaba? İşte bu noktada 1982 Anayasanın 25 ve 26. maddeler ile İHAS'ın 9. ve 10. maddeleri devreye girecektir.

Anayasamızın 25. maddesi "Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir. Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz." diyerek düşünce ve kanaat hürriyetini, 26. madde ise "Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar..." diyerek ifade hürriyeti güvence altına almıştır. Aynı şekilde İHAS'ın 9. maddesi düşünce özgürlüğünü, 10. maddesi ise ifade özgürlüğünü güvencelemiştir.

Düşünce özgürlüğü temel insan haklarından olup, güvencelenmesi mutlaka gerekli haklardandır. Gerçekten düşünme yetisi ile diğer varlıklardan ayrılan insan, bu yetisi sayesinde elde ettiği kanaatini rahatça açıklayabilmelidir. Baskıcı ve totaliter toplumlarda bu hakkın aşırı derecede sınırlanan nedeniyle bu toplumlar geri kalmakta, değişim ve gelişimleri durmaktadır.

Düşünce hürriyeti, kendi içersinde geçirdiği üç evre de dikkate alınarak, üç unsur içerdiği genel olarak kabul edilen görüştür. Gerçekten düşünme yetisinin kullanılabilmesi için, kanaat sahibi olunan konu hakkında öncelikle bilgi edinilmelidir. Bu da haber alma ve öğrenme gibi iki yolla yapılabilmektedir. Öte yandan kanaatin oluşması bu haber almadan sonra, yani ikinci evre olan düşünme evresinde elde edilmektedir. Düşünme yetisinin son everesi ise elde edilen kanaatin çeşitli vasıtalarla dışa vurulması safhasıdır ki buna da ifade safhası denmektedir.

Şimdi bu üç evreyi niteleyen unsurlara geçebiliriz;

Birinci evre olan *kanaat elde etmek için verilerin toplanması evresinin korunması ve*

<sup>63</sup> Artuk-Gökçen-Yenidünya, a.g.e., s. 464 vd.

<sup>64</sup> **Güncellenmiş Türkçe Sözlük**. TDK, www.tdk.gov.tr.

buradaki hakların belirlenmesi için “Haber alma ve öğrenme hürriyeti” kavramı kullanılmaktadır. Bu evrede kişi bir düşünce oluşturmak için kaynak araştırmasına girer, bulunduğu haber ve öğrenim kaynakları arasında seçim yapar ve bu kaynaklardan faydalanır. İşte bu araştırma ve seçme safhasında kişinin kaynak araştırmasının engellenmemesi, kaynak seçiminde engellenmemesi ve seçtiği kaynaktan özgürce faydalanması esastır. Bu safhalardaki herhangi bir engelleme ve yasak düşünce özgürlüğüne müdahale sayılacak ve yukarıda saydığımız maddelerin engellenmesine takılacaktır. Yani kısaca kişi haber alma kaynağını araştırmada, bulunduğu kaynaklar arasında seçim yapma ve seçtiği kaynaklatan faydalanma hakkına haizdir.

İkinci evre olan *kanaat oluşturma evresi* ise salt kişinin düşünme fonksiyonu ile alakalı olup, tamamen bir iç etkinlikten ibarettir. Bu evreyi ifade etmek ve bu evredeki hakları belirlemek için ise “kanaat hürriyeti” kavramı kullanılmaktadır. Burada tamamen iç etkinlikten ibaret olan bir husus için kişi acaba ne tür haklara haizdir? İşte burada kişinin fikir belirtme hakkına haiz olduğu husus ortaya çıkar. Bu yüzden de yasal düzenlemelerde kimsenin düşüncesini açıklamaya zorlanamayacağı hususu hüküm altına alınmaktadır. Bu hak literatürde susma hakkı, konuşmama hakkı olarak da isimlendirilmektedir.

**“İfade Safhası”.** Bu son safha inceleme konumuzu en çok ilgilendiren safhadır. Çünkü bu safhada kişi artık düşünce sahibi bir varlık olarak, düşüncesinin dışarıya vurmak isteyecektir. Bunu, seçtiği herhangi bir yolla yapabilir. Örneğin radyo yayını, televizyon veya yazı ile bu isteğini yerine getirebilir. Burada kişi artık eyleme geçmekte olduğu için ceza hukuk açısından bir hareket de vardır. Bu hareket ceza kanunu açısından suç sayılmayan bir eylem şeklinde olabileceği gibi suç sayılan bir eylem de olabilir. Kişi burada enerjik bir tenkit yapabileceği gibi bazı kişi ve kurumları hedef alan açıklamalarda da bulunabilir. Kişi bu fikirlerini kabul ettirmeye de çalışacaktır. Kişi burada bu düşüncüyü açıklama yolunu seçme hakkına haiz olduğu gibi, bu düşüncesini seçtiği yolla açıklaması da engellenemez. Bu eylemi gerçekleştiren kişi eylemi açıklamakta özgür

olmasına rağmen inceleme konumuz olan suç açısından eylemleri, halkı kin ve düşmanlığa tahrik edecek dereceye varmamalıdır. Aksi takdirde suç işlemiş olacaktır. Burada düşüncenin ifade edilmiş biçimi önem kazanmaktadır. TCK’nın 216. maddesi anlamında bu ifade edilmiş biçimi [hareket] “Alenen kin ve düşmanlığa tahrik” boyutuna varmalıdır. Ancak bu boyuta varan söz ve eylemler suç, yapılan eylemlerin değerlendirilmesinde madde kapsamında belirlenen makama erişmeyen fiiller ise suç sayılmayacaktır.

Düşünce hürriyetinin kapsamı böyle olmakla birlikte hem Anayasada hem de İHAS’da bu hakkın sınırlanabilme sebepleri sayılarak, hakkın sınırsız bir kapsama sahip olmadığı belirtilmiştir. İHAS’ın 9. ve 10. maddelerine göre bu hak; milli güvenlik, toprak bütünlüğünün korunması, amme emniyeti ve suçun önlenmesi, kamu düzeninin korunması, genel sağlığın, genel ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli haberlerin ifşasının men olunması sebepleri ile kısıtlanabilir.<sup>65</sup>

İnceleme konumuz suçla ilgili AİHM’in Türkiye hakkında verdiği kararların birkaçı şöyledir:<sup>66</sup>

- 1993 tarihli Kemal Yanaşık-Türkiye Kararı,
- 1993 tarihli Şenay Karaduman ve Lamia Bulut-Türkiye Kararı (Başörtüsüne ilişkin İstanbul Üniversitesi öğrencilerinin açmış olduğu dava),
- 2001 tarihli Tepeli ve Diğerleri-Türkiye Kararı,
- 1997 Tarihli Mehdi Zana-Türkiye Kararı,
- Ceylan-Türkiye Kararı,
- Başkaya ve Okçuoğlu-Türkiye Kararı.

Bu konuda geçmiş dönemde verilmiş birçok karar bulunmaktadır. Biz örnek mukabilinde sadece yukarıda ismi zikredilen davaları seçmiş bulunmaktayız.

<sup>65</sup> İHAS madde 9 ve madde 10.

<sup>66</sup> Tezcan-Erdem-Sancakdar, a.g.e., s. 416 vd.

## 5. Suçun Manevi Unsuru ve Özel Görünüş Biçimleri

İnceleme konumuz suç, sadece kasten işlenebilen bir suç niteliğindedir. Taksirle işlenmeyen suç olası [muhtemel] kastla da işlenebilmektedir.

İlgili suç sırf hareket suçu olduğundan aksine görüşler mevcut olmasına rağmen kanımızca teşebbüse müsait bir suç değildir. Suç, hareketin icrası ile hukuk âleminde varlık kazanacaktır.

Suç içtima hükümleri açısından herhangi bir özellik arz etmemektedir. İlgili nedenle fikri ve gerçek içtima müsait bir suç niteliğindedir.

Suçta TCK'nın madde 37 ve devamında düzenlemiş olduğu iştirak biçimlerinden herhangi bir şekli ile iştirak etmek mümkündür.

Görev alanı itibariyle Asliye Ceza Mahkemesinin görev alanına giren bir suç olan Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu, resen kovuşturulan bir suç niteliğindedir.

### Kaynakça

Ahmet Gökçen, *Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü. TCK Madde 312/2, Liberal Düşünce Topluluğu*, Avrupa Komisyonu sponsorluğunda basılmış, ücretsiz bası, Ankara 2002.

Durmuş Tezcan-M. Ruhan Erdem, *Sancakdar, Oğuz; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, 2. Baskı, Seçkin Yay., Ankara 2004.

Ebu Zehra Muhammed, *Mezhepler Tarihi*, Ağaç Yay., 2006.

Fazıl Erdem, *"TCK'nın 312. Maddesinin Koruduğu Hukuksal Değerin Kısa Bir Analizi: Türkiye Devlet Düzeni V. Demokratik Kamu Düzeni"*, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara 2002.

*Güncelenmiş Türkçe Sözlük*, TDK, www.tdk.gov.tr

M. Emin Artuk-Ahmet Gökçen-Caner Yenidünya, *Ceza Hukuk Özel Hükümleri*, Turhan Kitapevi, İstanbul, Nisan 2007.

Nur Centel-Hamide Zafer-Özlem Yenerer Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Beta Basım Yayın, İstanbul 2005.

*Sosyal Bilimler Ansiklopedisi*, Risale Yay.

Sulhi Dömezer-Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuk*, Cilt 1. Beta Basım Yayın, İstanbul 1987.

Turhan Tufan Yüce, *Ceza Hukuku Dersleri 1*, Yetkin Yay., Manisa 1982.

Uğur Alacakaptan, *"Fikir ve Düşünce Özgürlüğü ve Tehlike Suçları Çağdaş Batı Hukukunda Bu Konudaki Düşünce ve Uygulamalar"*, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, 2000.

Ulaş Karan, *"Yeni Türk Ceza Kanunu 216. Maddesi ve Anlatım Özgürlüğü"*, İstanbul Barosu Dergisi, sayı 2005/5 (Eylül-Ekim).

Vural Savaş-Sadık Mollamahmutoğlu, *Türk Ceza Kanununun Yorumu*, Cilt 2, 3. Baskı.



# *İhmali Davranışla Kasten Adam Öldürme*

## *TCK 83*

A. Cihan TÜRKER



### GİRİŞ

**T**ürkçe Sözlükte<sup>1</sup> “Gereken ilgiyi göstermeme, boşlama, savsaklama, savsama, önem vermeme” olarak izah edilen ihmal, Türk Ceza Kanunu’nun 83. maddesinin gerekçesinde “*kişiye belli bir icrai davranışta bulunma yükümlüğünün yüklendiği hallerde bu yükümlüğe uygun davranılmaması*”<sup>2</sup> şeklinde tanımlanmıştır. Yine hukuk sözlüğünde<sup>3</sup> ihmal, “haksız sonuca yönelmekle birlikte, durumun ve koşulların gerektirdiği dikkat ve özeni göstermeme hali; dikkatsizlikten ve/veya özensizlikten kaynaklanan kusur; savsama; gerekli özeni göstermeme; hafif kusur hali” olarak açıklanmaktadır. Diğer tanımlamalara göre ihmal bir norm temelinde yapılması beklenen hareketin yapılmamasıdır.<sup>4</sup> Yine İhmal, *beklenen hareketin hiç yapılmaması, geç yapılması ya da kanunun gösterdiği yer dışında yapılması şeklinde de işlenebilir.*<sup>5</sup>

Ceza Kanunu’nun özel kısmında yer alan suçları sınıflandırdığımızda; *örneğin maddi-şekli suç, tehlike-zarar suçu ve nihayet hareketin biçimine, türüne göre: icrai suç-ihmali suç ayrımlarını yapabiliriz.*<sup>6</sup> Bu bağlamda, belirtmek gerekir ki, *Türk Hukuku’nda ihmal*

*ve icrayı kapsayan üst kavram olarak hareket kavramı kullanılmakta ve ihmali ifade etmek üzere olumsuz, menfi, negatif hareket; icrayı ifade etmek üzere olumlu, müspet, pozitif hareket terimlerine rastlanılmaktadır.*<sup>7</sup>

Yukarıda sınıflandırdığımız ve icrai suçla karşılık gelen ihmali suçları gerçek ihmali suçlar ve görünüşte ihmali suçlar olarak ikiye ayırabiliriz.<sup>8</sup> *Gerçek ihmali suçlarda belirli bir davranışta bulunma zorunluluğu suç tipinde öngörülmektedir ve cezalandırma da, hukuki açıdan yapılması gerekenin ihmal edilmesinden kaynaklanmaktadır.*<sup>9</sup> Görevi ihmal (YTCK, madde 257/2) ve yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi (YTCK, madde 98) suçları buna örnektir. Diğer yandan *görünüşte ihmali suçlarda (ihmal suretiyle icra suçlarında) ihmalin cezalandırılabilirliği suç tipinde açıkça gösterilmiş değildir ve aktif bir hareketle işlenebilen bazı icrai suçların, hareketsiz kalınarak işlenmesi durumunda, görünüşte ihmali suç söz konusu olur.*<sup>10</sup> Kasten öldürmenin hareketsiz kalınarak da, yani ihmal suretiyle de işlenebilmesi buna örnektir.

Hukuk düzeninin, unvanlı olsun olmasın, kişilere yüklediği bazı yükümlülükler vardır ve bu yükümlülükler, neticeyi önleme yükümlülükleri olarak karşımıza çıkar. *Bu yükümlülüklerin büyük bir kısmı “yasaklayıcı” olmakla birlikte, az bir kısmı da “emir” şeklindedir ve emir şeklinde olanların yapılmaması halinde, yükümlü kişiler çoğu zaman hukuken, bazen*

<sup>1</sup> Türk Dil Kurumu Resmi İnternet Sitesi, Web Adresi: (çevrimiçi) <http://www.tdk.gov.tr>, (erişim tarihi: 25.03.2008).

<sup>2</sup> Niyazi Güney-Kenan Özdemir-Yusuf Solmaz Balo, *Gereğe ve Tutanaklarla, Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu*, s. 258.

<sup>3</sup> Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, s. 299.

<sup>4</sup> Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, s. 51.

<sup>5</sup> Nurullah Kunter, *Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi*, s. 33-34.

<sup>6</sup> Hakan Hakeri, *Kasten Öldürme Suçları*, s. 69.

<sup>7</sup> Hakeri, a.g.e., s. 69.

<sup>8</sup> Bahri Öztürk-Mustafa R. Erdem, *Ceza Hukuku Genel Hükümler ve Özel Hükümler*, s. 48.

<sup>9</sup> Öztürk-Erdem, a.g.e., s. 48.

<sup>10</sup> Öztürk-Erdem, a.g.e., s. 48.

de ceza yaptırımlarıyla karşı karşıya kalmaktadır.<sup>11</sup> Yükümlü olan kişiler, "garantör" (güvence veren) olarak adlandırılmaktadır.<sup>12</sup> Bu vesileyle, Hukuk düzeninin, kişilerden yapılmasını istediği "emir" şeklindeki yükümlülük ve görevlerin yerine getirilmemesi nedeniyle işlenecek; "ihmali suçlar", "İhmal suretiyle icra suçları", "garantörsel suçlar" biçiminde adlandırılan suçlardan "ihmal suretiyle adam öldürme" suçunu ele alacağız.

## GENEL OLARAK

İhmali davranışla kasten öldürme suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun özel hükümler kitabında, kişilere karşı suçlara ilişkin ikinci kısmının hayata karşı suçlar başlıklı birinci bölümünde 83. maddede düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, "kişinin yükümlü olduğu belli bir icrai davranışı gerçekleştirmemesi dolayısıyla meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulabilmesi için, bu neticenin oluşumuna sebebiyet veren yükümlülük ihmalinin icrai davranışa eşdeğer olması gerekir. İhmali ve icrai davranışın eşdeğer kabul edilebilmesi için;

- Belli bir icrai davranışta bulunmak hususunda kanuni düzenlemelerden veya sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüğün bulunması
- Önceden gerçekleştirdiği davranışın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturması gerekir."

Bu suç tipine benzer/paralel bir düzenleme, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer almamıştır.

Kanun koyucunun yeni düzenlemedeki (madde 83) amacı ile ilgili olarak, "failin ihmali davranmamasını, bunun yerine aktif davranarak zararlı neticeyi önlemesi istediği"<sup>13</sup> dile getirebiliriz.

Yasa koyucu belli yönde icrai davranışta bulunma yükümlülüğünün yerine getirilme-

mesi neticesinde bir insan ölmüş ise, Yeni Türk Ceza Kanunu (YTCK)'nin 83. maddesi ile bu suçların ihmali davranışla da işlenebileceğini kabul etmiştir. Bu tip suçlarda failin neticeye neden olan pozitif bir hareketinden söz etmek mümkün değilse de fail sözü geçen ölüm neticesinin meydana gelmesini istediğinden hareketsiz kalmakta ve kanunda öngörülmüş olan bu neticeler de fail sayesinde meydana gelmektedir.<sup>14</sup> Bu bakımdan denilebilir ki neticeden sorumluluğun nedeni, hareketsiz kalınmasıdır.

İhmali davranışla işlenen kasten öldürme suçu, temel unsurları bakımından kasten öldürme suçu ile aynı özelliklere sahip olmakla birlikte, hareket ve fail açısından farklılık göstermektedir.<sup>15</sup>

## SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Bu suçla korunan hukuki değer, yaşama hakkıdır. Yaşama Hakkı, üzerinde tasarrufa olanak tanınmayan; ius cogens (uluslararası hukukun emredici kuralları) nitelikte haklar olarak kabul edilen; vazgeçilmez, devredilmez ve dokunulmaz bir değer olarak Ulasal ve uluslararası hukuk kurallarıyla koruma altına alınmıştır. Garantörsel ihmali suçlar, hukuk politikasının bir sonucu olarak kabul edilmiştir.

Yaşama hakkına yönelik saldırılara karşı ceza kanunlarında daima yaptırım öngörülmektedir. Zira yaşama hakkı, kişisel olduğu kadar, toplumsal bir değerdir.<sup>16</sup> Yaşama hakkının diğer hakların özünü oluşturduğunu ve diğer hak ve özgürlüklerin kullanılabilmesi ve değer kazanmasının, yaşama hakkının gerçekleşmesine bağlı olduğunu söyleyebiliriz.

## SUÇUN FAİLİ

Kasten insan öldürme suçunun faili herkes olabilirken, ihmali davranışla kasten insan öldürme suçunun faili, sadece yükümlü olduğu belli bir icrai davranış gerçekleştirilmeyen

<sup>11</sup> Turgut Yüksel, *Adam Öldürme Yaralama İntihara Yönelendirme İşkence ve Eziyet Suçları*, s. 25.

<sup>12</sup> Yüksel, a.g.e., s. 25.

<sup>13</sup> Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 112.

<sup>14</sup> İzzet Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Gazı Şerhi*, s. 225.

<sup>15</sup> Nur Centel-Hamide Zafer-Özlem Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s. 62.

<sup>16</sup> Centel-Zafer-Çakmut, a.g.e., s. 62.

kişi olabilir. Bir başka deyişle kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçunun faili sadece *neticeyi önleme yükümlülüğü altında bulunan garantörler olabilir*.<sup>17</sup> Failin bu yükümlülüğü yasadan, sözleşmeden ya da mağdurun yaşamı için tehlike yaratan önceki davranışlarından kaynaklanabilir. *Fail, bu ilişkiler dolayısıyla, belli bir davranışı yerine getirerek sonucu önlemekle yükümlü olduğu halde, bu yükümlülüğe kasten uymamış ve sorumluluğunu ihmal etmiş olmalıdır*.<sup>18</sup>

## SUÇUN MAĞDURU

Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçunun mağduru, yalnızca insan olabilir. *İnsanın fiziki özellikleri önemli değildir*.<sup>19</sup> Yani mağdurun cinsiyeti, ırkı, dili, dini, rengi, sağlık durumu suçun oluşmasında etkili olmaz.

Ölümün ne zaman gerçekleştiğinin belirlenmesi ile ilgili olarak, genellikle beyin ölümü ölçütü olarak alınmaktadır. *1968 Türk Tabipler Birliği Komite Kararı ile 1969 Yüksek Sağlık Şur'ası Kararı'nda, beyin ölümünün temel olduğu ortaya konulmuştur*.<sup>20</sup>

Cenin ise, *ana rahminden sağ olarak doğmadan evvel, öldürme suçunun mağduru olmamaktadır*.<sup>21</sup> Bu sebeple, hala ana rahmindeki canlıya gerçekleştirilen öldürme fiilleri, *insan öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi* suçunu değil; çocuk düşürme ve düşürme suçlarını (YTCK, madde 99 vd.) oluşturacaktır.<sup>22</sup>

## SUÇUN UNSURLARI

### a) Maddi Unsur

Bu suçun maddi unsuru, kasten öldürmenin olumsuz [ihmali] hareketle işlenmesidir. Farklı bir ifadeyle, neticeyi önleme yükümlülüğü altında olan veya insan hayatına karşı önceden bir hareket yapan kimsenin pasif davranarak başkasının ölümüne sebebiyet vermesidir. *Hareket yerine davranış kelimesinin seçilmesi bilinçli bir tercihin sonucu olup, amaç suçun maddi unsurunun kapsamını genişletmektedir*.<sup>23</sup>

İhmalin, sonucu önleme yükümlülüğü bulunduğu halde buna uyulmaması halinde, suçun oluşmasına sebebiyet vereceğini söyleyebiliriz. Örnek olarak bir sağlık kuruluşunda görev yapan doktorun, acil durumdaki hastaya müdahale etmemesi sonucunda hastanın ölmesi, verilebilir.

İhmali davranışla sebebiyet verilen ölüm neticesinden dolayı sorumlu tutulabilmek için, *neticeyi önlemek hususunda soyut bir ahlaki yükümlülüğün varlığı yeterli değildir; bu hususta hukuki bir yükümlülüğün varlığı gereklidir*.<sup>24</sup> Söz konusu hukuki yükümlülüğün kaynağı ve fail açısından sonucu önleme yükümlülüğünün halleri olarak kanun koyucu, "yasal düzenlemeleri, sözleşmeleri ve başkalarının yaşamı için tehlike yaratan önceki davranışları"nı göstermiştir. *Fail, yükümlülüğünü ihmal etmesi halinde, ihmali, icrai davranışa eşdeğer tutularak neticeden sorumlu olur*.<sup>25</sup>

### İhmali ve İcrai Davranışın Eşdeğer Olması

Failin, belli icrai bir davranışta bulunma yükümlülüğüne aykırı olarak bu davranışın gerçekleştirilmemesi sonucunda, meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulabilmesi için bu neticenin oluşmasına sebebiyet veren yükümlülük ihmalinin icrai davranışa eşdeğer olması gerekir. İhmali ve icrai davranışın eşdeğer kabul edilebilmesi için de belli

<sup>17</sup> Hakeri, a.g.e., s. 82.

<sup>18</sup> Centel-Zafer-Çakmut, a.g.e., s. 63.

<sup>19</sup> Centel-Zafer-Çakmut, a.g.e., s. 63.

<sup>20</sup> Ş. Akıncı, *Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar*. Aktaran: Centel-Zafer-Çakmut, a.g.e., s. 63.

<sup>21</sup> Sulhi Dönmezer, *Kişilere ve Mallara Karşı Cürümler*, s. 113.

<sup>22</sup> Centel-Zafer-Çakmut, a.g.e., s. 64.

<sup>23</sup> Soyaslan, a.g.e., s. 112.

<sup>24</sup> Yüksel, a.g.e., s. 25.

<sup>25</sup> Mustafa Ekinci-Şerafettin Özcan, *Açıklamalı-İçtihatlı Kasten Adam Öldürme Suçları*, s. 207.

bir icrai davranışta bulunma hususunda kanundan veya sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünün bulunması ya da önceden gerçekleştirdiği davranışın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturması gerekir. Böylece *ihmal edilen yükümlülük, bir başka deyişle, gerçekleştirilmeyen icrai davranış, ölüm neticesinin nedeni olacak ve arada nedensellik bağı kurulabilecektir.*<sup>26</sup> Şimdi de neticeyi önleme yükümlülüğünün kaynaklandığı halleri izah edelim.

#### i. Neticeyi Önleme Yükümlülüğünün Kanundan Kaynaklanması

Kanun'a göre sonucu önleme yükümlülüğünün kaynağı, yasal düzenlemeler olabilir. *Söz konusu yükümlülük özel hukuktan doğabileceği gibi kamu hukukundan da doğabilir.*<sup>27</sup> Anne-babanın çocuğuna bakma yükümlülüğü gibi medeni kanundan doğabilir ya da devriye gezen polis memurunun müdahale etmeyerek güçlünün zayıfı öldürmesine seyirci kalması gibi kamu hukukundan da doğabilir. Hastanede çalışan doktor ve hemşirenin hastalara müdahale mecburiyeti gibi idare hukukundan doğan bir yükümlülük de olabilir.

Kanuni düzenlemeler kişilere, bazı hallerde "koruma ve gözetim yükümlülüğü" yükler.<sup>28</sup> Velayet ilişkisinin gereği olarak, anne ve babanın çocukları üzerinde koruma ve gözetim yükümlülüğünün bulunması buna örnektir. Medeni Kanunumuzun 338. maddesindeki "eşler, ergin olmayan üvey çocuklarına da özen göstermekle yükümlüdür" hükmüyle ana babanın üvey çocuklara karşı garantörlüğü de kabul edilmiştir. Keza Medeni Kanunumuzun 364. maddesine göre eşler ve kardeşler arasında yakın ve sıkı bir ilişkinin devam etmesi şartına bağlı olarak garantörlük söz konusu olabilir.<sup>29</sup> Aynı yaşayan eş ve kardeşler ile nişanlılar arasında garantörlük söz konusu değildir.

Kanundan kaynaklanan yükümlülük, *"ikame ilişkilere" de dayanabilir.*<sup>30</sup> 2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu'nun 9b ve 9k maddelerindeki düzenlemeye göre; kurumda görev yapan kimselelerin; korumak, yardım etmek ve bakmakla yükümlü bulunduğu çocuk, özürlü ve yaşlı kimselere karşı garantörlük yükümlülüklerinin mevcut olması, buna örnektir. Evlat edinme ve vesayet durumunda da evlat edinenin evlatlık açısından bu tür bir garantörlük yükümlülüğünün olduğu söylenebilir.

*"Tehlike kaynakları üzerindeki egemenlikten doğan garantörlük yükümlülüğü"* de söz konusu olabilir.<sup>31</sup> 4857 sayılı İş Kanunu'nun 77. maddesi, yine İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği'nin 5. ve 6. maddelerinde işverenlere, işle ilgili her konuda, işçinin sağlık ve güvenliğini koruma yükümlülüğünün yüklenmesi buna örnektir. Bu hükümler nedeniyle *işveren, gerekli önlemleri almaması dolayısıyla meydana gelen ölüm ve yaralanmalardan sorumludur.*<sup>32</sup>

Keza, ev sahibinin evin yıkılma tehlikesi taşıyan yerlerini onarmaması; akıl hastalığı bulunan kişi üzerinde bakım ve denetim yükümlülüğü bulunan kişinin akıl hastasının başkasına zarar vermemesi için gerekli tedbirleri almaması, askeri birlik komutanının maiyetinin sağlığını gözetme ve koruma görevini ihmal etmesi durumlarında en azından olası kastı bulunması halinde YTCK'nın 83. maddesi uyarınca sorumlulukları mümkündür. Nitekim Askeri Yargıtay Mahkemesi bir kararında<sup>33</sup> "Banyodaki çamaşır makinesinin koğuştaki bulunan prize 7 metrelik ve uçları kesik telefon kablosu ile bağlanmak suretiyle kullanıldığı, bu durumun 3-4 aydır devam etmekte olduğu, makineyi kullananlar için hayati tehlike arz eden böyle bir uygulamadan karakol komutanı olan sanığın da haberi olduğu halde, emniyetli bir kullanma ortamı oluşturmadığı, bunun sonucu bir erin ceryana kapılarak öldüğü gerçeği karşısında, TSK İç Hizmetler Kanunu'nun 17 ve 40., İç Hizmetler Yönet-

<sup>26</sup> Centel-Zafer-Çakmut, a.g.e., s. 65.

<sup>27</sup> Soyaslan, a.g.e., s. 112.

<sup>28</sup> Ali Parlar-Muzaffer Hatipoğlu, *5237 Sayılı TCK'da Özel ve Genel Hükümler Açısından Ağır Ceza Davaları*, s. 88.

<sup>29</sup> Hakeri, a.g.e., s. 92.

<sup>30</sup> Hakeri, a.g.e., s. 95.

<sup>31</sup> Hakeri, a.g.e., s. 97.

<sup>32</sup> Hakeri, a.g.e., s. 99.

<sup>33</sup> Askeri Yargıtay 3. D. 13.3.1990, 90/142. Aktaran: Hakeri, a.g.e.



meliği'nin 13. maddesindeki maiyetinin sağlığını gözetme ve koruma görevini ihmal ettiği anlaşıldığından eylemin suç teşkil etmediğine ilişkin sanık vekilinin temyiz itirazlarının reddiyle hükmün onanmasına karar verildi." Demıştır. Benzer şekilde *spor alanlarında da seyircilere veya sporculara yönelik tehlikeleri önleme yükümlülüğü*<sup>34</sup> söz konusudur. Nitekim Fransa'da çığ tehlikesini sporculara bildirmeyen kış sporları merkezinin müdürü sorumlu tutulmuştur.<sup>35</sup> *Araç sahibinin, aracını trafiğe elverişli halde bulundurma, sürücü belgesi olmayan veya araç kullanmak durumunda olmayan kişilerin aracı kullanmalarına engel olma yükümlülükleri, hayvanı idaresi altında bulunduranların da özen yükümlülüğünün sınırları içinde hayvanlarını kontrol altında tutma yükümlülükleri*<sup>36</sup> mevcuttur. Örneğin failin doğrudan veya olası kastıyla köpeğini kontrol altına almaması dolayısıyla meydana gelecek olan ölüm neticesinden YTKK'nın 83. maddesi uyarınca sorumlulukları söz konusudur.

## II. Neticeyi Önleme Yükümlülüğünün Sözleşmeden Kaynaklanması

Neticeyi önleme yükümlülüğü, *iradi olarak, örneğin sözleşme yapılarak, bir yükümlülüğün üstlenilmesinden de kaynaklanabilir.*<sup>37</sup> Bu halde koruma ve gözetim yükümlülüğünün iradi biçimde üstlenilmesi söz konusudur. *Ancak, sözleşme yapılması, neticeye engel olma yükümlülüğünün başlamasına yetmez ve kural olarak görevin fiilen üstlenilmesi gerekir.*<sup>38</sup> Örneğin dağcılık turu rehberi, bir hastanın bakımını üstlenen hemşire/hekim, bir çocuğa göz kulak olmayı kabul eden çocuk bakıcısı, korumalar, cankurtaran, itfaiye eri, korkulan neticeye engel olma yükümlülüğünü üstlenen kişilerdir/garantörlerdir. Sözleşmenin açık ve yazılı olması da şart değildir ve *gönüllü üstlenme*<sup>39</sup> de yeterlidir. Sözleşmenin hu-

kuken geçerli olup olmadığı, üstlenmenin açık veya örtülü, ücretli veya ücretsiz, sürekli veya geçici olması önemli değildir. *Sorumluluk, sözleşmeyle kişinin üstlendiği işle ilgili ve sınırlıdır ve yapılması gereken iş tamamlandığı anda, sorumluluk da son bulacaktır.*<sup>40</sup>

## III. Neticeyi Önleme Yükümlülüğünün Önceki Davranıştan Kaynaklanması

Neticeyi önleme yükümlülüğünün bir diğer kaynağı, kişinin önceden gerçekleştirdiği davranışının, başkalarının yaşamıyla ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturmasıdır. Burada failin, icrai hareket yapmasını gerektiren bir durum vardır ve bu durum failin önceki hareketinden kaynaklanmaktadır.<sup>41</sup> *Başkasına zarar verecek bir tehlike yaratan kişi, bunun zarara sebebiyet vermemesi ve suça dönüşmemesi için, gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.*<sup>42</sup> *Kanun bu durumda faille, yaptığı hareketin daha ağır neticeler doğurmasını engelleme yükümlülüğü getirmiştir.*<sup>43</sup> Örneğin fail, yaralanmasına sebebiyet verdiği kişiye yardım etmekle, onun daha fazla zarar görmesini önlemekle yükümlüdür. Burada fail, önceki hareketi ile bir başkasını yüksek bir koruma ihtiyacının bulunduğu ve yardım olmaksızın kendini kurtaramayacağı bir duruma sokmaktadır ve eğer sebebiyet verdiği neticenin daha ağır zarar doğurmasını engellemeyecek kadar ağır zarar doğurmasını engellemeyecek kadar ağır hareket icrai hareket eşdeğer sayılacak ve fail ağır neticeden sorumlu tutulacaktır. *Bir kimseyi tehlikeye sokan kişinin onu bu durumdan kurtarmakla herkesten önce yükümlü olduğunu kabul etmek yerinde olur. Bu itibarla bir kimseyi yaralayan veya denize iten kişi de onu kurtarmak veya kurtarılmasını sağlamakla yükümlüdür.*<sup>44</sup> Failin neticeyi önleme yükümlülüğünün kaynağını, failin nedensellik serisini bizzat harekete geçirmiş olması oluşturmaktadır. Bu açıdan trafik kazaları verilebilecek en yerinde örneklerdir.

<sup>34</sup> Hakeri, a.g.e., s. 102.

<sup>35</sup> Dönmezer, a.g.e., s. 113.

<sup>36</sup> Hakeri, a.g.e., s. 103.

<sup>37</sup> Centel-Zafer-Çakmut, a.g.e., s. 67.

<sup>38</sup> Centel-Zafer-Çakmut, a.g.e., s. 67.

<sup>39</sup> Hakeri, *"Yeni Türk Ceza Kanununda Hayata Karşı Suçlar, Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar"*, (çev-

rimiçi) <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale.htm>, Erişim Tarihi: 30.03.2008.

<sup>40</sup> Centel-Zafer-Çakmut, a.g.e., s. 67.

<sup>41</sup> Soyaslan, a.g.e., s. 113.

<sup>42</sup> Centel-Zafer-Çakmut, a.g.e., s. 68.

<sup>43</sup> Soyaslan, a.g.e., s. 113.

<sup>44</sup> Sahir Erman-Çetin Özek, *Ceza Hukuku Özel Bölüm*, s. 229.

Örneğin, bir trafik kazasına neden olan kişi kaza sonucunda yaralanan kişilerin bir an önce tedavi edilmelerini sağlama konusunda yükümlülük altına girecektir. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi sonucu kişinin ölmesi halinde bu neticeden dolayı kazaya sebebiyet veren kişiyi de sorumlu tutmak gerekir.

Önceki Kanunumuz döneminde öngelen tehlikeli eylemin bulunduğu olaylarda, taksirden dolayı sorumluluğun kabul edildiği görülmektedir. Türk uygulamasının ayrıca öngelen tehlikeli eylemden kaynaklanan garantörlüğe veya buna dayanan sorumluluğa başvurmaya gerek görmediği belirlemesini yapmak olanaklıdır. Aşağıdaki Yargıtay kararına konu olay buna güzel bir örnek teşkil etmektedir: "Samimi kabul edilen ve aksi kanıtlanmayan savunmasında sanık, ısınmak amacıyla fırın içerisinde oturmakta bulunan ölene 'fırının kapısını kapatayım mı?' dedikten sonra onun olumlu cevabı üzerine fırının kapısını kapatmış, bu arada şeytanlık edip öleni korutmak amacıyla çalıştırma ve stop düğmelerine basmış, ölenin kan çıktığını görünce girdiği psikolojik bunalım içerisinde olay yerinden uzaklaşırken fırının kapısını açmayı düşünmemiş, bu durumu ilk karşılaştığı kişiye de anlatmıştır. Ölümün havasızlıktan dolayı meydana gelmesi de bu durumu doğrulamıştır." Yargıtay Ceza Genel Kurulu olayda kastın bulunmadığına, ağır ve yoğunlaşmış taksirli halin varlığının söz konusu olduğunu ve dolayısıyla sanığın taksirle adam öldürmeden sorumlu olacağına karar vermiştir. (CGK, 9.4.1990, 1-60/108) Anlaşılmıştır ki, Yargıtay bir ihmali suç ihtimalini ve garantörlüğü hiç tartışmamakta, doğrudan taksirli icrai suçtan dolayı sorumluluk kararı vermektedir. Halbuki olayda öngelen yükümlülüğe aykırı bir tehlikeli eylem söz konusudur. Yükümlülüğe aykırı bu hareket, bu hareketten doğan neticenin önlenmesi yükümlülüğünü doğurur. Dolayısıyla olayda öngelen tehlikeli eylem nedeniyle failin garantörlüğü söz konusudur.<sup>45</sup> Elbette burada da fail somut olayın şartları içinde yükümlülüğü yerine getirebilecek olanaklara sahip olmalıdır.<sup>46</sup> Mesela fail trafik kazası sonucu bir kişinin yaralanmasına sebebiyet vermiş ve zamanında hastaneye yetiştiremediği için kişi

ölmüşse ya da aracı hasar gördüğü için çalışmamış ve yaralıyı hastaneye götüremediği için ölüm meydana gelmişse, fail ölüm neticesinden sorumlu tutulamaz.

*Herhangi bir tehlikeli eylemi yapan her kişi garantör olarak kabul edilmez. Bu itibarla öngelen tehlikeli eylemden dolayı garantörlük düşüncesi üç açıdan sınırlanmalıdır.*<sup>47</sup> İlkin öngelen fiil zararın meydana gelmesi bakımından doğrudan somut ve yakın bir tehlikeye neden olmalıdır. Çok uzak tehlikelerden dolayı sorumluluk kabul edilmez. İkinci olarak öngelen eylem ile önlenecek tehlike arasında yükümlülüğe aykırılık ilişkisi aranmaktadır. Buna örnek olarak dikkatsizlikle bir bisikletliye çarpıp yardım etmeden olay yerinden ayrılan kamyon sürücüsü gösterilebilir.

Son olarak yükümlülüğe aykırılık ilgili hukuki yararın korunmasına hizmet eden normun ihlali olarak kendini göstermektedir.

## b) Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru

Temel bir kural olarak; suçun oluşması, eylemin hukuka aykırı olmasına bağlıdır. Suçun unsuru olan hukuka aykırılığı ortadan kaldıran ve TCK madde 24 ile devamında yer almış bulunan hukuka uygunluk nedenleri, tüm suçlar açısından söz konusu olan genel nitelikteki hükümlerdir ve bu nedenlerden birinin varlığı halinde fiil suç olmaktan çıkar ve fiili işleyen ceza sorumluluğu kalmaz. Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçu bakımından, sonucu önlemekle yükümlü olan kişi, meşru savunma hali dolayısıyla yükümlülüğünü yerine getirememiş olabilir. Bu halde fiil hukuka uygun sayılır. Örneğin, taksirle yaraladığı kişiye yardım etme yükümlülüğü bulunan sürücü, olay yerine gelen yaralının yakınlarının saldırısı dolayısı ile yaralıya yardım edemediği aracına binerek kaçmış ise meşru savunma nedeniyle eylem hukuka uygun hale gelir. *Yine zaruret halinde de, sonucu önlememe durumu suç teşkil etmez.*<sup>48</sup> Örneğin, çok soğuk bir havada, sahip olduğu tek battaniyeyi yeni doğmuş çocuğunun üzerine örtmeyip, kendisi kullanan anne-

<sup>45</sup> Hakeri, a.g.e., s. 128.

<sup>46</sup> Soyaslan, a.g.e., s. 113.

<sup>47</sup> Hakeri, a.g.e., s. 130.

<sup>48</sup> Centel-Zafer-Çakmut, a.g.e., s. 68.

nin bu ihmali, donarak ölen çocuğun ölümünden sorumlu olması sonucunu doğurmaz. *İhmalin daha önemli olan başka bir görevin yerine getirilmesi zorunluluğundan doğması halinde, ihmal ve gecikmenin hukuka aykırı olmadığını kabul etmek gerekir.*<sup>49</sup> *İlgilinin tehlikenin önlenmesini istememesi halinde de, örneğin hastanın tıbbi uygulamayı istememesi durumunda da, ihmalin hukuka uygun olduğu görüşünün*<sup>50</sup> *yanında, TCK'da, bir hukuka uygunluk nedeni olmaması, cezasızlık veya ceza indirim hali olarak öngörülmemesi hasebiyle 'ötenazi' bakımından ihmalin hukuka uygun olmadığı görüşü*<sup>51</sup> de mevcuttur. İlk görüşe (H. Hakeri) göre "ancak hasta iradesini serbest bir şekilde açıklayamayacak duruma geldiği andan itibaren hekimin müdahale yükümlülüğü vardır. Hastanın yakınlarının bu tip bir açıklaması hukuka uygunluk nedeni oluşturmaz". İkinci görüşe (E. Şen) göre de "Eğer fail, insani ve vicdani sebeplerle hayati fonksiyonlarını kaybetmiş, fakat hala yaşamını sürdüren bir kişiyi veya aşırı derecede acı çeken bir kişiyi, bizzat o kişinin veya ailesinin isteğiyle ihmali hareketle öldürecek olursa, gerek kendisi ve gerekse kendisini o suça azmettiren bakımından cezai sorumluluk gündeme gelecektir."

### c) Kusurluluk

İhmali davranışla adam öldürme suçunda kusurluluk kasttır. Buradaki kasıt, *icrai davranışı yapmayarak pasif kalmak ve bunun sonucu ölüme sebebiyet vermektir.*<sup>52</sup> *Failde bir veya birden fazla insanın hayatına son vermek bakımından bir niyetin varlığı gerekir.*<sup>53</sup>

İhmali davranışla öldürme suçu doğrudan kastla veya olası kastla gerçekleştirilebilir.<sup>54</sup> *Suçun olası kast ile işlenmesinin sonucu, TCK madde 21/2 uyarınca failin cezasının indirilmesi olmaktadır.*<sup>55</sup> Bu suçu düzenleyen mad-

de gerekçesinde<sup>56</sup>, suçun taksir ile de işlenebileceği belirtilmiştir. *Failin neticeyi önleme yükümlülüğünün bilincinde olmasına rağmen neticeyi önlemek için hareket etmemesi durumunda neticenin zaten gerçekleşmeyeceği düşüncesi ile hareketsiz kalmış olması halinde fail bilinçli taksirden dolayı sorumlu olur.*<sup>57</sup>

*Kişinin başka türlü davranabilme imkanının olmadığı hallerde, neticeye engel olmaması onun sorumlu olması sonucunu doğurmaz. Örneğin yüzme bilmeyen babanın denizde boğulmakta olan çocuğunu kurtarması beklenemez.*<sup>58</sup>

## SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

**Teşebbüs:** *İhmali davranışla kasten öldürme suçuna teşebbüs mümkündür.*<sup>59</sup> *Failin hareket etmek zorunda olduğu zaman diliminde kasten hareketsiz kalması, ancak neticenin rastlantı veya üçüncü kişinin müdahalesi sonucunda gerçekleşmemesi halinde teşebbüs söz konusu olur.*<sup>60</sup> Örneğin, *ölmesini sağlamak kastıyla çocuğunu beslemeyen annenin eyleminin tamamlanabilmesi için, neticenin gerçekleşmesi, yani çocuğun ölmesi gerekir; aksi takdirde, eylem teşebbüs derecesinde kalmış olur.*<sup>61</sup> Bir başka örnek olarak şu verilebilir: *Taksirle bir yaya çarparak yaşamsal tehlike oluşturacak şekilde yaralanmasına neden olan ve ona yardım etmeden olay yerinden uzaklaşan sürücü, üçüncü kişi tarafından hastaneye yetiştirilerek kurtarılması durumunda kasten ihmali davranışla öldürmeye teşebbüsten sorumlu tutulur.*<sup>62</sup>

**İçtima:** Kasten öldürme suçunun zincirleme suç şeklinde işlenmesi, TCK madde 43/3'teki ifadeyle sabittir, mümkün değildir.

<sup>49</sup> Erman-Özek, a.g.e., s. 181.

<sup>50</sup> Hakeri, a.g.e., s. 175.

<sup>51</sup> Ersan Şen, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, s. 266.

<sup>52</sup> Soyaslan, a.g.e., s. 112.

<sup>53</sup> Centel-Zafer-Çakmut, a.g.e., s. 70.

<sup>54</sup> Parlar-Hatipoğlu, a.g.e., s. 91.

<sup>55</sup> Centel-Zafer-Çakmut, a.g.e., s. 70.

<sup>56</sup> Özgenç, a.g.e., s. 176.

<sup>57</sup> Hakeri, a.g.e., s. 163.

<sup>58</sup> Centel-Zafer-Çakmut, a.g.e., s. 71.

<sup>59</sup> Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler II-III*, s. 52.

<sup>60</sup> Hakeri, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri*, s. 267. Aktaran: Centel-Zafer-Çakmut, a.g.e., s. 71.

<sup>61</sup> Centel-Zafer-Çakmut, a.g.e., s. 71-72.

<sup>62</sup> Parlar-Hatipoğlu, a.g.e., s. 92.

Bu sebeple, ihmali davranışla kasten öldürme suçunda da zincirleme suç hükmünün uygulanması söz konusu olmaz.

*Kasten adam öldürmeye yönelik ihmali hareketlerin birden fazla suçun oluşumuna sebebiyet vererek fikri içtima kapsamına girmesi ise mümkündür. Örneğin çarptığı yayaya yardım etmeyen sürücü, mağdurun ölmesi halinde hem ihmali davranışla kasten öldürme hem de yardım yükümlülüğünü yerine getirmeme suçlarını işlemiş olur. Bu durumda daha ağır cezayı içeren TCK 83'e göre cezalandırılır.<sup>63</sup>*

**İştirak:** İhmali davranışla kasten adam öldürme suçuna iştirak mümkündür. *Faillerin her birinin sonucu önleme yükümlülüğünün bulunması durumunda<sup>64</sup>, birden fazla ihmali failler veya birisi ihmali diğeri icrai fail olan kişiler<sup>65</sup>, bunların müşterek fail olarak suçu işlemeleri söz konusu olabilir. Sonucu önleme yükümlülüğü bulunmayan faillerin ise azmettiren veya yardım eden olarak suça katılmaları mümkündür.<sup>66</sup> İştirak iradesi bulunmayan hallerde, faillerin her biri doğrudan doğruya sonuçtan sorumlu olacaktır. Örneğin boğulmakta olan çocuklarına kurtarma simidi atmayan anne babanın her ikisi de ihmali hareketle kasten adam öldürmeden sorumlu olacaktır.<sup>67</sup>*

## SONUÇ

Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçunun faili sadece neticeyi önleme yükümlülüğü altında bulunan garantörler olabilir.

Failin, yükümlü olduğu belli bir icrai davranışı gerçekleştirmemesi nedeniyle meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulabilmesi için bu neticenin oluşmasına sebebiyet veren yükümlülük ihmalinin icrai davranışa eşdeğer olması gerekir. İhmali ve icrai davranışın eşdeğer kabul edilebilmesi için belli bir

icrai davranışta bulunma hususunda kanundan veya sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünün bulunması ya da önceden gerçekleştirilen davranışın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturması gerekir.

Neticeyi önleme yükümlülüğü kişiye bir kanun hükmüyle yüklenmiş olabilirdi. Kanundan kaynaklanan neticeyi önleme yükümlülüğü bazı durumlarda koruma ve gözetim yükümlülüğüne bazı durumlarda bu yükümlülük, ikame ilişkilere dayanmaktadır. Bazen de bu garantörlük tehlike kaynakları üzerindeki egemenlikten kaynaklanmaktadır.

Sözleşmeden kaynaklanması durumunda ise koruma ve gözetim yükümlülüğünün iradi biçimde üstlenilmesi söz konusudur.

Davranışı ile bir zarar doğması tehlikesine neden olan kişinin de zararın meydana gelmesini önleme yükümlülüğü vardır. Yani önceden gerçekleştirdiği davranışının, başkalarının yaşamıyla ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturması durumunda, tehlikeli davranışı gerçekleştiren kişinin, bu tehlikenin zarara sebebiyet vermemesi ve suça dönüşmemesi için gerekli önlemleri alması gereklidir. Aksi halde cezai sorumluluğu söz konusu olacaktır.

## Kaynakça

- Ali Parlar-Muzaffer Hatipoğlu, *5237 Sayılı TCK'da Özel ve Genel Hükümler Açısından Ağır Ceza Davaları*, Adalet Yayınevi, Ankara 2007.
- Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler II-III*, Beta Basım Yayın, İstanbul 1994.
- Bahri Öztürk-Mustafa Ruhan Erdem, *Ceza Hukuku Genel Hükümler ve Özel Hükümler (Kişilere ve Mala Karşı Cürümler)*, Turhan Yayınları, Ankara 2005.
- Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.
- Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Yayınları, Ankara 2003
- Ersan Şen, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Vedat Yayınevi, cilt 1, İstanbul 2006.
- H. Hakeri; *Yeni Türk Ceza Kanununda Hayata Karşı Suçlar, Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar*, Adalet Bakanlığı Resmi web adresinden: <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale.htm>

<sup>63</sup> Centel-Zafer-Çakmut, a.g.e., s. 74.

<sup>64</sup> Centel-Zafer-Çakmut, a.g.e., s. 74.

<sup>65</sup> Hakeri, a.g.e., s. 189.

<sup>66</sup> Hakeri; a.g.e., s. 193.

<sup>67</sup> Centel-Zafer-Çakmut; a.g.e., s. 74.

- Hakan Hakeri, ***Kasten Öldürme Suçları***, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006.
- İzzet Özgenç, ***Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi***, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005.
- Mustafa Ekinci-Şerafettin Özcan, ***Açıklamalı-İçtihatlı Kasten Adam Öldürme Suçları***, Adalet Yayınevi, Ankara 2004.
- Nevzat Toroslu, ***Ceza Hukuku Özel Kısım***, Savaş Yayınevi, Ankara 2005.
- Niyazi Güney-Kenan Özdemir-Yusuf Solmaz Balo, ***Gerekçe ve Tutanaklarla Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu***, Birinci Basım, Adil Yay., Ankara 2004.
- Nur Centel-Hamide Zafer-Özlem Çakmut, ***Kişilere Karşı İşlenen Suçlar***, Beta Basım Yayın, Cilt 1, İstanbul 2007.
- Nurullah Kunter, ***Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi***, Aktaran: Bilgi Üniversitesi web adresi, (çevrimiçi: [clubs.bilgi.edu.tr/herkesicin hukuk/kulup/-belgeler/29.doc](http://clubs.bilgi.edu.tr/herkesicin hukuk/kulup/-belgeler/29.doc))
- Sahir Erman-Çetin Özek, ***Ceza Hukuku Özel Bölüm***, Alfa Yayınları, İstanbul 1994.
- Sulhi Dönmezer, ***Kişilere Ve Mala Karşı Cürümler***, 16. baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul 2001.
- Turgut Yüksel, ***Adam Öldürme Yaralama İntihara Yönlendirme İşkence ve Eziyet Suçları***, Kazancı Hukuk Yayınevi, İstanbul 2007.
- Türk Dil Kurumu Resmi internet sitesi web adresi: <http://www.tdk.gov.tr>





# *Yeni Vakıflar Kanunu ve Yönetmeliğine Sivil Değerlendirme<sup>(\*)</sup>*

*Muharrem BALCI*



## **GİRİŞ**

**1** 935 tarihli Vakıflar Kanununda yapılması gerekli kısmi değişiklik talepleri, nihayet Hükümetçe ele alınmış, hazırlanan tasarı 20.02.2008 de TBMM'de 5737 sayılı Vakıflar Kanunu olarak kanunlaştırılmıştır. Vakıflar Genel Müdürlüğünce düzenlenen Vakıflar Yönetmeliği de 27.09.2008 tarihinde 27010 sayılı *Resmî Gazete*'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.<sup>(\*)</sup>

Vakıflar Kanunu ve Yönetmeliği; mülhak, mazbut, cemaat-azınlık vakıfları ile Medeni Kanuna göre kurulan yeni vakıfların yönetimini, faaliyetlerini, denetimini, taşınır-taşınmaz eski eserlerin tescilini, muhafazasını, yaşatılmasını, vakıf varlıklarının ekonomik şekilde işletilmesi ve değerlendirilmesinin sağlanmasına ilişkin usul ve esaslarını, Vakıflar Genel Müdürlüğünün teşkilat, yetki ve sorumluluklarının (sorumsuzluklarının) bir arada düzenlenmesini kapsamaması bakımından öneme haizdir.

Vakıflar Kanununun genel gerekçesinde, şeffaf, katılımcı, etkili, insan haklarına saygılı, hukuka dayanan, öngörülebilir bir vakıf zihniyeti ve yönetimini hedeflediği belirtilmektedir. Ancak, Kanuna ve Yönetmeliğe bakıldığında, aşağıda dikkat çekilmiş maddelerin açıklamalarında da görüleceği gibi, söz konusu hedefler birer süslemeden ibaret kalmış,

politik ve bürokratik mülahazalar hedeflerin önüne geçmiştir.

Vakıf yöneticisi olabilmek için ve olduktan sonrası için öngörülen sabıka şartları, bürokratların ve siyasilerin, kanunlara, hukuka, temel insan hak ve hürriyetlerine aykırı anlayış üreten ve dayatan 28 Şubat Darbesinden etkilendiklerini ve bu etkiyle organize olduklarını göstermektedir. Bu haliyle Vakıflar Kanunu, sivil toplum örgütleri olması öngörülen vakıfların, yavrukurt örneği “terbiyeli kuruluşlar” haline getirilmesi yasası olarak adlandırılabilir.

Artık süresinde beyannamelerini gönderemeyen, usulüne uygun gönderemeyen vakıf yöneticilerinin ağzına biber sürülebilir, para cezası alabilir, iki tekrardan sonra azledilebilir, ömür boyu hak mahrumiyeti cezası verilebilir. Kanaatimce bu kanun tasarısını hazırlayanlar ve kanunlaştıranlarda vakıf bilinci yoktur ve “vakıf adam” kavramından habersizdirler. Bu anlayışla vakıf adam olmaları imkânı da olmasa gerektir.

Ayrıca Kanun-Yönetmelik ayrımını bilmeyen Genel Müdürlük bürokratlarımız, yerseniz kabilinden Yönetmeliğin 20. maddesinde Kanunun 9. maddesinin koyduğu sınırı ve atfı cürmü aşarak, yoruma açık suçları da ilave etmiş, potansiyel suçlu olan vakıf yöneticilerine —sadece bu konuda olmak kaydıyla Rehberlik hizmeti olarak— vakıf yöneticiliğinden ebedi yasaklanma yollarını zenginleştirmiştir.

Aşağıdaki metin içinde, Vakıflar Kanunu incelenirken sadece üzerinde değerlendirme yaptığımız maddeler ele alınmış olup, madde hükümleriyle ilgili Vakıflar Yönetmeliği hükümleri de madde metninin altında ayrıca değerlendirilmiştir.

<sup>(\*)</sup> Bu Tebliğ, 03.05.2009 tarihinde Fatih'te Safa Vakfı'nda, Vakıflar İstanbul Bölge Müdürü'nün yönetici, Vakıflar Emekli Genel Müdür Yardımcısı ile yine bir başka Eski Genel Müdür Yardımcısı Milletvekilinin konuşmacı olarak katıldığı “*Yeni Vakıflar Kanunu ve Yönetmeliği*” konulu panelde sivil bir değerlendirme olarak sunulmuştur.

Metinde Kanun ve Yönetmelik madde metinleri italik, değerlendirmelerimiz de normal yazı karakterinde kullanılmıştır.

Sizleri Kanun ve Yönetmelikte görebildiğimiz ve sizlerin de katkılarıyla zenginleşecek sair eksikler ve hukuka aykırılıklarla baş başa bırakıyoruz.

Arzumuz; Panel ortamında sunulan görüşlerimizin, bürokratlarımızın hoşlanmayacağı ve hoşlanmadığı üslupta dile getirilmesinin, vakıf bilinci ve infak kültürünün zedelenmesi bağlamında değerlendirilmesidir.

## YENİ VAKIFLAR KANUNU VE VAKIFLAR YÖNETMELİĞİ

**İKİNCİ KISIM:** Vakıflarla İlgili Hükümler

**BİRİNCİ BÖLÜM:** Tüzel Kişilik, Ehliyet, Yönetim, Temsil

**Tüzel kişilik**

**Madde 4:** Vakıflar, özel hukuk tüzel kişiliğine sahiptir.

Yeni vakıfların kuruluşu, mal varlığı, şube ve temsilcilikleri

**Madde 5:** Yeni vakıflar; Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre kurulur ve faaliyet gösterirler.

Yeni vakıfların kuruluşunda amaçlarına göre özgülenecek asgari mal varlığı her yıl Meclisçe belirlenir.

**Açıklama:**

Vakıfların kuruluş malvarlığına sınırlama getirmek vakfetmeye müdahaledir. Vakfın mal varlığının amaçlarından en az birini gerçekleştirebilmeye yeterli olup olmadığına bakılmalıdır.

Yeni vakıflar, vakıf senetlerinde yazılı amaçlarını gerçekleştirmek üzere Genel Müdürlüğe beyanda bulunmak şartıyla şube ve temsilcilik açabilirler. Beyannamenin düzenlenmesine ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle düzenlenir.

**Açıklama:**

Vakıfların şube açmaları ve üye kaydetmeleri çoğu zaman vakıf kurucularının ve vakfa üye olmadıkları halde bağış yapanların tepki-

siyle karşılaşmaktadır. Özellikle, sadece belli bir kesime, cemaate, örgüte hitap eden, o örgütün, cemaatin yararına işlemler yapan, fakat aynı zamanda kamuoyuna hitap ederek bağış toplayan vakıflara bağış yapanların infak duygularına zarar verici olaylar yaşanabilmektedir. Hatta vakfedenin iradesinin tersine vakıf faaliyetleri icra edilebilmektedir. Bu yüzden vakıflarda üyelik ve şube konusu sıkıntılı konudur. Vakıfları derneklere veya salt sivil toplum kuruluşlarına dönüştürmeye sebep olmaktadır. Kanaatimce vakıfların yönetimini oluşturmakta zorluk çekilmeyecek sayı ve yeterlilikte üye sayısı ile iktifa edilmelidir. Şube yerine de temsilciliklerle iktifa edilmelidir.

Vakıflar arasında, özellikle de hayır işlerine tahsis edilmiş vakıflar arasındaki rekabet ve politik tercihlerin kamuoyuna açıkça yansımaları, yine infak kültürünün zedelenmesine neden olmaktadır.

**Madde 9:** Vakıflarda; hırsızlık, nitelikli hırsızlık, yağma, nitelikli yağma, dolandırıcılık, nitelikli dolandırıcılık, zimmet, rüşvet, sahtecilik, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, güveni kötüye kullanma, kaçakçılık suçları ile Devletin güvenliğine karşı işlenen suçların birinden mahkûm olanlar yönetici olamazlar.

Vakıf yöneticisi seçildikten sonra yukarıdaki suçlardan mahkûm olanların yöneticiliği sona erer.

**Açıklama:**

Devletin güvenliğine karşı işlenen suçlar, siyasi nitelikli suçlardan olup, Türk Ceza Kanununun II. Kitap IV. Kısım IV. Bölümde tanımlanmış suçlardandır. Yasa Koyucunun sadece "Devletin Güvenliğine Karşı İşlenen Suçlara" atıf yapması, aynı Kitabın IV. Kısım V. Bölümünde "Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı İşlenen suçlara", VI. Bölümdeki "Milli Savunmaya Karşı Suçlara", VII. Bölümdeki "Devlet Sırlarına Karşı Suçlara", VII. Bölümdeki "Yabancı Devletlerle Olan İlişkilere Karşı Suçlara" atıf yapmaması ilginçtir. Vakıflar kanunundaki bu hükmün 28 Şubat ürünü olduğu pek açıktır.

Devlet güvenliğine karşı suç işleyebilecek sıradan vatandaşlar vakıf yöneticisi olamazlar, fakat devlet güvenliğine karşı devletin gücünü



elinde bulunduran vatandaşların suç işleseler bile —çünkü yukarıda sayılı suçlar ancak devlet gücünü elinde bulunduranlarca işlenebilir— her hal ve şartta ceza almayacakları gibi vakıf yöneticisi olmalarında da sakınca yoktur. Yasa taslağını hazırlayanların ve yasa koyucunun bu kanunu hazırlarken Yeni vakıflar yöneticilerine ve sivil toplum örgütlerine danışmadığı veya 28 Şubat aktörlerinden etkilendiği veya 28 Şubat sürecinde eğitildikleri veyahut da 28 Şubat sürecinde eğitildikleri ortaya çıkmaktadır.

Siyasi suç ithamı genellikle konjonktüre göre değişmektedir. Bu gün suç olan fiil, yarın suç olmayabilir veya tersi olabilir. Vakıflar sivil toplum kuruluşu olarak kabul edildiğinden, sivil toplum kuruluşları ve üyeleri özellikle devlete ve uygulamalarına, hatta devletin güvenliği olarak kabul edilen kurallara karşı faaliyet gösterdikleri için siyasi suç sayılan eylemlerde bulunabilirler. Örneğin, siyasi bir söylemle toplu yürüyüşe katılan veya organize eden bir vakıf yöneticisinin, kanunu uygulayanların yanlış yorumlamasından kaynaklanarak 2911 sayılı Kanunu veya TCK içinde düzenlenen bir hükmü ihlal etmesi yüzünden ceza alması mümkündür.

Madde metninde “Devletin Güvenliğine Karşı İşlenen Suçlar” tadat edilmemiş, sınırlı olarak sayılmamıştır. Bu yüzden devletin güvenliğine karşı işlenen suçlara atıf yapmak hukuka aykırıdır. Bu nedenle, bu maddenin değişmesi, dolayısıyla vakıf yöneticiliğine tanımlanmamış suçları işlemekten dolayı yasaklama gelmemesi gerekmektedir.

Aslolan infak kültürünü ve vakıf bilincini zedeleyecek veya ortadan kaldıracak yüz kızartıcı suçların işlenmemesi olmalıdır.

#### **Vakıf Yöneticilerinin Sorumlulukları ve Görevden Alınması**

**Madde 10:** Vakıf yöneticileri; vakfın amacına ve yürürlükteki mevzuata uymak zorundadır.

Birinci fıkrada belirtilen zorunluluğa uymayanlar ile;

- a) Vakfın amacı doğrultusunda faaliyette bulunmayan,

#### **Açıklama:**

Faaliyette bulunmamak suç olmamalı. Vakıf yöneticileri vakfın mal varlıklarıyla, akarla-

ıyla, vakfedenlerin bağışlarıyla faaliyette bulunurlar. Bazen de vakfedenlerin taahhütlerini beklerler. Bu durumda geçici olarak faaliyette bulunamayabilirler. Bu yüzden cezalandırılmaları vakıf bilincinin körelmesine, gönüllülük esasının ortadan kalkmasına neden olabilir.

- b) Vakfın mallarını ve gelirlerini amaçlarına uygun olarak kullanmayan,  
c) Ağır ihmal ve kasıtlı fiilleriyle vakfı zarara uğratan,  
d) Denetim Makamınca tespit edilen noksanlık ve yanlışlıkları verilen süre içerisinde tamamlamayan, düzeltmeyen veya aykırı işlemlere devam eden,

#### **Açıklama:**

Çok ağır hüküm. Denetim kurumunun vesayetidir bu. Yargıtay içtihatlarında ifadesini bulduğu şekilde; ‘Bu denetimler, vakıf organlarının gaye ve maksatlarını gerçekleştirmek için vakıf resmi senedi çerçevesinde kullandıkları takdir yetkisini, tercih ve kararlarını sınırlayacak mahiyette olamaz. Denetim makamınca yapılacak denetimler, öncelikle; öğretmeye, aydınlatmaya ve uyarmaya yönelik olup, vakıflar üzerinde idari makamlara bir vesayet yetkisi vermez, vermemeli.’

Kaldı ki Kanununun 60. maddesinde —her ne kadar Rehberlikle ilgili bir önerme geçerse de— Rehberlik ve Teftiş Başkanlığı adıyla bir birim kurulmuş olup, görevi vakıflara ve yöneticilerine Rehberlik etmektir. Rehberliği düzenlenmeyen birimin bu eksikliğini vakıflar aleyhine cezaya dönüştürmek, kanun taslağını hazırlayan bürokratların ve kanunu yapan yasa koyucunun yasakçı zihniyetini ortaya koymaktadır.

- e) Medeni hakları kullanma ehliyetini kaybeden veya görevini sürekli olarak yapmasına engel teşkil edecek hastalığa veya maluliyete yakalanan,  
f) Bu Kanununun 11’inci maddesi uyarınca iki defa idari para cezası alan,

vakıf yöneticileri, Meclisin vereceği karara dayalı olarak Denetim Makamının başvurusu üzerine vakfın yerleşim yeri asliye hukuk mahkemesince görevlerinden alınabilir. Telifisi imkânsız sonuçlar doğurabilecek hallerde dava sonuçlanıncaya kadar, Meclis kararı üzerine Denetim Makamınca, vakıf yönetiminin geçici olarak görevden uzaklaştırılması ve

kayımca yönetilmesi ihtiyati tedbir olarak mahkemeden talep edilir.

**Açıklama:**

Çok ağır hüküm. İdari ceza miktarı bile pek fahiş iken, aynı eylemi iki kere cezalandırarak, üstüne üstlük bir de azil sonucuna bağlamak tamamen haksızdır ve vakıf insanların vakfetme arzu ve iradelerini baltalamaktır. Gönüllü olarak yapılan bir işi askeri kurallara bağlamak ancak bu kanunu hazırlayan ve yapanlara mahsus bir anlayış olsa gerek.

Görevinden alınan vakıf yöneticileri Meclis üyesi olamaz ve beş yıl süreyle aynı vakfın yönetim ve denetim organında görev alamazlar. Ayrıca ikinci fıkranın (c), (e) ve (f) bentlerinde belirtilen nedenlerle görevinden alınan vakıf yöneticileri başka bir vakfın yöneticisi ise o görevinden de alınmış sayılır ve beş yıl süreyle hiçbir vakfın yönetim ve denetim organında görev alamazlar.

**Açıklama:**

Kasti olmayan bir kusurdan dolayı hem azil hem de 5 yıl hiçbir vakıfta görev almama cezası hiçbir hukuk sisteminde görülemeyecek trajik düzenlemedir. Azledilen kişinin, o vakıf üzerinde bir etkisi varsa zaten bu hüküm kadük kalacak, kanun yapıcı da kendi kıt anlayışıyla baş başa kalacaktır.

Vakıf yönetiminde yer alan kişiler ile vakıf çalışanları kusurlu fiilleri nedeniyle vakfa verdikleri zararlardan sorumludurlar.

Vakıf yöneticileri mahkeme kararı olmaksızın görevlerinden uzaklaştırılamazlar.

**Yönetmelik Madde 14/a:** Haklı sebepler varsa mahkeme, vakfın yönetim organı veya Genel Müdürlüğün istemi üzerine diğerinin yazılı görüşünü aldıktan sonra vakfın örgütünü, yönetimini ve işleyişini değiştirebilir.

**Açıklama:**

“Haklı Sebep” kavramı açılmalı ve sayılmalıdır. Aksi halde yorum yoluyla birçok vakıf töhmet altında bulundurulurken yönetimi ve işleyiş, vakfedenin iradesine rağmen değiştirilebilir.

**İdari para cezası**

**Madde 11:** Genel Müdürlükçe yapılan tebligata rağmen, bu Kanun uyarınca istenen be-

yanname, bilgi ve belgeleri zamanında vermeyen, organların vakfiye veya vakıf senedi-ne aykırı olarak toplanmasına sebebiyet veren veya gerçeğe aykırı beyanda bulunan vakıf yönetimine Genel Müdürlükçe her bir eylem için beş yüz Türk Lirası idari para cezası verilir. İdari para cezalarına karşı tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde 30.03.2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu hükümlerine göre kanun yoluna başvurulabilir.

**Açıklama:**

Vesayet makamının sebepsiz zenginleşmesine sebep olacak bir hüküm. Ceza miktarının caydırıcılığı değil, sembolik olması düşünülmelidir. Zira yöneticinin yaptığı iş gönüllülük esasına dayanmaktadır.

**Yönetmelik Madde 20:** Vakfın amacı, Türk Medeni Kanununun 101'inci maddesinin son fıkrası hükmüne girdiği takdirde Genel Müdürlükçe vakfın dağıtılması için yetkili asliye hukuk mahkemesine başvurulur.

**Medeni Kanunun Madde 101:** “Cumhuriyetin Anayasa ile belirlenen niteliklerine ve Anayasanın temel ilkelerine, hukuka, ahlâka, millî birliğe ve millî menfaatlere aykırı veya belli bir ırk ya da cemaat mensuplarını desteklemek amacıyla vakıf kurulamayacağı.”

**Açıklama:**

Yönetmeliğin 9. maddesi Medeni Kanunun 101. maddesi hükmüne atıf yaparak, bu hüküm kapsamına girdiği düşünülen vakfın dağıtılması için Genel Müdürlüğün dava açacağını amirdir. Yukarıda 9. maddede yaptığımız izahlar burada da geçerlidir.

Ayrıca 9. maddede sadece “Devletin Güvenliği Aleyhine Cürümler”e atıf yapılmış iken, Yönetmeliğin 20. maddesinde kanuna aykırı bir şekilde genişletme yapılarak suç atıfları çoğaltılmış, üstelik atfedilen suçların çoğu yoruma açık suçlar olmuştur. Tamamen 28 Şubat sürecinden etkilenerek organize olanların düzenleyebileceği bir hüküm.

**Hayrat Taşınmazların Nitelikleri ve Değerlendirilmesi**

**Madde 15:** Vakıfların hayrat taşınmazları haczedilemez, rehnedilemez, bu taşınmazlarda mülkiyet ve irtifak hakkı için kazandırıcı zamaşaşımı işlemez.

### Açıklama:

Bu hüküm yeni vakıflar için suiistimale sebep olabilir. Vakıfların ticari işlemlerinden dolayı verdikleri zararlar ve alacak-borç ilişkileri İİK, TTK ve Borçlar Kanunu hükümleri kapsamında değerlendirilmelidir. Bu istisna sadece yönetimleri kamuya intikal eden mazbut veya mülhak vakıflara tanınabilir.

Genel Müdürlüğe, mazbut ve mülhak vakıflara ait olup, tahsis edildikleri amaca göre kullanılmaları kanunlara veya kamu düzenine aykırı yahut tahsis amacına uygunluğunu kaybetmiş, kısmen veya tamamen hayrat olarak kullanılması mümkün olmayan taşınmazlar; mazbut vakıflarda Meclis kararı ile mülhak vakıflarda vakıf yöneticisinin talebi üzerine Meclis kararı ile gayece aynı veya en yakın başka bir hayrata dönüştürülebilir, akara devredilebilir veya paraya çevrilebilir. Bu paralar aynı surette diğer bir hayrata tahsis olunur. Aynı vakıf içerisindeki dönüştürme veya devirlerde bedel ödenmez.

### Beyanname Verme Yükümlülüğü

**Madde 32:** Vakıf yönetimi; vakfın yönetici veya yönetim kurulu üyeleri listesini, bir önceki yıla ait faaliyet raporlarını, bütçe ve bilançolarını, gayrimenkullerini, mali tablolarını ve bu tabloların uygun araçlarla yayımlandığına dair belgeyi, işletme ve iştiraklerinin mali tabloları ile yönetmelikle belirlenecek diğer bilgileri içeren beyannameyi her takvim yılının ilk altı ayı içerisinde Genel Müdürlüğe verir.

**Yönetmelik Madde 39/1:** Vakıf yöneticileri, yılsonundan itibaren altı ay içerisinde yapılacak iç denetim rapor ve sonuçlarını Ek-7'deki forma uygun olarak düzenleyerek rapor tarihini takip eden iki ay içerisinde ilgili bölge müdürlüğüne göndermekle yükümlüdürler.

### Açıklama:

Vakıf iktisadi işletmeleri ticari kuruluşlardır ve ayrı tüzel kişiliktir. Bu şirketler maliyece denetlenmektedir. Ayrıca Genel Müdürlükçe de denetlenmektedir. Yönetimi ve ağırlıklı hissesi vakfa ait olmayan şirketler Genel Müdürlükçe beyanname yoluyla denetlenmeye kalkışıldığında, üstelik bu işlemin Yön. madde 34 uyarınca elektronik ortamda bilgilerin ulaştırılması yoluyla yapıldığında ticari faaliyetlerdeki sır saklama yükümlülüğü ortadan kalkar. Böyle bir düzenleme ve denetime Genel Müdürlüğün hakkı olmaması gerekir. Elektronik ortamda gönderilen bilgilerin, ticari sırların

kötü niyetli üçüncü kişilerin eline geçme olasılığı çok fazladır. Kaldı ki bu konuda Türk Ticaret Kanununda bir değişiklik de yapılmamıştır. Şirketin hisselerinin %51'inin veya yönetiminin Vakıfta olması halinde bir denetimden bahsedilebilir, ancak bu dahi elektronik ortamda yapılamaz.

### Vakıfların Denetimi

**Madde 33:** Mülhak, cemaat, esnaf vakıfları ile yeni vakıflarda iç denetim esastır. Vakıf; organları tarafından denetlenebileceği gibi, bağımsız denetim kuruluşlarına da denetim yaptırabilir.

### İç Denetimi Yapabilecekler

**Yönetmelik Madde 43:** (1) Vakıf senetlerinde denetim organına yer veren vakıflarda iç denetim bizzat bu organları eliyle yapılabileceği gibi bağımsız denetim kuruluşlarına da yaptırılabilir.

(2) Vakfın yetkili organı ya da bağımsız denetim kuruluşu, iç denetimi, ancak denetçi sertifikasına sahip kişiler marifetiyle yapar veya yaptırabilir.

### Sertifika Alabilme Şartları

**Yönetmelik Madde 44:** (1) Denetçi sertifikası alabilmek için; 01.06.1989 tarihli ve 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununa göre serbest muhasebeci mali müşavirlik veya yeminli mali müşavirlik ruhsatına sahip olanlar ile Genel Müdürlükte avukatlık, müdürlük ve şube müdürlüğü görevlerinde en az 5 yıl çalışmış olanların Genel Müdürlükçe yapılacak sertifika eğitimi sonunda düzenlenecek sınavda başarılı olmaları şarttır.

(2) Ayrıca Genel Müdürlükte; Müfettiş, İç Denetçi, Vakıf Uzmanı, Hukuk Müşaviri, Daire Başkanı ve Bölge Müdürü kadrolarında en az 5 yıl görev yapmış olanlar ile süreye bağlı olmaksızın Genel Müdür, Vakıflar Meclisi Üyesi, Genel Müdür Yardımcısı, Rehberlik ve Teftiş Başkanı, I. Hukuk Müşaviri kadrolarında görev yapmış olanlara talepleri halinde sınav şartına bağlı olmaksızın denetçi sertifikası verilir.

### Açıklama:

Genel Müdürlük bu madde ile kendi çalışanlarına büyük imkân ve haksız kazanç sağlamaktadır. Genel Müdürlükteki Müfettişler, İç Denetçi, Vakıf Uzmanları, Hukuk Müşavirleri, Daire Başkan ve Yardımcıları, Bölge Mü-

dürü kadrolarında en az beş yıl görev yapmış olanlar doğrudan, sınav şartı olmaksızın bağımsız denetçi olabilecekler.

Bir hukuk adamı olan Avukatlara tanınmayan haklar bir şekilde yukarıda sayılan herkese tanınıyor. Böyle saçmalık olmaz veya saçmalık ancak böyle olur. Maddede sayılan insanlar sınav şartı dahi olmadan Bağımsız denetçi olacaklar, sayıları da sınırlı olacağı için haksız rekabetten yararlanacaklar, fakat yıllarını hukuka, vakıf hukukuna ve vakıf bilincine vermiş üstat hukukçular bu haklardan yararlanamayacaklar. Bunun adı da hukuk olacak(!) Çok yakışmış(!), Genel Müdürlükte bu düzenlemeyi yapan ve yaptıranlara.

Öte yandan, serbest muhasebeci, mali müşavirlik veya yeminli mali müşavirlik ruhsatına sahip olanlar ile Genel Müdürlükte avukatlık, müdürlük ve şube müdürlüğü görevlerinde en az 5 yıl çalışmış olanlar Genel Müdürlükçe yapılacak sertifika eğitimi sonunda düzenlenecek sınavda başarılı olanlar da bağımsız denetçi olabilecekler. Sevsinler sizin düzenlemenizi.

Neden acaba, Genel Müdürlüğün veya Bölge Müdürlüğünün yanından geçmiş olanlara bu hakkı vermediniz? Serbest avukatlar ve sair bu işi yapabilecek uzmanlar buralardan geçebilir endişesiyle mi? Böyle hukuk anlayışına yazıklar olsun. Bu düzenlemeyi teklif edenlerin, sebep olanların, yapanların hukuk bilgisinden, anlayışından, hukuk mantığından bahsedilebilir mi?

Vakıf yöneticileri, en az yılda bir defa yapılacak iç denetim raporları ile sonuçlarını, rapor tarihini takip eden iki ay içerisinde Genel Müdürlüğe bildirir.

Vakıfların amaca ve yasalara uygunluk denetimi ile iktisadi işletmelerinin faaliyet ve mevzuata uygunluk denetimi Genel Müdürlükçe yapılır.

## İKİNCİ BÖLÜM: Vakıflar Meclisi

### Meclisin oluşumu

**Madde 41:** Meclis, Genel Müdürlüğün en üst seviyedeki karar organıdır.

Meclis; Genel Müdür, üç Genel Müdür yardımcısı ve I. Hukuk Müşaviri olmak üzere beş, vakıf konusunda bilgi ve deneyim sahibi yükseköğrenim mezunları arasından Başkanın teklifi üzerine ortak kararname ile ata-

nacak beş, yeni vakıflarca seçilecek üç, mülhak ve cemaat vakıflarınca seçilecek birer üye olmak üzere toplam onbeş üyeden oluşur. Ayrıca yeni vakıflar üç, mülhak ve cemaat vakıfları ise birer yedek üye seçer. Seçimler; yeni vakıflarda yönetim organının, mülhak vakıflarda vakıf yöneticilerinin, cemaat vakıflarında yönetim kurullarının seçeceği birer temsilcinin iştiraki ile Genel Müdürlüğün daveti üzerine ayrı ayrı yapılır.

Genel Müdür aynı zamanda Meclisin de başkanıdır.

Genel Müdür alınan kararları yürütmeye yetkili ve görevlidir. Genel Müdürün çeşitli nedenlerle görevinde bulunmadığı durumlarda Genel Müdüre vekâlet eden Meclis Başkanlığına da vekalet eder.

### Açıklama:

Meclis bu yapısıyla icranın emrine girmektedir. Bu düzenleme Meclisin, icraya yön veren bir karar merciine dönüştürülmesidir. Meclis Başkanlığı ile Kurum başkanlığının aynı kişide toplanması Meclisin karar alma sürecini ve sonucunu değiştirmeye yöneliktir.

Vakıflar Meclisi, asli fonksiyonunu ve zaten fiilen emrinde olduğu Kurum Başkanının emrine hukuken de girerek asıl işlevini tamamen kaybetmektedir. Meclisin 5 asli üyesi genel müdür ve onun astı konumundaki kamu görevlilerinden, Kurum dışından atanacak 5 üyesi de Başbakan tarafından (tabii ki bürokratik ve/veya siyasi mülahazalarla veya Genel Müdürün tavsiyesi ile) atanmış kişilerden oluşacaktır.

Eğer Vakıflar Meclisi muhafaza edilmek isteniyorsa, mevcut düzenleme korunmalı, ilaveten vakıf temsilcileri kendi konuları ile sınırlı olmak üzere de olsa bu organın toplantılarına katılabilmeliydi.

Meclis üyelerinin sadece yüksek okul mezunu olmaları, bunların vakıfla ilgili konularda (hukuk, maliye, mimari vb.) uzman olmaları zorunluluğunun bulunmayışı da bir başka yanlışlıktır.

Vakıflar Meclisi artık sadece Genel Müdürün danışma organıdır.

### Rehberlik ve Teftiş Başkanlığı

**Madde 60:** Rehberlik ve Teftiş Başkanlığı, Genel Müdürün emri veya onayı üzerine, Ge-

nel Müdürlüğün merkez ve taşra kuruluşları ile ilgili olarak Genel Müdür adına teftiş, inceleme ve soruşturma işlerini yürütür, ayrıca aşağıdaki görevleri yapar:

- a) Mülhak, cemaat, esnaf vakıfları ile yeni vakıfların, vakfiye ve vakıf senedinde yazılı şartlara, yürürlükteki mevzuata uygun yönetilip yönetilmediği, amacı doğrultusunda faaliyette bulunup bulunmadığı, mallarının ve gelirlerinin vakfiye, 1936 Beyannamesi ve vakıf senedindeki şartlara uygun kullanılıp kullanılmadığı hususlarını incelemek, denetlemek ve rehberlik yapmak.
- b) Vakıf ve iktisadi işletmelerinin ve iştiraklerinin denetleme ve inceleme işlerini yürütmek.
- c) Müfettişlerin araştırma, inceleme ve denetim sonucu düzenleyecekleri raporları Başkanlık görüşü ile birlikte Genel Müdürlük makamına sunmak.
- d) Mülhak, cemaat, esnaf vakıfları ile yeni vakıfların iç denetim raporları ile sonuçlarını değerlendirmek ve gerekli işlemleri yürütmek.
- e) Genel Müdür tarafından verilen diğer benzer görevleri yapmak.

Rehberlik ve Teftiş Başkanlığı hizmetlerinin yürütülmesinde ihtiyaç duyulması durumunda Genel Müdürün onayı ile taşrada çalışma grupları oluşturulabilir.

Rehberlik ve Teftiş Başkanlığı ile çalışma gruplarının çalışma usul ve esasları yönetmelikle düzenlenir.

#### Açıklama:

Rehberlik, gerçekten de Vakıfların denetiminde çok önemli bir konudur ve vakıfların rehberliğe çok ihtiyacı vardır. Sanılır ki Kurum ve yasakoyucu bu ihtiyacı hissetmiş, kanun ve yönetmelikte düzenleme yapmış.

Rehberlik ve Teftiş Kurumu Başkanlığı kanunda ve yönetmelikte sadece sıfat olarak bulunuyor. Bilgisayarda ara-bul ile denenebilir. Rehberlik kelimesi sadece sıfat olarak yazılmış. Rehberliğe ilişkin, nasıl olacağına, ne yapacağına, nasıl rehberlik edeceğine ilişkin tek kelime yok. Sadece Yönetmeliğin 122/1-a maddesinde muhtemel hataların önlenmesi amacıyla bilgilendirici, yol gösterici konferans, seminer, panel gibi çalışmalar düzenlemek ve yayınlar yoluyla rehberlik yapmak ifadeleri

geçmektedir. Bunun adı göz boyama değilse nedir?

Üstelik Kanunda ve Yönetmelikte konulan ceza hükümleri, esasen Rehberlik hizmetlerine rağmen suç işlenmesi durumuna atfen düzenlenmiştir. Fakat kanunu teklif edenler ve yapanlar için Rehberlik bir anlam ifade etmediği, rehberlik yerine kafa kırmak öngörüldüğü için, 28 Şubat süreçlerinin de etkisiyle sadece cezai yaptırımlar, kurum çalışanlarına ulufe dağıtımı gibi gariplikler hukuk ürünü olarak önümüze getirilmiştir.





# Hisbe Teşkilatı

Cahide Gülnur SARI



## GİRİŞ

**A**rapçada “hesap etmek, saymak; yeterli olmak” anlamlarındaki hisab kökünden türeyen ihtisab, sevabını umarak bir işi yapmak, akıllı ve basiretli bir şekilde yönetmek, çirkin bir iş yapmayı kınamak, hesaba çekmek manasına gelmektedir. İhtisab mastarından türeyen bir isim olan hisbe kelimesi ise, terim olarak emri bil maruf nehyi anil münker (esasen “*emr-i bil-ma’ruf nehyi ani’l münker*” olarak yazılması gerekirken, okunuş ve yazım kolaylığı açısından metin içinde Türkçede kullanıldığı şekilde yazmayı tercih ettik) prensibi uyarınca gerçekleştirilen genel ahlakı ve kamu düzenini koruma faaliyetlerini ve özellikle bununla görevli müesseseyi ifade eder.<sup>1</sup> Nihayet bu işle görevli memura tarihsel süreç içinde farklı isimlerle çağırılmakla beraber genel olarak “muhtesib” denir.

“Hisbe Teşkilatı”nın temelinde emri bil maruf nehyi anil münker prensibi yattığından öncelikle bu kavramı, akabinde ise tarihsel süreci içerisinde Hisbe Teşkilatı’nı anlatacağız.

### 1. Emr bi’l ma’ruf nehyi ani’l münker

İyiliği emredip kötülükten sakındırma manasına gelen emri bil maruf nehyi anil münker, her Müslümanın yerine getirmesi gerekli olan bir mükellefiyettir. İslâm düşünürleri arasında oldukça önemsenen bir konu olduğundan emri bil maruf nehyi münker kavramına sıkça değinilmiştir. İslâm kültüründe emri bil maruf nehyi anil münker, toplumda iyiliğin hâkim kılınması ve yaygınlaştırılması,

sı, kötülüğün önlenmesi ve böylece erdemli bir toplum oluşturulması ve yaşatılması için gösterilen faaliyetlerin hepsini ifade eden bir terimdir.<sup>2</sup>

Mevdudi, *İslâmi Kavramlar* kitabında konuyu şu şekilde ele almaktadır:

“Bir şeyin herhangi bir şeyle sıfatlanmasındaki durumu iki şekilde açığa çıkar. Birincisi o şeyin kazandığı sıfatta en yüksek noktasına ulaşmasıdır. İkincisi ise bu sıfatın o şeyde tam olarak yerleşmesi ve o şeyi başkasına tesir edecek ve kendi özelliğiyle özelleştirecek duruma getirmesidir. Örneğin kar kendi yapısında soğuklukla sıfatlanmıştır. Bu onun ilk ve asıl özelliğidir. Bununla beraber o başkasını da soğutur. Bu ise onun ikinci özelliğidir. Ateş, sıcaklıkla sıfatlanmıştır. Kendi zatında çok sıcaktır. Bu onun ilk ve asıl özelliğidir. Bununla beraber o başkasını da ısıtır, yakar. Bu da onun ikinci özelliğidir. Böylece, salih bir kimsenin salihliğinde ilk özelliği kendi zatında salih olmasıdır. İkinci özelliği ise bu salihliğin tesiriyle başkalarını ıslah edici olmasıdır. Yine bunun gibi mümin imanında rasih, Hakk’a itaatinde kâmil olduğunda, iman sıfatıyla sıfatlanması nedeniyle birinci özelliğini kazanmış olur. Fakat bu sıfat onda kuvvetleşir, başkalarını Hakka davet etmeye başlayacak derecede etkinleşirse iman sahibi olur. İnsanları Hakka teslim olmaya davet eder, o kendisine verilen kalem ve lisan gücünü bu hizmette kullanmak, temiz ahlakı ve güzel gi-dişatı ile bunların hizmetinde bulunan insanların fiili olarak Allah’a teslim olmaya çağırır, bunun için çalıştığında da ikinci özellik açığa çıkar. Böylece imanın en kemal derecesini elde etmiş olur.”<sup>3</sup>

Kur’an’da emri bil maruf nehyi anil münker önemine binaen sıkça vurgulanan bir husus olmuştur.

<sup>1</sup> *İslam Ansiklopedisi*, Türkiye Diyanet Vakfı, cilt 18, s. 133.

<sup>2</sup> Türkiye Diyanet Vakfı, *İlmihal*, cilt II, s. 543.

<sup>3</sup> Mevdudi, *İslami Kavramlar*, s. 91-92.

"Sizden öyle bir cemaat bulunmalıdır ki hayra çağırınsınlar, iyiliği emretsinler, kötülükten sakındırınsınlar. İşte onlar kurtuluşa erenlerin ta kendileridir." (Al-i İmran, 104)

"Siz, insanlar için çıkarılmış hayırlı bir ümmetsiniz; ma'rufu emreder, münker olandan sakındırır ve Allah'a iman edersiniz..." (Al-i İmran, 110)

Bu ayet bize bu ümmetin dünyada inanç, kültür ve medeniyet üçlüsü üzerinde oluşmuş diğer ümmetlere ve milletlere kıyasla "önder bir ümmet" olduğu düşüncesini vermektedir. Zira İslâm ümmeti diğer ümmetlerde olmayan birtakım özellikler taşımaktadır. Bu özellik, bir nizam ile beraber savunduğu hayata yönlendirme gücünü taşımış olmasıdır. Esasen en doğruya, Allah'ın vaad ettiğine yönlendirme, marufu emretme ve münkerden sakındırma; sözünde iddialı ve müminin iman ve teslimiyetini açığa çıkaran bir çalışmadır. İslâm ümmeti, aşılmaz sanılan şartlarda dahi bu görevi yapmak borcundadır.

Mevdudi ise bu ayetleri şöyle yorumlamaktadır:

"Şüphesiz ki mum, elektrik lambası, ay ve güneş aydınlatma araçlarıdır. Ancak bunlar ışık ve aydınlatma sıfatındaki özellik bakımından değişik derecededirler. Mum sadece küçük bir odayı aydınlatırken, güneş kâinatı aydınlatmaktadır. Tıpkı bunun gibi, başkasının kalbinin iman nuruyla nurlanmasını sağlayan mümin imanının en düşük derecesindedir. O, bir grup, bir millet veya bir ülke çerçevesinde daveti gerçekleştirme gayretine girer ki, böylelikle imanının kemal derecelerini elde etmeye başlar. Bu derecelerin en yüksek noktası tüm dünyaya Allah'ın hâkimiyetini tesis için çalışmaktır. Böyle bir halde, dünyanın hiçbir yerinde kötülüğün bulunmasına müsaade edilmez."<sup>4</sup>

Müfessirler, Al-i İmran Suresinin 104. ayetinin tefsiri hakkında ihtilafa düşmüşlerdir. Bu nedenle emri bil maruf nehyi anil münkerin hükmünün "farz-ı kifaye" mi "farz-ı ayn" mı olduğu hususu tartışmalıdır. Ancak İslâm Ulemasının büyük bir çoğunluğu "marufu emredip münkerden nehyetmeye çalışmak düsturunun ümmetin tümüne emrolunduğu" noktasında mutabıktır. Aynı zamanda, "ehil

bir grubun bu görevi üstlenmesiyle ümmetin sorumluluğunun kalkacağı" görüşünde, dolaşısıyla da "farz-ı kifaye" olduğu konusunda ittifak halindedir. Bu vazife, kudreti yeten her Müslüman'a vaciptir, ehliyetli herkese farzdır. Başkası yapmadığı takdirde kudretli kimseye "farz-ı ayn"dır. Her insan gücüne göre iş yapmaya mecbur olduğundan bu vazifeyi her Müslüman'ın üzerine yükleyemeyiz. Nitekim Kuran'da Teğabun Suresi 16. ayette Allah şöyle buyurmaktadır:

"Öyleyse güç yetirebildiğiniz kadar Allah'tan korkup-sakinin."

Emri bil maruf nehyi anil münker kavramındaki iman amel ilişkisini ortaya çıkarmak adına Kur'anî yolu takip edecek olursak, Kur'an'da aynı sure içinde dahi bu ilişkiyi birçok kez vurgu yapıldığını görürüz.

"Onlar Allah'a ve ahiret gününe iman eder, maruf olanı emreder, münker olandan sakındırır ve hayırlarda yarışır. İşte bunlar Salih olanlardır." (Al-i İmran, 114)

Kur'an-ı Kerim Rasulullah (s.a.v)'i şöyle vasfetmiştir:

"O kendilerine iyiliği emrediyor, onları kötülükten alkoyuyor." (el-Araf, 157)

Hz. Lokman (a.s.) oğluna Kur'an lisanıyla hitap eder ve şu şekilde vasiyet eder:

"Ey oğlum, namazı dosdoğru kıl, ma'ruf olanı emret, münker olandan sakındır ve sana isabet eden musibetlere sabret. Çünkü bunlar azmedilmesi gereken işlerdendir." (Lokman, 17)

Kur'an müminlerin genel özelliklerini açıklarken onların iyiliği emreden kötülükten sakındıran kimseler olduğunu bildirir:

"İnanan erkekler ve kadınlar, birbirlerinin velisidirler. İyiliği emrederler, kötülükten men ederler." (Tevbe, 71)

"Tevbe edenler, ibadet edenler, hamd edenler, İslâm uğrunda seyahat edenler, rükû edenler, secde edenler, iyiliği emredenler, kötülükten sakındıranlar ve Allah'ın sınırlarını koruyanlardır. Sen bütün müminlere müjdele." (Tevbe, 112)

Kur'an'da müminlere emrolunan ve bugün bizlerin de imanın/İslâm'ın şartları olarak say-

<sup>4</sup> Mevdudi, a.g.e., s. 93.



diğimiz farzların içine emri bil maruf nehyi anil münkerin de girmesi gerekliliğini yine vahyi gerçeklikten çıkarıyoruz:

*“Onlar ki, yeryüzünde kendilerini yerleşik kılıp iktidar sahibi kılsak, dosdoğru namazı kılarlar, zekâtı verirler, ma’rufu emrederler, münkerden sakındırırlar. Bütün işlerin sonu Allah’a aittir.”* (Hac, 41)

*“Sizden öyle bir cemaat bulunmalıdır ki, onlar herkesi hayra çağırırlar, iyiliği (ma’rufu) emretsinler ve kötülüğü (münkeri) nehyetsinler.”* (Al-i İmran, 104)

Hayra davet, emr-i bil ma’ruf ve nehy-i anil münker bütün Müslümanlara farz-ı kifâyedir. Bu farziyet yerine getirilmeyince hiçbir Müslüman mes’uliyetten kendini kurtaramaz. Fakat her ferde farz-ı ayn değildir.

Günümüzde dinî hayatın umumen terk edildiği ve Müslümanlığın bir cihetten fetret dönemini yaşadığı bir gerçektir.<sup>5</sup> Ahlâksızlık, haram, günah, fık ve isyanın da bütün cemiyeti işgal ettiği ve günümüz insanının bunları severek işlemekle beraber birbirini teşvik ettikleri de bir gerçektir. Hayra davet etmesi gereken kişi ve müesseselerin de bu meseleyi Kur’anî ölçüler içerisinde ve Rehber-i Muttak’ın prensipleri içerisinde birinci işi olarak ele almadıkları da muhakkaktır. Böyle bir döneme nefir-i amm veya cemm u nefir denir ki, bu durumda emri bil maruf nehyi anil münker yapmak herkes için **farz-ı ayn** olur.

*“Siz insanlar için çıkarılmış en hayırlı bir ümmetsiniz; iyiliği (ma’rufu) emreder ve kötülükten (münkerden) vazgeçirmeye çalışırsınız. Çünkü Allah’a inanıyorsunuz...”* (Al-i İmran, 110)

*“Allah’a ve ahiret gününe, inanırlar, iyiliği emreder ve kötülükten vazgeçirmeye çalışırlar, hayır işlerinde de birbiriyle yarışırırlar.”* (Al-i İmran, 114)

*“... O (Hz. Muhammed s. a.v) kendilerine iyiliği emrediyor, onları kötülükten nehyediyor...”* (A’raf, 157)

*“Münafık erkekler de münafık kadınlar da birbirinin tamamlayıcı parçasıdır. Onlar kö-*

*tülüğü emrederler, iyilikten vazgeçirmeye çalışırlar, ellerini cimrilikle sımsıkı yumarlar...”* (Tevbe, 67)

*“Mümin erkek ve kadınlar birbirlerinin velisidirler, iyiliği emreder, kötülükten vazgeçirmeye çalışırlar.”* (Tevbe, 71)

*“... İnsanlara iyiliği emredenler ve onları kötülükten vazgeçirmeye çalışanlar ve Allah’ın (yasak) sınırlarını koruyan, (onları çiğnemeyen) insanlardır. O müminleri müjdele.”* (Tevbe, 112)

*“O müminler, eğer yeryüzünde kendilerine bir iktidar mevkii verirse dosdoğru namazı kılarlar, zekâtı verirler, iyiliği emrederler ve kötülükten vazgeçirmeye çalışırlar...”* (Hac, 41)

*“(Lokman öğütlerine devam ederek dedi ki): Yavrum! Namazı kıl, iyiliği emret, kötülükten vazgeçir ve basına gelene sabret. Çünkü bunlar (Allah’ın yapmasını emrettiği) kesin işlerdendir.”* (Lokman, 17)

*“Şüphesiz ki Allah adaleti, iyiliği, akrabaya vermeyi emreder. Fahşâ (edepsizlikten)dan, münkerden ve bagy (azgınlık)den meneder...”* (Nahl, 90)

*“... Kim o şeytanın adımlarına uyarsa, şüphesiz ki, o kötülüğü ve gayr-i meşruu (el-münkeri) emreder...”* (Nur, 21)

Bütün bu ayetlerden başka Kur’an-ı Kerim’de;

- Birbirlerini kötülükten alıkoymayan İsrailoğulları’nın lanetlendiği,
- Dinlerini unutan kavim arasında kötülüğü nehyedenlerin, Allah tarafından kurtarılp diğerlerinin helâk edildiği,
- Papazların ve hahamların dinlerine mensup olanları, yalan söylemekten menetmelerinin ne kadar iyi olacağı,
- Daha evvelki asırlarda yeryüzünde fesattan nehyedenlerin bulunmuş olmasının ne kadar temenniye şayan olacağı,

gibi değişik hususlar da beyan edilmektedir.

Ayrıca iyilik ve hayır hususunda yardımlaşma ve yarışa teşvik edildiği gibi “birbirine hakkı tavsiye etmeyen” kimselerin hüsranda oldukları da beyan edilmektedir.

<sup>5</sup> Davut Aydüz, *“Hisbe Müessesinin Doğuşu”*, Yeni Ümit Dergisi, Sayı: 6, 1989 ([http://www.yeniumit.com.tr/yazdir.php?konu\\_id=539](http://www.yeniumit.com.tr/yazdir.php?konu_id=539), Çevrimiçi 09.11.2008)

"Eğer müminlerden iki grup çarpışırsa hemen aralarını düzeltin; eğer onlardan biri tecavüz ediyorsa o vakit tecavüz edenle, Allah'ın emrine dönünceye kadar savaşın. Dönerse yine adaletle aralarını düzeltin ve adaletle iş görün..." (Hucurat, 9)

Ayeti, cemiyet içinde nizam bozucu unsurlara karşı müeyyide tatbikini meşrulaştırmaktır.<sup>6</sup>

Konuyla alakalı olarak Peygamberimiz (s.a.v.) şöyle buyurmuştur:

"Sizden birisi kötülük gördüğü zaman onu eliyle düzeltsin, buna gücü yetmez ise diliyle buna da gücü yetmez ise kalbiyle buğz etsin. Fakat bu imanin en zayıfıdır."<sup>7</sup>

Kur'an-ı Kerim'in genel manzarası göz önünde bulundurulduğunda "marufu emir, münkeri nehiy", peygamberliğin gönderilme hizmetinin gereği olduğunu açıklayan Kur'ani bir kavramdır. Bu kavram peygamberlerin ve onlardan sonra gelen İslâm yöneticilerinin üstlendikleri İslâmi düzenin yalnız bir bölümünü veya bir cephesini ifade etmez. Aksine Allah'ın dini uğrunda peygamberlerin ve halifelerinin tüm gayret ve çalışmalarını kapsayan geniş bir kavramdır. Zira onların bütün emir ve talimatları "emretme ve yasaklama" ikilisi üzerine kurulmuştur. Yani ya Allah'ın emrettiklerini emrederler ya da yasakladıkları her şeyi yasaklardı. Kur'an'ı Kerim ışığında baktığımızda, emri bil ma'ruf nehyi anil münkerin ahlaki konulara sıkıştırılmış bir kavram değil aksine Kur'ani bir emri olduğunu anlamamız gerekmektedir. Zira ma'ruf ve münkeri dar anlamlandırmak, mümini hedefi olmayan bir çabayı sarfetmeye götürecektir ve mümini hümanizm anlayışına sürükleyecektir.<sup>8</sup>

İmam İbni Teymiyye der ki:

"Ma'rufu emir münkeri nehiy; Allah-ı Teâlâ'nın gönderdiği kitaplarında hâkimiyetini gerçek-

leşirmek ve dininin mesajını tebliğ için peygamberlerini üzerinde yürüttüğü yoldur."<sup>9</sup>

İmam Kurtubi ise şöyle der:

"Ma'rufu emir münkeri nehiy geçmiş ümmetlerde icra olunan iki görev idi. Binaenaleyh bu görev peygamberliğin maslahatı ve nübüvvetin insanlığa bıraktığı hilafettir."<sup>10</sup>

İmam Razi bu kavramı izah ederken:

"Bu görev yalnız ibadetten ibaret değildir. Belki ibadetlerin en zoru, fakat en hayati olanıdır. Ayette geçen mü'mine ait her sıfat birer ibadettir. Bunların her biri insanın kendi tekâmülü ile ilgilidir, başkasına ait değildir. Fakat münkeri yasaklamaya çalışmak, mü'minin kendi dışındaki insanların tekâmülü ile ilgilidir."<sup>11</sup>

Yine İslâm ulemalarından İmam Gazali ma'rufu emredip münkeri nehyi İslâm'ın kutup noktası olarak değerlendirmiştir.<sup>12</sup>

Vahyin, hadislerin ve ulema görüşleri doğrultusunda önemini vurguladığımız emri bil maruf nehyi anil münkeri, maruf ve münker düzeyinde irdelemeye çalışacağız.

### a. Ma'ruf

İslâmi tefsirlerde ma'ruf sözcüğünün sık sık "İlahi yasaca tanınan, onaylanan" diye tanımlandığına şahit oluruz.

Ma'ruf ile murad, akliselimin tanıdığı, kabul ettiği amel; münkerle murad, doğru düşünenlerin tanımadığı, inkâr ettiği ameldir. Yani, insanlar arasında hayır olarak bilinen her şey ma'rufur. Ma'ruf ıslah çeşitlerinin hepsine ve doğru yola davete de şamildir. Adaletin yerine getirilmesi, faziletin yayılması, iyiliğin her çeşidinin tahakkuku, ümmetin ilerleme ve felahına yararlı olan her şey gibi, halkın birbirine iyiliğini bildirdiği hususların hepsi ma'ruf cümlesindedir. Böylece ma'rufun sahası her hayır ve ihsanı içine alacak kadar genişler.

<sup>6</sup> Davut Aydın, "Hısbe Müessesinin Doğuşu".

<sup>7</sup> *Sahih-i Müslim*, İman, 78. Naklen: Süleyman Dilmen, *Davetin Önemi Üzerine*. ([http://www.islamvehayat.com/yazar\\_107\\_23\\_DAVETIN-ONEMI-UZERINE.html](http://www.islamvehayat.com/yazar_107_23_DAVETIN-ONEMI-UZERINE.html) Çevrimiçi 25.09.2008)

<sup>8</sup> Seyyid Celalüddin el-Amra, *Ma'ruf ve Münker*, s. 82.

<sup>9</sup> İbn Teymiyye, *el-Hısbe fi'l-İslam*, s. 36. Naklen: Seyyid Celalüddin el-Amra, *Ma'ruf ve Münker*, s. 37.

<sup>10</sup> İmam Kurtubi, *el-Cami li-Ahkami'l-Kur'an* s. 4/47. Naklen: Seyyid Celalüddin el-Amra, *Ma'ruf ve Münker*, s. 37.

<sup>11</sup> İmam Razi, *Mefatihül Çayb*, s. 3/27. Naklen: Seyyid Celalüddin el-Amra, *Ma'ruf ve Münker*, s. 37.

<sup>12</sup> İmam Gazali, *İhyau Ulumi'd-Din*, Cilt 2, s. 755.

Kur'an-ı Kerim, bazı hükümlerin her devirde değişiklik arz edebileceğinden darlık ve zorluk olmaması için olsa gerek, ma'rufu tahdit etmemiştir.<sup>13</sup>

### b. Münker

Ma'rufun kaide olarak zıddıdır. Tanınmayan, yabancı, bu yüzden de makul olmayan, kötü olarak tanımlanabilir.

Kur'an'da iyi ve kötü ile ilgili tam anlamı ile müteşekkil herhangi bir soyut kavramlar sistemi bulunmamaktadır. İslâm'da ahlakın kaynağı dindir ve söz konusu ahlak münhasıran o dinin Kıyameti, "son" ittihaz eden anlayışı içinde şekillenmiştir. Kur'ani görüşteki iyi ve kötünün o çok belirli doğası ortaya çıkmaktadır. Bu dünyaya bir son tanıyan çerçevede, insanın nihai kaderini bu dünyada ne yaptığına bağlarken, kulun davranışının İslâm'ın davasına hizmet mi ettiğine yoksa engel mi olduğuna özellikle bakmaktadır.

İslâm'daki ahlaken iyilik kavrayışının vurgulu biçimde dini olan karakterini, Kur'an'da dini, ahlaki mükemmellik karşılığı kullanılan en yaygın sözcüklerden biri olan "salih" sözcüğünün gösterdiği kadar hiçbir şey göstermez.

Kur'an'ın kendisine rücu etmek ve sormak zorundayız: "Nedir bu iyi eylemler?" Metnin gelişinden iyi eylemlerin Allah tarafından bütün müminlere emredilen takva sonucu eylemler olduğu aşikârdır. Bu formül çerçevesinde her iki terim son derece genel ve dinen iyi ve dinen kötü fikirlerini temsil etmekte olup; ma'ruf gerçek inanıştan doğup onunla ahenk arz eden eylemleri, münker de Allah'ın emirleri ile çatışacak mahiyetteki fiilleri anlatmaktadır.<sup>14</sup>

İmam Şafii ise şöyle der:

"Kendisinde üç haslet bulunan imanı olgunlaştırmıştır:

Emri maruf; Allah Tealanın emirlerini başkalarına ulaştıran ve kendisi de kabul eden,

Nehyi Münker; Allah Teâlâ'nın yasaklarından başkalarını men eden ve kendisi de çekinen

Allah Teâlâ'nın çizdiği çerçevenin dışına çıkmayıp bunları koruyan..."<sup>15</sup>

Emri bil ma'ruf nehyi anil münker prensibini genel olarak inceldikten sonra bununun tatbikiyle ilgili meselelere gelebiliriz.

İyiliği emredip kötülükten sakındırma manasına gelen emri bil maruf nehyi anil münkerin her Müslüman'ın yapması gerekli olan bir mükellefiyet olduğunu görüyoruz. İslâm tarihinde, bu hizmet, ta Resulullah (s.a.v.) döneminde başlatılıp gelişerek zamanla en mükemmel organizasyonlarla yürütülür olmuştur ki, bu organizasyonların bir bölümünü de hisbe teşkil eder.

Burada akla takılan "Acaba ma'ruf ve münker çalışması yalnız devleti ilgilendiren siyasi bir kadro çalışması mı yoksa sadece bir davet işi mi?" sorusunu sünnet ışığında cevaplandırabiliriz.

Ma'rufu emretme ile ilgili olarak Resulullah (s.a.v.)'in tatbikatını bize bildiren A'raf Suresinde geçen ayete değinelim. Zira A'raf Suresi Mekki bir suredir. Ma'rufu emretme çalışması da gayr-i İslâmi bir toplumda yani Darül Küfr olan Mekke'de başlatılmış ve ilk defa burada tatbikata konulmuştur. Allah Rasulü Mekke'de kaldığı sürece Allah'ın dinine davet etti. Ma'ruf ve münker görevini yaparken devlet ve otorite halinde değildi.

## 2. Hisbe Teşkilatı ve Muhtesib

Hisbe, İslâm toplumlarında genel ahlakı ve kamu düzenini koruma ve denetleme faaliyetini ve bununla görevli resmi bir kuruluşu ifade eder. Hisbe görev ve teşkilatı, İslâm'ın emri bil maruf nehyi anil münker ilkesinin, yani toplumda iyiliği hâkim kılmaya, kötülüğü önleme prensibinin kamu hukukuyla ilgili kısmını temsil eder.

İyiliklerin yapılmasını emretmek ve kötülüklerden vazgeçirmek gayesiyle kurulan bu müessesenin başında bulunan muhtesib, dinin hoş karşılamayıp çirkin gördüğü her türlü kötülüğü ortadan kaldırmaya çalışırdı. Günümüzde, görev ve yetkilerini tek bir kurumda toplayamayacağımız hisbenin prensip-

<sup>13</sup> İsmail Çakan, *Hakkı Tavsiye Metod ve Vasıtaları*, s. 21-22.

<sup>14</sup> Toshihiko İzutsu, *Kur'an'da Dini ve Ahlakî Kavramlar*, s. 284.

<sup>15</sup> İmam Gazali, *İhyau Ulumi'd-Din*, Cilt 2, s. 775.

lerinden bir kısmı fikhî bir kısmı da halifenin reyinden doğan idari hususlardır. Hisbe faaliyetleri genel olarak kamu hukuku çerçevesine girmekte, hisbe teşkilatının idare hukukundaki yeri ise muhtesibin yetki ve sorumluluklarına göre değişmektedir.

Hisbe faaliyeti kişi, toplum ve devlet haklarına karşı tecavüz ve ihlalleri önlemeyi, toplumun ortak değerlerini korumayı gaye edinir. Bu yapılırken de, kişilerin özel hayatlarının irdelenmemesi, kişilik haklarının çiğnenmemesi, kötülüğün açık ve herkes tarafından reddedilen bir nitelik taşıması gibi hususlara dikkat edilir. İşlenen kötülüğün gayri meşru oluşu anlatılır, nasihatle bulunulur, ortam ve imkânlar ortadan kaldırılır, gerekiyorsa maddi yaptırım uygulanır. Önemli olan şahısların cezalandırılması değil, kötülüğün önlenmesidir.

Muhtesiblik hakkında Prof. Dr. Hamidullah şu malumatı vermektedir:

"İlerde müstakil hale gelen ve İslâm şehir hayatının pek mühim bir müessesesi olan muhtesiblik, yani amme örf ve adetlerinin, yaşayışının müfettişliği vazifesi, hâkimliğe en yakın bir vazifedir."<sup>16</sup>

Medine'de Hz. Peygamber bizzat ve eyaletlerde vali hâkimler, O'nun adına bu işle meşgul oluyorlardı. İslâm dünyasında Hz. Peygamber döneminden beri varlığı bilinen hisbe, Hz. Ömer'in hilafeti döneminde tam teşkilatlı bir müessese haline geldi.

İslâm Hukukçuları, dini mükellefiyetlerden sayılması ve otorite tesisini, bazı durumlarda da güç kullanımını gerektirmesi dolayısıyla hisbe faaliyetini yürütmekle görevli memurun eda ehliyetinin tam ve Müslüman olması şartları üzerinde dururlar. Bazı âlimler bunların arasına müçtehitlik şartını da katarken fakihlerin çoğunluğu, sorumluluk alanına giren meselelerde meşru olanla olmayanı (maruf - münker) ayırabilecek seviyede dini-mesleki bilgisi bulunmasını yeterli görmüştür. Hz. Peygamber ve Halife Ömer, kadın sahabeleri hisbe faaliyetiyle görevlendirdikleri için kadınların da muhtesib tayin edilmesi caiz görmüştür. Muhtesib olacak kişilerde güzel ahlak, adaletli olma toplum tarafından itibar

görme gibi hasletler aranmıştır. Ayrıca münkeri engellemeye çalışırken daha kötüsüne yol açacak kadar nezaketten yoksun kimseler de bu görev için uygun görülmemiştir.

Muhtesib emri bil maruf nehyi anil münker yükümlülüğünü yerine getiren herhangi bir Müslüman'dan bazı noktalarda ayrılmaktadır. Hisbe faaliyetleri muhtesib için hukuki-resmi bir görevin icrası mahiyetinde ve dinen de yerine getirilmesi gereken bir sorumluluktur. Şikâyet mercii olduğu için görev alanına giren hususlarda işlenen münkeri yahut terk edilen marufu araştırma zorunluluğu bulunduğu için yardımcı tayin etme yetkisi vardır. Örfle ilgili konularda içtihat yapabilen muhtesib geniş bir ta'zir yetkisine sahiptir. Hizmetine karşılık kendisine maaş tahsis edildiğinden herhangi bir Müslüman'dan farklı bir konuma sahiptir. Ayrıca kamu düzeniyle alakalı alanlarda bu faaliyetin ifası fertlerin değil de devletin görevleri arasında sayılmış, bununla ilgili olarak resmi yetkililer ve bir teşkilat ihdasına gidilmiş, böylece doğabilecek kargaşa, keyfilik, düzensizlik ve hak ihlalleri önlenmiştir.

### a. Hukuki Görev Tayini

Hisbe faaliyetleri genel olarak kamu hukuku alanına girmekte, hisbe teşkilatının idare hukukundaki yeri ise muhtesibin yetki ve sorumluluklarına göre değişmektedir.

Eski hukukumuzda hisbe görevi, adli yargı ile idari yargı arasında bir görevdir. Yani sınırlı olsa da muhtesibin de bir yargı görevi mevcuttur.

Hisbe işlerindeki yargılama ile ilgili hükümler, genel yargılama ile fevkalade yargılama hükümleri arasında orta bir yer işgal eder. Hisbe faaliyetleri iki yönden genel yargılama işlerinden ayrılır, iki yönden genel yargımla işlerinden fazlalık gösterir.

Dava için muhtesibe müracaat edildiğinde, muhtesibin, davacının insan haklarını ihlale ait olan davasını dinleme yetkisi vardır. Bu yetki çerçevesinde yalnızca üç tip davaya bakar:

a) Ölçü ve tartı konusundaki eksik tartma, yanlış ölçme, fazla alıp az verme, aldanma ve aldatma ile ilgili konulardaki şikâyetler ve davalar,

<sup>16</sup> Mustafa Refik, *Hisbe ve Muhtesiblik*, 18.01.2008- (<http://multeka.com/kavram-ve-manalar/hisbe-ve-muhtesiblik.html> Çevrimiçi 20.11.2008)

- b) Mal ve ücretteki hileli, karışık durumlara ait davalar,
- c) İmkân olmasına rağmen hak edilmiş bir borcu geciktirmek, edasında ihmalkâr davranmak hususundaki davalar.

Muhtesib, aleni, delil istemeyen kötülükler olması sebebiyle sadece bu üç davaya bakabilir.

- Muhtesib, itiraf edilen haklara ait davalara bakar, inkâr ve kaçınmayı ihtiva eden davalara bakamaz. Hâkim, inkâr edilen yerlerde deliller dinler, yeminler verir. Muhtesib ise delil dinleyemez, yemin veremez.
- Muhtesibin baktığı davalarda, davalı hazır olmasa da gıyabında iyilik yapmasını, kötülüklerden kaçınmasını emredebilir. Emretmesi için, davalı hazır olmasa da dava kendisine arz edilir. Hâkim ise böyle yapamaz, hasmın hazır bulunmasından sonra davaya bakar. Hasmı hazır olmayan bir davaya bakma, yetkisi dışındadır.
- Fevkalade yargı memurluğu ise, hâkimlerin aciz kaldığı durumlar için inşa edilmiştir. Hisbe ise hâkimlerin işlerini hafifletmek maksadıyla kazai görevler yüklenmiştir. Fevkalade yargı memurluğunun rütbesi en üst, muhtesibinki ise en alttadır.<sup>17</sup> Netice itibariyle muhtesib de kadiya bağlı bir memurdur.

Muhtesib ile Mezalim Mahkemesi başkanı olan Nazırlık Mezalim, kadı, şurta, müftü ve şahit arasında çeşitli benzerlik ve farklılıklar vardır. Muhtesib, kadı gibi kul hakları hususunda yapılan dava başvurusunu kabul etme yetkisine sahipse de cinayetler ve haddi gerektiren suçlar hakkında hüküm veremez. Onun yetkisi ölçü, tartı, alet ve birimlerindeki hileler, her türlü iktisadi muameledeki aldatmalar, vaktinde ödenmeyen borçlar, komşuluk hakkı ihlalleri ve işçi işveren anlaşmazlıkları gibi ticari ve içtimai hayatta sıkça karşılaşılan ve bir yönüyle de kamu düzeninin ihlali sayılan çekişmeleri çözüme kavuşturmada yoğunlaşır. Bundan dolayı muhtesib kendisine intikal eden olayın mahiyetine göre günümüzdeki işleviyle bazen uzlaştırımcı hakem

bazen de sorgu hâkimi konumundadır. Muhakeme usulü açısından da kadıdan farklı olup dava açmadan yargılama ve hatta gerekirse yargılamadan hüküm verme yetkisine sahiptir.

Muhtesibin sair görevlerine ek olarak kadının makamına vekâlet etmesi mümkündür. Bazen vali, şurta görevlisinin yardımına başvurduğu ve bazı şurta görevlilerinin onun emrine verildiği de olurdu. *Şurta*, muhafız birliği ve polis görevlisini ifade etmektedir. Şurta'nın yargı alanında elde ettiği yetki sınırlıdır. Şurta'ya yargı erkinde ağırlıklı olarak adli konularda önleyicilik ve infaz görevleri verilmiştir. Şurta görevini yerine getirecek kişilerin âlim, adil, fakih, dindar, namuslu vb. özellikleri taşımaları ve heybetli, dürüst, gururdan uzak, çok uyanık kişilerden olması gerektiğinden zaman içinde muhtesibin yetkileri genişletildi ve şurta mensupları bunların kararlarını icra ve infaz etmek zorunda kaldılar.

Kadıdan farklı olarak muhtesibin münkeri ortadan kaldırmak için bizzat cebri müdahalede bulunma yetkisi varsa da, söz konusu sınırlamalar, toplum düzenini sağlamaya çalışan hisbe teşkilatının bir istibdat organı haline dönüşmesini engellemektedir. Muhtesib, yetki sınırları içindeki konularda gayri meşru fiillerin işlenip işlenmediğini gizli yöntemlerle incelemeksizin araştırabileceği ve gerektiğinde müdahale edebileceği halde kadı ancak kendisine getirilen davaları inceleyebilir. Bu farklar esas itibariyle hisbenin idari; kadılığın ise kazai bir makam olmasından kaynaklanmaktadır. Muhtesib, toplumsal suçlarla ilgili olarak caydırıcı bir rol oynadığı gibi bürokrasiyi ortadan kaldıran ve meselelerin çözümünü hızlandıran önemli bir işlevi de üstlenir. Ayrıca kendisinin bakmakla yetkili olmadığı kamu davalarını kadıya bildirmekle de yükümlüdür.

Muhtesib, diğer devlet kuruluşlarını olduğu gibi adli teşkilatı da teftiş salâhiyetini haizdir. Bu teftiş şekle münhasırdır, kadıların teftiş anlamına gelmemektedir. Kadıların, davalı ve davacıların işlerini titizlikle yerine getirmelerini sağlar.

## b. İdari Hiyerarşideki Konumu

Kadıların yetkisiz olduğu idari davalara mezalim nazırı, istinkâf ettikleri bazı önemsiz davalara da muhtesib bakar. Bu sebep-

<sup>17</sup> İmam Ebul'l-Hasan el-Maverdi, *El-Ahkamu's-Sultaniyye - İslam'da Hilafet ve Devlet Hukuku*, s. 275.

ten, mezalim-kadı-hisbe şeklinde yukarıdan aşağıya hiyerarşik bir idari sıra mevcuttur. Mezalim nazırı kadı gibi bağlayıcı hüküm verirken muhtesib buna yetkili değildir. Ancak hem mezalim nazırı hem de muhtesib, münkeri gidermek için zor kullanmaya yetkilidir. Ayrıca her ikisi de suç duyurusu olmaksızın kamu hakkı ihlallerini araştırıp gereğini yapabilir.

Muhtesib ile şurta [güvenlik] arasında dayanışma ve yardımlaşma münasebeti mevcuttur. Ahmed bin Said el-Müceyledi muhtesibin görevinin dini özellik taşıması, bu konuda yeterli derecede bilgiye ve siyasi yaptırım gücüne sahip bulunması dolayısıyla hisbeyi önem bakımından kaza ile şurta arasına koymaktadır.<sup>18</sup> Ancak muhtesib, dini kurallara uyulmasını sağlayan geniş görevli bir memur olarak kadıyı da bu konuda uyarır ve eleştirebilirdi.

### c. Hisbenin Konusu ve Muhatabı

Hisbe, kişi, toplum ve devlet hakkı ihlallerini oluşturan fiillere yöneliktir. Hisbeye konu teşkil edecek fiil;

- hakkında ihtilaf bulunmayan bir münker olmalı,
- kişilerin özel hayatlarını irdelemeyi (tecessüs etmeyi) gerektirmeyecek kadar aleni yapılmalı ve
- hâlihazırda gerçekleşmelidir. (İstikbalde vuku bulacağından şüphe edilenler bu kapsama girmez.)

Hakkındaki içtihatların farklılığı nedeniyle münkerliğinde ittifak edilemeyen konularda belli bir bakış açısının dayatılması ve dolayısıyla tasarruf hürriyetine kısıtlama getirilmesi caiz değildir.

Hisbenin görev alanı temelde 3 ana başlık altında toplanan birçok hususu kapsamaktadır.

- Allah hakkı
- Kul hakkı
- Her iki yönü de bulunan haklar

İslâm Hukukuna göre haklar insan hakkı ve Allah hakkı olmak üzere ikiye ayrılır. İnsan hakları sadece kişiyi ilgilendirdiği gibi uygulaması da yine kendisini ilgilendirir. Buna karşılık hiçbir kimsenin hakkına dokunulmayarak, yalnız Allaha ait bir hakka tecavüz edilmiş olursa, mücrimin cezası "hakkullah" hükmüne girer.<sup>19</sup> Bu durumda her mümin, mücrimi, Allah rızası için yakalayıp, layık olduğu cezaya uğratması için onu hâkimin huzuruna çıkarma hakkına sahiptir. Böyle bir takibata "*da'val hisba*" denir. Bunun içindir ki Allah hakkına tecavüz edenleri bu tarzda takip etmek haktan muhtesiblik vazifesi doğmuştur.<sup>20</sup>

Birinci grup,

- ezanın vaktinde okunmamasının, cemaatle ibadetlerin zamanında edasının, Cuma ve bayram namazlarının ifasının sağlanması;
- ibadetlerde aleni ihlallere ve bid'atlara engel olunması;
- taşkınlık ölçüsüne varan eğlencelerin, sarhoşluk verici içki kullanımının; muamelatta haramların, özelde fasid-batıl akidlerin, hile ve aldatmaların, ölçü tartı alet ve birimlerinde sahtekarlığın önlenmesi ihtiyaçtan kaynaklanmayan dilencilüğün menedilmesi,
- ehliyetsiz din adamlarının halkı yanıltmasına fırsat verilmemesi türünden dini-içtimai faaliyetleri içermektedir.

İkinci grup,

Umumi ve ferdi haklar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bunlar;

- ihmal yahut imkânsızlık yüzünden harap olan yol, su kanalı vb. alt yapı tesisleriyle ibadethanelerin ve savunma sistemlerinin tamirinin sağlanması,
- işçi-işveren anlaşmazlıkların çözümlenmesi,
- komşu haklarına tecavüzün,
- her türlü meslek ahlakı ihlalinin,
- borçlu temerrüdünün önlenmesi

gibi kamu işleri, muamelatta kanunlara riayetini temini gibi çarşı ve pazarla ilgili hususlardır.

<sup>18</sup> Ahmed b. Said el-Müceyledi, *Et-Tefsirul Ahmediyye*, s. 42. Naklen: *İslam Ansiklopedisi*, Türkiye Diyanet Vakfı, Cilt 18, s. 134.

<sup>19</sup> Ziya Kazıcı, a.g.e., s. 18.

<sup>20</sup> Th. W. Juynboll, "*Dava*" İA, III, s. 495. Naklen: Ziya Kazıcı, a.g.e., s. 71.

### Üçüncü grup

Her iki yönü de bulunan haklardır;

- taşıtlarda aşırı yüklemenin önlenmesi,
- işçi, yetim, köle ve hayvan haklarının korunması,
- buluntu çocukların yedirilip içirilmesi,
- yolların temiz tutulması, aydınlatılması,
- kamu yararına aykırı inşaatlara izin verilmemesi

gibi faaliyetleri kapsamaktadır.

Muhtesib, Allah hakkının ihlali halinde affetme yetkisini kullanabilirken kul haklarının ihlali durumunda böyle bir yetkiye sahip değildir.

### d. Yöntem

İşlenen münker, tecessüse kaçmadan ve yalnız şüphe üzerine kişilik haklarını çiğnemenin tespit edildikten sonra en hafifinden en ağırına doğru şu yöntemlerle giderilir:

- İşlenen fiilin yanlış olduğunun anlatılması,
- Bilerek işleyene öğüt verilmesi,
- Tekdir ve tehdit,
- Kötülüğe vesile olan sebeplerin ortadan kaldırılması ve bu tür alet edevat vb. şeylerin tahrip edilmesi,
- Ölçülü bir şekilde şu ta'zir cezalarının uygulanmasıdır: Hapis, teşhir, darp, meslekten men, silahlı müdahale ve sürgün. Bu son yöntem çatışmayı doğurabileceğinden yalnız görevliler tarafından icra edilebilir. Muhtesib ta'zirda bulunabilir fakat ölüm ve had cezalarına hükmetme yetkisi yoktur; ancak ilgili mercilerin verdiği bu tür cezaları uygular.

Muhtesibin münkeri gidermeye çalışırken uyguladığı cezalarda yanılıp haddi aşması durumunda mala yahut cana verdiği zararları tazmin sorumluluğu olup olmadığı hususu tartışmalıdır.

Hanefi fakihleriyle bir rivayete göre Ahmed bin Hanbel muhtesibin malla ilgili tazmin yükümlülüğü bulunmadığı görüşündedir. Maliki,

Şafii ve diğer bir rivayete göre Hanbelî fakihleri ise cezanın uygunluk ölçüsünü aşması durumunda tazmin sorumluluğu doğurduğunu söylerler. Mesela sarhoşluk verici içecekleri dökmek münkeri önlemeye yeteceği halde içkinin kabına zarar vermek tazmin gerektirir. Yine münker işleyen kişinin uygulanan ta'zir cezası sebebiyle sakat kalması, ölmesi durumunda tazmin gerekip gerekmediği hususu da tartışmalıdır.

### e. Muhtesibin Azli

Muhtesib göreve hıyanet, hizmette kusur veya acz gösterme, halka zulüm ve baskı yapma durumlarında, yani memuriyetini sürdürmesini imkânsız kılacak taşkınlıklarda bulunması veya zaafılar taşıması halinde velayeti hukuken sakıt olacağından derhal azledilir.

## 3. TARİHTEKİ YERİ

Hisbe kavram ve kurumunun menşei kesin olarak tespit edilememektedir. Aynı durum bu geniş kapsamlı işlevin memurunu ifade eden muhtesib için de söz konusudur. Ancak bazı kaynaklarda Hz. Peygamber'in Medine'ye hicretinden sonra ilk defa burada uygulanan bu müessesenin, daha sonra kurulan Müslüman devletlerde de önemli yer işgal edeceği bir gerçektir. Hisbe teşkilatı, Abbasilerde, Endülüs'te Fatimilerde ve Memluklarda olduğu gibi Müslüman Türk devletlerinde de vardı. Konumuzun nirengi noktasını Osmanlı Devletindeki uygulaması teşkil etmektedir.

*Sahibus suk, agoranomos, curule aedile, praefectus*

Resulullah'ın emri bil ma'ruf nehyi anil münker faaliyetleri toplum hayatının bütün cephelerini kapsamış, ancak daha sonra ferdi mesuliyetleri çoğalınca uygun vasıflı bazı kişileri esnaf ve sanatkârların işini denetlemek için resmen "sahibus-suk" ismiyle görevlendirmiştir. Bu memurların arasında kadınların da yer aldığı belirtilmektedir. Bazı şarkiyatçılar tarafından sahibus-suk'un işlev bakımından Greklerin "agoranomos", Romalıların "curule aedile" ve Bizansların "praefectus" dedikleri pazar zabıtalılarının taklidi olduğu ileri sürülmüştür. Ancak Müslümanların fetihlerin ar-

dından karşılaştıkları bu kurumu sahiplendikleri yönündeki iddialar da bir temele dayanmamaktadır. Her şeyden önce fetihlerden sonraki erken devirde Bizans etkisinin yoğun olduğu Suriye ve Mısır'da rastlanmayan bu kurum, sözü edilen etkinin hemen hiç hissedilmediği Medine'de faaliyet gösteriyordu. Ayrıca İslâm ülkesinde sahibus-sük'un fetihlerden önce de bulunduğu ve başlangıcından itibaren dini bir misyon taşıdığı halde Grek şehirlerindeki agoranomus'un görev alanı seküler ve idari idi.<sup>21</sup> Hisbe müessesinin diğer medeniyetlerden alındığının sağlam delillere dayanmamasına karşılık bu kurumun Müslümanlarla temas halinde bulunan kültürleri etkilediği bilinmektedir. Mesela Kudüs Krallığı ile İspanya Krallıklarında sahibus-suk ve muhtesibin unvan ve işlevleriyle aynen yaşatıldığı, pazaryerlerinde "mahtesseb" denilen memurların görevlendirildiği bilinmektedir.

### a. Abbasiler'de Muhtesib

İslâm dünyasında, tam teşkilatlı bir müessesese olarak hisbeyi ilk defa kuran kimsenin Hz. Ömer olduğu kabul edilmektedir. Hz. Ömer'in döneminde başlayan fütihat ve buna bağlı olarak genişleyen devletin sınırları dâhilinde değişik din ve milletlere bağlı kimseler bulunuyordu. Bu bakımdan her alanda denetim ve kontrol için bu müessesese önem kazandı.

Hisbe kaza ve mezalimle birlikte Abbasi adli teşkilatını oluştururdu. Abbasi devlet teşkilatı seyfiyye ve kalemiye şeklinde ikiye ayrılmıştı. Kalem erbabının görevleri de dini ve divani olmak üzere iki kısımdı ve muhtesibin görev alanı daha ziyade dini alanda idi. Hisbe görevi kadınlara kendi vazifelerine ilaveten verildiği gibi muhtesib de hisbeyle birlikte adalet işlerini yürütürdü. Dini ihya iddiasıyla işbaşına gelen Abbasilerin iktidarlarının ilk yıllarında hisbe faaliyetleri hususunda titiz davrandıkları anlaşılmaktadır. Bunların yanı sıra Hisbe'nin de öteki idari işler gibi Sultan adına mülki amirlik yapan valilerin nezaretine verildiği anlaşılmaktadır. Halife, sadece hilafet merkezi Bağdat'ın muhtesiblerini bizzat tayin etmeyi sürdürmüştür.

<sup>21</sup> *İslam Ansiklopedisi*, Türkiye Diyanet Vakfı, cilt 18, s. 135.

Abbasilerde protokol bakımından muhtesiblik, vali ve kadılık görevlerinden sonra gelmekte idi. Bundan başka muhtesibler, buldukları bölge ve yerleşim birimlerine göre bir dereceye tabi idiler. Mısır, Bağdat ve Ahvaz gibi önemli merkezlerin muhtesibleri, diğer bölgelerdekilere nispetle daha üstün sayılıyorlardı. Bu dönemde muhtesib çok geniş bir faaliyet ve nüfuz sahasına sahipti. Çarşı, pazarı olduğu kadar, ahlaki ve dini davranışları da görüp gözetmek zorunda idi. Vazifeleri arasında, alışverişte mutat ağırlık ve diğer ölçülerin normal kullanılıp kullanılmadığını kontrol, borçlanılan şeylerin ödenip ödenmediğine nezaret, ahlaki değerlere riayet edilip edilmediğini, kumar, faiz ve alenen şarap alışverişi gibi İslâm dini tarafından yasaklanmış bulunan fillerin işlenip işlenmediğini gözetmek zorunda idi.<sup>22</sup>

Yusuf Has Hacib'in meşhur eseri *Kutadgu Bilig*'deki ifadelerinden anlaşıldığı üzere muhtesib içtimai huzuru sağlayan unsurlardan biridir. Güçlü kişilerden seçilmesi gereken muhtesibin görevleri arasında ayak takımını inzibat altında tutmak, halkı cemaatle namaz kılmaya teşvik yanında tüccar, zanaatkâr ve çiftçileri denetleyip huzurlu bir ortam oluşturarak verimli bir şekilde çalışmalarını sağlamak da vardır.<sup>23</sup>

### b. Endülüs'te Muhtesib/Almotacen

İhtisab müessesesi Endülüs'te de Abbasilerde olduğu gibi devam etmişti. Müslümanların elinden çıkıp Hıristiyanlara geçince, buradaki muhtesib, "almotacen" adıyla görevde bırakılmıştır. Bütün bir Ortaçağ boyunca Endülüs ve Mağrip'te devam eden hisbe teşkilatı genel ahlakın korunması, esnafın hileli satış yapmaması, pazar ve sokakların denetlenmesi gibi konulardan sorumlu idi. Endülüs'te, kadılar arasından seçilen âlim, Allahtan korkan, takva sahibi, akıllı marifet sahibi olması gereken muhtesibin genel olarak aynı önemi haiz görevleri vardı.<sup>24</sup>

<sup>22</sup> Ziya Kazıcı, a.g.e., s. 18.

<sup>23</sup> Yusuf Has Hacib, *Kutadgu Bilig*, II, s. 398-400. Naklen: *İslam Ansiklopedisi*, Türkiye Diyanet Vakfı, cilt 18, s. 140.

<sup>24</sup> Ziya Kazıcı, a.g.e., s.20.



### c. Fatimilerde Muhtesib

İslâm dünyasının belli başlı bütün devletlerinde olduğu gibi Şii mezhebe bağlı Fatimilerde de ihtisab ile ilgili teşkilat kurulmuştu. Hatta bu dönemde Hisbe teşkilatı daha bir gelişme gösterdi denilebilir. Çünkü bu devlette muhtesib, çok daha geniş yetkilerle donatılmıştı. Bu yüzden kimse ona müdahalede bulunamazdı. Hükümdarın eli altında iki muhtesib vardı; biri Kahire diğeri Fustat muhtesibi idi. Genel itibarıyla diğer devletlerdeki muhtesiblerle aynı görevleri ifa etmelerinin yanı sıra, sırtına fazla yük yüklenen hayvan sahiplerinin cezalandırılması gibi davalara bakmak için el-Ezher ve Amr b. As camilerinde oturlardı. Böylece bir bakıma kadının görevinin de yerine getirmiş oluyorlardı.<sup>25</sup>

### d. Eyyubiler'de Muhtesib

Eyyubiler döneminde de hisbe teşkilatı Fatimilerle benzerlik arz etmektedir. Özellikle Sultan Selahaddin Eyyubi döneminde bu müesseseye önemli gelişmeler göstermiştir. Sultan Selahaddin zapt ettiği şehirlere muhtesibler tayin etmiştir.<sup>26</sup> İslam'ın özgün bir kurumu olan hisbe teşkilatının başında bulunan muhtesibin beledi birtakım görevlerinin yanı sıra ibadetlerin yerine getirilmesi, cumaların kılınmasının kontrolleri gibi dini konularda da yetkili olup birtakım cezai yaptırımlar uygulayabildiği bilinmektedir.<sup>27</sup>

### e. Memluk Devleti'nde Muhtesib

Mısır merkezli Memluk devletinde de büyük önem arz eden Hisbe teşkilatı için ikisi merkezde biri taşrada olmak üzere üç makam tespit edilmişti. Divan'da hükümdarın yanın oturan muhtesib bir gün el-Ezher Camii'nde bir gün Fustat Camii'nde oturup davaları dinler ve karara bağlar yardımcıları eliyle de çarşı-pazarı kontrol ederdi.<sup>28</sup>

<sup>25</sup> Ziya Kazıcı, a.g.e., s.21.

<sup>26</sup> Ziya Kazıcı, a.g.e., s.21

<sup>27</sup> Ayşe D. Kuşçu, "Eyyubiler'de Mezalim Mahkemeleri ve Daru'l Adl", *Türkiye Araştırmaları* dergisi, Sayı 207, s. 19.

<sup>28</sup> Ziya Kazıcı, a.g.e., s. 22.

### f. Büyük Selçuklularda Muhtesib

Büyük Selçuklular zamanında, her şehirde, loncaları teftiş ve ticaret ahlakın kontrol eden bir muhtesib bulunmakta idi. Muhtesibin yerine getirmekle yükümlü olduğu görevler Nizamul Mülk'ün eseri Siyasetname'de yer almaktadır.<sup>29</sup> Nizamul Mülk'e göre;

"Padişahların, her şehre terazi ve fiyatları denetleyecek ve alış verişin doğrulukla yürümesinin sağlayacak bir mütesibi göndermeleri gerekir. Bunlar, diğer yerlerden gelip şehir pazarlarında satılan mallara hile ve hiyanetin karıştırılmamasını sağlarlar. Dirhemleri kontrol ederek iyiliği emr ve kötülükten men görevini yerine getirirler. Sultan ve diğer devlet erkânı, devletin ve adaletin temellerinden birini oluşturan Hisbe teşkilatını desteklemelidir. Aksi takdirde fakirler sıkıntıya düşecek, pazarcular diledikleri gibi alıp satacak, ölçü ve tartıda hilekârlık artacak ve şeriat hükümsüz kalacaktır."<sup>30</sup>

### g. Timurlarda Muhtesib

Timurların idaresinde muhtesibin işlevleri ve taşınması gereken vasıflar esas itibarıyla Selçuklu döneminden pek farklı değildir. O devrin müelliflerinden Hüseyin Kâşifi muhtesibin varlığını toplum hayatının İslâmî kuralara uygunluğunun teminatı gibi görmektedir. Müellife göre, şeriatı ikame ve dini hükümleri icra etmek isteyen her sultan yeryüzünde Allahın naibi ve gölgesidir. Ancak bu husule bizzat güç yetemeyeceğinden ülkenin her tarafına muhtesibler tayin etmelidir. Muhtesib dinde sebatkâr ve hamiyetperver olmalı, iffet takva, emanet, doğruluk ve tokgözlülük vasıflarını taşımalı, her işinde dinin güçlenmesini gözetmeli, başkaları üzerinde etkili olabilmek için nefsanî arzularından arınmalıdır.<sup>31</sup>

### h. Kaçarlarda Muhtesib

Kaçarların idaresi altındaki Şran Pazarları'nda vali tarafından genellikle mahalli eşraf

<sup>29</sup> Ziya Kazıcı, a.g.e., s. 22.

<sup>30</sup> Nizamülmülk, *Siyasetname*, Çev.: Nurettin Bayburtlugil, s. 72, 73.

<sup>31</sup> *İslam Ansiklopedisi*, Türkiye Diyanet Vakfı, cilt 18, s. 141.

arasından seçilen ve “darugai bazar” adı verilen zabıtalara görevlendirilmesine başlamıştır. En azından bazı bölgelerde muhtesibin bu kişilerin idaresi altına girdiği düşünülebilir. Nasıruddin Şah devrinde bu kurumun ihya edilmeye çalışıldığı görülmektedir. Tahran’da İhtisabul Mülk tarafından yürütüldüğü anlaşılan idare ihtisabiyyede hizmet vermeye başlamıştır. Ancak görev alanı itibarıyla laikleşen bu kurumun sadece belediyece faaliyetleri yaptığı anlaşılmaktadır.<sup>32</sup>

Hisbe müessesesi bütün İslâm ülkelerinde genel olarak 19. yüzyılın sonları ile 20. yüzyılın başlarında ilga edilmiştir.

## 1. Osmanlı Devleti’nde Muhtesib

Osmanlı toplumuna, Müslüman Arap dünyasının bir mirası olarak intikal eden hisbe teşkilatı, bu devlette her zaman önemini koruyan ve toplumun sağlıklı bir şekilde varlığını devam ettirmesini sağlayan önemli müesseselerden biri olmuştur. Osmanlılarda daha ziyade “ihtisab ağası veya ihtisab emini” denilen muhtesib devletin kuruluşuyla birlikte ortaya çıkmıştır. Kadı tayin edilen her yerde üstlendiği sorumluluklarla onun yardımcısı durumunda olan bir de muhtesib bulunuyordu. İstanbul’da ayrıca şehrin büyüklüğünden dolayı Galata, Üsküdar ve Eyüp kadıliklarında da birer muhtesib vardı.

Osmanlı Devletinde ihtisab görevini yerine getirmekle yükümlü bir yetkilinin bu vazifeye resmen ne zaman getirildiği kesin bir biçimde tespit edilememekle beraber Osman Gazi zamanına ait bir rivayet bu vazifenin Osmanlıların başından beri mevcut olduğuna işaret etmektedir.

Muhtesiblerin görev ve yetkileri “İhtisab Kanunnameleri”nde etraflıca belirtilmiştir. Fatih Sultan Mehmet dönemine ait İhtisab Kanunnameleri’nde Allah’ın yarattığı her şeyin hukukunun görüp gözetilmesinde muhtesibin sorumlu olduğuna dair kayıt, bu kişilerin ne kadar geniş yetkilerle donatıldığını göstermektedir. Gerek ilgili kanunnamelerde gerekse Edirne’ye ihtisab ağası tayinine dair bir

hükümden anlaşıldığına göre bu görevlilerin bakacakları işler içtimai, iktisadi, adli ve dini alanları kapsıyordu. Keza Evliya Çelebi’deki bir kayda göre Fatih Sultan Mehmet’in İstanbul’u fethinden sonra şehrin ticari, iktisadi ve buna paralel olarak sosyal düzenini sağlamak ve diğer hizmetleri görmek için tayin edilen hâkimlerden sekizincisinin ihtisab ağası olduğu anlaşılmaktadır. Bu kayıta muhtesibin vazifelerine: “Bütün sanat ehline hükmedip ta’zir ve cezalandırma, alış verişlerde hile edenleri tekdir ve tevbihe me’mur...” ifadeleriyle temas edilmektedir.<sup>33</sup>

Osmanlı devlet teşkilatında köklü değişiklikler, Sultan II. Mahmud Han (1808-1839) zamanında yapıldı. 1826 yılında Yeniçeriliğin ortadan kaldırılmasından sonra şehir yönetiminde daha geniş yetkilerle kontrolü sağlayacak yeni bir idari sistemin kurulması gerektiğinden, başlangıçta muhtesibin, ihtisab ağası veya ihtisab emini unvanı ile görev yapan kimse 1826 yılında İhtisab Nezaretinin kurulmasının ardından İhtisab Nazırı unvanını almıştır. Bu nizamnamenin amir hükmü gereğince ilk defa İstanbul’da kurulan müessese, sadaret makamına bağlanmıştır.

Bağlı olduğu kadının emirlerini yerine getiren ihtisab ağası zaman zaman sadrazamın maiyetinde şehirde dolaşır, narhlarla ilgilenir ve esnafın kanunlara uyup uymadığını denetler, bu gibi yetkileriyle halk-esnaf münasebetlerini düzenleyerek ekonomik ve sosyal hayatın önemli bir rüknünü meydana getirirdi. Özellikle iktisadi konularda kadının yardımcısı olarak vazife gören muhtesibin esnafı denetlerken aynı zamanda onların loncalarını ve bütün haklarını koruması sebebiyle üzerlerinde büyük bir nüfuzu vardı. Yeni işyerlerinin açılması, yerli mallarla rekabet edebilecek ithal eşyadan ve esnaftan İhtisabiyye adı altında vergi alınması, ihtisab gelirlerinin gerekli yerlere dağıtılması ve kıyafet konusu onun görev alanına girerdi.

İhtisab ağasının başka bir faaliyet sahası da şehirlerde asayiş sağlamak ve halka iaşe temin etmektir. Kanuni Sultan Süleyman döneminden itibaren Anadolu’dan ve Rume’li’nden pek çok kimsenin ziraatı bırakarak İstanbul’a gelmeye başlaması üzerine bu akını

<sup>32</sup> *İslam Ansiklopedisi*, Türkiye Diyanet Vakfı, cilt 18, s. 141.

<sup>33</sup> Ziya Kazıcı, a.g.e., s. 33.

önlemek için çeşitli tedbirlerin alınmasına çalışılmıştır. Bu münasebetle ihtisab ağası zaman zaman mahallelerde dolaşarak denetlemelerde bulunur ve sonradan gelip yerleşenleri memleketlerine geri gönderirdi.<sup>34</sup>

Mayıs 1851 yılında yapılan bir düzenlemeyle İhtisab Nezareti ortadan kaldırılarak görüldüğü işler Zabtiye Müşirliği'ne devredildi. Üç ay kadar sonra da narhı tespit etmek, mallarını belirlenen fiyatların üstünde satanlar veya ölçü tartılarını eksik tutanlar hakkında yapılacak işlemleri görüşmek ve bunlara karşı gereken önlemleri almak üzere zabtiye müşirliğine bağlı bir "Es'ar Meclisi" kuruldu. Bu meclisin üyeleri arasında esnaf ve tüccar temsilcileri de bulunmaktaydı. Ertesi yıl yapılan köklü bir değişiklikte es'ar ve esnaf konuları daha yakından ilgili olduğu gerekçeyle Ticaret Nezaretine nakledildi. Nihayet 1855 yılında İhtisab Nezareti tamamıyla kaldırılarak görevleri Şehremaneti'ne devredildi.

#### 4. MUHTESİBİN GÖREVLERİ VE ADLİ HAYAT İÇİNDEKİ YERİ

İslâm dünyasında, dini vasfı ağır basan ihtisab işi, Osmanlılarda daha ziyade günlük hayatın içinde görülmektedir. Bu itibarla bu müessesenin başında bulunan muhtesib, daha tesirli ve pratik olarak, özellikle ticari faaliyet ve bununla ilgili kanunların uygulanıp uygulanmadığını kontrol ederdi. Günlük hayat içinde muhtesib, bilhassa kadının yapması gereken beledi ve ticari işlerle meşgul olurdu. Bu bakımdan Divan'ın şehir merkezi ile ilgili pek çok emri önce kadıya gelirdi.

Osmanlı Devletindeki İhtisab Kanunnamelerinden anlaşıldığı kadıyla muhtesibin vazifeleri üç grupta toplanmaktadır:

1. Ekonomik ve Sosyal Hayatla ilgili olanlar,
2. Dini Hayatla ilgili olanlar,
3. Adli Hayatla ilgili olanlar.

İslâm devletlerinde kadılar, mahkemelerde cezai, ticari ve hukuki davaların tamamına bakma yetkisine sahip idiler. Ancak kaza

fonksiyonunun fiilen işleyişi, kadınların inhisarında değildi. Bu nedenle Hisbe teşkilatının başında bulunan muhtesib de duruma göre bu fonksiyonu icra edebiliyordu.

Osmanlı'da adliye sisteminde kadıya yardım eden iki grup bulunmaktaydı. Bunlardan biri mahkemede doğrudan doğruya ona yardımcı olan mahkeme kâtipleri, mübaşir ve tercümandır. İkinci grup ise muhtesib gibi bir kısım görevliler idi. Muhtesib kadının adaleti yerine getirmesinde yardımcısı olduğu gibi, aynı zamanda sınırlı da olsa bir yargı yetkisine sahip bulunuyordu.

1826 tarihli İhtisab Ağalığı Nizmanamesi'ne göre muhtesibin adli görevleri üç kategoride mütalaa edilmektedir:

1. Falaka ve değnek ile ta'zir ve tekdir,
2. Sürgün ve kalelerde hapsi gerekenleri de Bab-ı Aliye bildirmektir.

İslâm devletleri teşkilatı içinde beledi işlerle meşgul olmak, birinci derecede kadının görevidir. Fakat bu makamı yoğun adli meseleler yüzünden bu gibi işlerle meşgul etmek pek uygun görülmediğinden kadıya yardımcı olmak adına ihtisab ağası görevlendirilmiştir. Bu bakımdan muhtesib, her şeyden önce Divan'dan çıkan hükümler ile kadı tarafından verilen emir ve kararların uygulayıcısıdır.

Muhtesibin davaya bakması için yargı meclisine ihtiyacı yoktur. Aksine hukuka aykırı davranışın meydana geldiğini kesin olarak bilir bilmez hemen haksız davranışta bulunan kişi hakkında hükmünü verir. Hangi zaman ve mekânda olursa olsun hüküm vermek hakkına sahiptir. Çarşıda, evde, bineğinin sırtında, arabada, gece veya gündüz hüküm verebilir. Çünkü hukuki bir meseleye bakmak için yargı meclisinin bulunmasını gerektiren delil muhtesib hakkında uygulanmamaktadır. Zira yargıda, meclisin şart koşulduğu hadisi şerifte şöyle denilmektedir: "İki hasım, hâkimin önünde otururlar." Ve yine hadiste: "İki hasım, senin önüne gelip oturduklarında" ifadesi vardır. Hisbe hâkimi hakkında ise böyle bir şeyin varlığından söz edilmez. Çünkü hisbe hâkiminin karşısında davacı ve davalı bulunmamaktadır. Aksine, kendisine tecavüzde bulunmuş bir kamu hakkı veya şeriata karşı bir muhalefet söz konusudur. Aynı şekilde Rasulullah (s.a.v) buğday yığını meselesine

<sup>34</sup> *İslam Ansiklopedisi*, Türkiye Diyanet Vakfı, cilt 18, s. 144.

pazarda dolaşırken, satışa sunulmuş halde iken bakmış ve hükmünü vermiştir. Bunun için buğday yığınının sahibini huzuruna çağırmadı. Bu konuda hukuka muhalif davranışı görmekle, olduğu yerde meseleye baktı. Bu olay, hisbe ile ilgili meselelerde yargı meclisinin bulunması şartının olmadığına delildir.<sup>35</sup>

Muhtesib, cezaları uygularken, kadı gibi şahid ve delil istemeyi gerektirmeyecek kadar açık ve sarıh olan suçlara bakar.<sup>36</sup> Ceza verme yetkisini kullanırken örf ve geleneklere de dayanır. Bu nedenle muhtesib, kadıya nazaran meseleleri çözme yönünden daha geniş bir hareket serbestisine sahiptir. Muhtesib, herhangi bir kanun yahut kanun tasarısının, zulme vesile olacak veya uygulamada zorluklar doğuracak hükümler ihtiva ettiğini tespit ederse, kanunun ilga yahut ta'dili için yetkili mercilere müracaat edebilir.

Kadılık ve adliye söz konusu olduğu zaman önemli bir noktaya dikkat çekmek gerekiyor. O da Osmanlı adliye sisteminde mahkeme esnasında kadıların yanında bir jürinin bulunması meselesidir. Adli teşkilat içindeki jürinin yetki ve durumlarından anladığımız muhtesibin de bu jüri içinde olduğudur.

“Bir defa mahkemelerin mutlak surette aleni cereyan etmekte olmasına ehemmiyetle işaret etmeliyiz. Kadıların davalara bakmak üzere yaptıkları oturumlarda, yanlarında “Şühudul Hal veya Udulul Müslimin” tabirleri ile davalarda bir bilirkişi heyeti halinde mevcudiyetine zabıt metinlerinde itina ile işaret olunan ve ayrıca sicile geçen kararların altında adları yazılı bulunan beş, altı ve bazen daha fazla şahidler heyeti vardır ki, bunlar kat’iyyen görgü şahidleri olmayıp, tamamıyla muhakeme tarzının müşahididirler.”<sup>37</sup>

Şeriyye sicilinde “Şühudul Hal” adındaki isimlerin arasında “Muhtesib, İhtisab Ağası” da bulunmaktadır. Her ne kadar muhtesib, belde kadısının emrinde ve onun yardımcısı gibi görünmekte ise de kadının ilgilenemediği konularda salahiyet sahibi sayı-

lıyordu. Zira muhtesib, görevi ile ilgili olan konularda şahid, delil ve ispat aranmaksızın hüküm verebildiğinden bazı durumlarda kadıdan daha fazla yetkiye sahip olmuştur.<sup>38</sup> Muhtesib, İhtisab Kanunlarının kendisine verdiği yetkiye dayanarak gerektiğinde bilhassa çarşı ve pazar kontrolü esnasında suçu sabit olan esnafı yanında bulunan yardımcıları vasıtasıyla cezalandırabilirdi.

Muhtesib, iktisadi, içtimai ve hukuki görevlerinin yanı sıra dini görevleri de olan bir yetkili idi. Dini ahlakın bozulmamasını sağlamak, umumi yerlerde din ve geleneklere uygun olmayan davranışlara meydan vermemek gibi vazifelerle mükellef tutulmuştu. Mesela Müslümanların cemaatle namaz kılmalarına bilhassa dikkat edilmiş ve bu durum muhtesib eliyle sağlanmıştır. Zira cemaate devam sayesinde toplumun eğitilmesi, bilinçlendirilmesi, birlik ve dirlik içinde tutulması amaçlanıyordu. Bernard Lewis İslâm dünyasında oldukça geniş yetkileri olduğunu bildiğimiz muhtesibin ilmiye sınıfına mensup bir kimse olduğunu söyler.<sup>39</sup> Bu nedenle Şer’i hukuku da iyi bilen kimselerden olması adına muhtesibler mümkün mertebe eski medrese talebelerinden seçilmekteydi.

## a. Muhtesibin Vasıfları

Osmanlılarda kadısı bulunan her şehirde (kaza) mutlaka bir de muhtesib bulunmaktadır. Toplumda meydana gelen olaylar ve işlenen fiiller ya iyilik veya kötülük olacağına göre, muhtesib, hiçbir davranışın dışında kalamayacaktır. Bu bakımdan muhtesib olarak devlet tarafından seçilecek olan kimsenin çok iyi, bilgili, ahlâklı, rüşvete tevessül etmeyen, Allah’tan korkan kimseler arasından seçilmesi icab etmektedir. Osmanlı döneminde iktisadî vazifesi de ağırlık kazanan bu görevlinin, halkla fazla haşır neşir olmaması için, görev süresi bir yıl ile kayıtlanmıştır. Buna yönelik olarak vazifeye başlamasından bir sene sonra muhtesib derhal vazifeden ayrılır yerine bir başkası seçilir. Gerçekten önemli bir vazife icra eden bu yetkilinin diğer insanlardan ayrılan bazı özelliklerinin bulunması gerekmektedir. Müslü-

<sup>35</sup> Buhari, 2147; Müslim, 3210; Ebu Hureyre ve Zeyd bin Halid el-Cüheni’den rivayet edilmiştir. Naklen: “İhtisab Neferi Muhtesiplerin Görevleri”, (<http://zabita.tripod.com/muhtesib.htm> Çevrimiçi, 12.09.2008)

<sup>36</sup> İbn Haldun, *Mukaddime*, cilt I, s. 575.

<sup>37</sup> Mustafa Akdağ, *Türkiye’nin İktisadi ve İçtimai Tarihi*, s. 404.

<sup>38</sup> Ziya Kazıcı, a.g.e., s.48.

<sup>39</sup> Bernard Lewis, *Modern Türkiye’nin Doğuşu*, s. 390.

manları devamlı kontrol altında bulunduran bir kimse olarak onun aşağıdaki sıfatları taşıması gerekmektedir:

- a. **Müslüman Olmak:** Müslüman olmayan kimseler bu vazifeyi yapamazlar. Zira bu, dinî bir vazifedir. Bunun için dinin aslını inkâr eden ve Müslüman olmayan bir kimse bu vazifeye tayin edilemez.
- b. **Mükellefiyet:** Muhtesib olmanın şartlarından biri de mükellefiyettir. Bu çağa gelmemiş birinin bu vazifeye getirilmesi devlet otoritesini sarsacak bir durumdur. Bu bakımdan çocuk yaşta birinin muhtesib olarak tayini mümkün değildir.
- c. **Erkek Olmak:** Medine’de Hz. Peygamber bizzat kendisi çarşı pazarda dolaşıyor ve bu vazifeyi yerine getiriyordu. Bu arada Semra binti Nuheykil Esediyye ismindeki bir kadını Medine’de muhtesib olarak istihdam etmiştir. Bu hanım muhtesib; çarşı pazarda dolaşıyor, hisbe görevini yerine getiriyordu. Muhtemeldir ki bu hanım muhtesiblik görevini ifa ederken sahabe arasındaki ticari ihtilafları çözmüştür.<sup>40</sup> Bu bilgiye rağmen bazı kaynaklarda bu durumun istisna teşkil ettiği savunulmaktadır.
- d. **Adalet:** Muhtesibte bulunması gereken sıfatlardan biri de adalettir. Muhtesibin herkese karşı âdil davranması gerekir.
- e. **İzîn:** Muhtesibin vazifesini icra ederken hafiften şiddetliye doğru bir metot takip etmesi gerekir. Bunun için, sadece tarif, va’z ve nasihat gibi konularda izne gerek olmadığı açıktır. Ancak münkeri ortadan kaldırma, dövme ve hatta hapsedme gibi konularda devletin izninin bulunması gerekir.
- f. **Kudret:** Muhtesib, gördüğü münkeri ortadan kaldırmaya güç sahibi olacaktır. Âciz olan bir kimse bu vazifeyi yapamaz. O, ancak kalben buğzeder.
- g. **İlim:** Muhtesib olacak kimsede bulunması gereken sıfatlardan biri de âlimliktir. Onun, sadece dinî emir ve nehiyleri bilmesi de yetmez. O, kendisini ilgilendiren ekonomik konularda da bilgi sahibi olmalıdır.

**h. İlimiyle Âmil Olmak:** Muhtesib ilmiyle âmil olmalı ve bildiği şeyleri önce kendi nefsinde tatbik etmelidir.

**i. Allah Rızası:** Muhtesib her türlü fiil, söz ve davranışlarında Allah rızasını gözetmeli, iyi niyet sahibi olmalı, riya ve gösterişten uzak durmalıdır.

**k. Takva Sahibi Olmak:** Onun takva sahibi olması istenir. Zira bildikleri ile amel etme, büyük ölçüde buna bağlıdır.

**1. İyi Ahlâk:** Bazı kimselerin, kötülüklerden alıkonulması hususunda ilim ve takva yeterli gelmeyebilir.<sup>41</sup> Böyle durumlarda acele etmeksizin yumuşak davranmak gerekir. Bu da iyi ahlak ile mümkündür

Görüldüğü gibi, İslâm dünyasında Hz. Peygamber’le ortaya çıkan ve iyiliklerin yapılmasını, kötülüklerin ise yasaklanmasını sağlamaya çalışan hisbe müessesesinin başında bulunan muhtesib, büyük bir hizmeti yerine getiriyordu. O, bu hizmeti yerine getirirken birçok yardımcı da kullanırdı.

## SONUÇ

Ümmet, anne anlamına gelen “ümm” kökünden gelir. Bu ümmete bu adın verilmesinin nedeni insanlığın anası olması istendiği içindir. İnsanlığa ana olmak; insana kol kanat germekle, onu ateşten korumakla olur. İmam da aynen ümmet gibi “ümm” kökünden gelir. Ümmetini bir ana gibi korumaya çalışan, ma’rufu emredip münkerden nehyetmeye çalışan anlamındadır. Marufu emredip münkerden sakındırmak, her asırda tazeliğini koruyan, peygamberlerin ve onların ümmetlerinin, özellikle İslâm ümmetinin yapmak zorunda olduğu, ayakta kalabilmelerinin yegâne gücü ve stratejisidir. Bunlardan birini ihmal diğerini anlamsız bırakmaktadır.<sup>42</sup> Özede fertlerin genelde İslâm Toplumunun ahlaki düzeyini ve zayıfların menfaatlerini korumak ve herkes için adalet sağlamak, bir nevi İslâmi bir sosyal program olan Hisbe Teşkilatı’nın varlığı ve işlevselliği ile mümkün olabilmektedir.

<sup>41</sup> Ziya Kazıcı, a.g.e., s. 64.

<sup>42</sup> Mücahid Aslantaş, “Emri bil Ma’ruf Nehyi Anıl Münker” (<http://www.gençbirikim.net/?&Bid=193176> Çevrimiçi09.11.2009)

<sup>40</sup> Fahrettin Atar, *İslam Adliye Teşkilatı*, s. 171.

Amaç, sosyal hayatı halkın yüksek bir ahlak seviyesine erişebileceği ve toplumun kötü işçilikten, dolandırıcılıktan, zorbalıktan, sömürden korunabileceği şekilde düzenlemektir.

Son olarak Osmanlı Devleti'nde uygulama alanı bulan hisbe teşkilatı, 1855 yılında kaldırılıp, görevleri seküler bir alana indirgenerek Şehremanetine devredilmiştir. Hisbeyi amme hukukunun bir dalı olarak inceleyen Y. Ziya Kavakçı hisbe teşkilatının bugünkü modern devlet müesseselerinden hangisine tekabül ettiği meselesinde hisbenin tam karşılığı bulunmadığını ifade etmektedir.<sup>43</sup> Fakat bugün için kısmen de olsa; özelde ölçü, tartı aletleri, fiyatlar ve karborsacılığın, genelde mesleki ilkelerin, standartların denetimi Başbakanlık Türk Standartları Enstitüsü'nün tespitleri doğrultusunda Maliye, Ticaret, Sanayi ve Sağlık bakanlıkları ile belediyelerin; çevre temizliği ve imar inşaat işlerinin denetimi İmar ve İskân Bakanlığı ile belediyelerin; dini hizmetler ve görevlerinin denetimi her ne kadar tam anlamıyla olmasa da Diyanet İşleri Başkanlığı'nın; eğitim kurum ve görevlilerinin denetimi Millî Eğitim Bakanlığı'nın sorumluluğu altındadır.

## Kaynakça

Ayşe D. Kuşçu, "Eyyubiler'de Mezalim Mahkemeleri ve Daru'l Adl", *Türkiye Araştırmaları* dergisi, sayı 207.

Bernard Lewis, *Modern Türkiye'nin Doğuşu*, Arka-çay Yayınları, İstanbul 2008.

Davut Aydüz, "*Hisbe Müessesinin Doğuşu*", *Yeni Ümit* dergisi, Sayı 6, 1989. ([http://www.yeni-umit.com.tr/yazdir.php?konu\\_id=539](http://www.yeni-umit.com.tr/yazdir.php?konu_id=539), Çevrimiçi 09.11.2008)

Ebu'l Al'a Mevdudi, *İslâmi Kavramlar*, Pınar Yay., İstanbul 1986.

Ebu'l Hasan el-Maverdi, *El-Ahkamu's Sultaniye* [İslâm'da Hilafet ve Devlet Hukuku], Bedir Yay., İstanbul 1976.

Fahrettin Atar, *İslâm'da Adliye Teşkilatı*, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara 1979.

İbn Haldun, *Mukaddime*, MEB Yayınları, İstanbul 1970.

İbn Teymiyye, *Bir İslâm Kurumu Olarak Hisbe*, İnsan Yayınları, İstanbul 2001.

**İhtisab Neferi Muhtesiplerin Görevleri**, (<http://zabita.tripod.com/muhtesib.htm> Çevrimiçi, 12.09.2008)

İmam Gazali, *İhya-u Ulumu'd-din*, Bedir Yay., İstanbul 1975.

İSAM, *İlimihal*, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi, İstanbul 1999.

İSAM, *İslâm Ansiklopedisi*, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi, İstanbul 1998.

İsmail Çakan, *Hakkı Tavsiye Metod ve Vasıtaları*, Büşra Yay., İstanbul 1992.

Muhammed Faruk En-Nebhan, *İslâm Anayasa Hukuku ve İdare Hukukunun Genel Esasları*, Sönmez Yayıncılık, İstanbul 1980.

Mustafa Akdağ, *Türkiye'nin İktisadi ve İçtimai Tarihi*, Barış Yayınları, Ankara 2000.

Mustafa Refik, "*Hisbe ve Muhtesiblik*", 18.01.2008 (<http://multeka.com/kavram-ve-manalar/hisbe-ve-muhtesiblik.html> Çevrimiçi 20.11.2008)

Mücahid Aslantaş, "*Emri bil Ma'ruf Nehyi Anil Münker-3*" (<http://www.gençbirikim.net/?&Bid=193176> Çevrimiçi 09.11.2009)

Nizamülmülk, *Siyasetname*, Dergah Yayınları, İstanbul 1981.

Seyyid Celaluddin El-Amra, *Kur'an, Sünnet ve İslâm Hukuku İşığında Ma'ruf ve Münker*, Gündoğdu Matbaacılık, İstanbul 1986.

Süleyman Dilmen, "*Davetin Önemi Üzerine*", ([http://www.İslâmvehayat.com/yazar\\_107\\_23\\_DAVETIN-ONEMI-UZERINE.html](http://www.İslâmvehayat.com/yazar_107_23_DAVETIN-ONEMI-UZERINE.html) Çevrimiçi 25.09.2008)

Toshihiko İzutsu, *Kur'an'da Dini ve Ahkali Kavramlar*, Pınar Yay., İstanbul.

Ziya Kazıcı, *Osmanlı'da Yerel Yönetim*, Bilge Yayıncılık, İstanbul 2006.

<sup>43</sup> Yusuf Ziya Kavakçı, *Hisbe Teşkilatının Bir İslam Hukuk ve Tarih Müessesesi Olarak Kuruluşu ve Gelişmesi*, Doçentlik Tezi, İ.Ü. Edebiyat Fakültesi Kütüphanesi, İstanbul 1973, s. 141. Naklen: Fahrettin Atar, a.g.e., s. 171.



# Hukuki Denetim Aracı Olarak STK'lar

Uğur Osman ZİNCİR



## GİRİŞ

Ülkemizde sivil toplum kuruluşları 17 Ağustos 1999 depreminden sonra etkinlik kazanan ve asıl işlevine dönen bir evrim geçirmektedir. Bu kavram aslında dünyada yeni olması bir yana ülkemizde hala tartışılır bir vaziyettedir.

Bu çalışmada sivil toplumun öncelikle kelime olarak nereden geldiği ve anlamının ne olduğu üzerine durulmuştur. Çünkü kavram kargaşası devam ederken bu çalışmanın da kısa bir açıklama ile başlaması elzemdir. Çalışma özellikle sivil toplumun ne olduğu ve nasıl anlaşılması gerektiği üzerine temellendirilmiştir. “*Sivil Toplumun Kısa Tarihçesi*” başlığı altında sivil toplumun ne olduğunu anlatan ve bu anlamdan yola çıkarak tarihini ve asıl misyonunu açıklayan bu çalışmada klasik anlayışa da yer verilmiş ancak, gerek metin içerisinde gerekse dipnotlardaki eleştirilerle sivil toplum kavramının hak arama ile özdeş olduğuna vurgu yapılmıştır. Zaten çalışmanın asıl amacı da bu olmakla birlikte, sivil topluma hak aramakla kalmayıp onu bir adım öteye taşımak ve hukuki denetim misyonunu da yüklemektir.

“*Sivil Toplum Örgütlerinin Yönetime Katılımları ve Yönetime Etkileri*” başlığı altında demokrasiye katılım ve hukuki denetim yapma fonksiyonları incelenmiştir. Sivil toplum kavramı, bu başlık altında hareket etmesi halinde asıl görevini ewifa edecektir. Çünkü modern toplumlarda hukuki düzeni devlet otoritesi sağlamakla birlikte bu yetkisini asıl olarak erkler ayrılığı ile kullanmaktadır. Bu açıdan sivil toplum kavramı devletten ve yönetimden tamamen izole edilmiş harici bir kavram değildir. Fakat tabii ki bu devletsel bir kavram da değildir. Bu kavram devletsel ol-

mamakla devleti ve devletsel yapıları ve uygulamaları etkileyecek tarzdadır. Çünkü hak arama öncelikle devlet erkinden başlamak zorundadır. Doğal olarak bunun yanında özel alanda aynı refleksi göstermek zorundadır. İşte bu açıdan da sadece devlete karşı bir kavram olmadığı da bu çalışma içerisinde anlatılmıştır.

Sonuç olarak sivil toplumun özellikle ülkemizde hukukun yaygınlaşması ve hukuk devletinin sağlıklı işlemesi için “*Hukuki Dene-timci*” olmak görevi olduğu ve ilerleyen dönemlerde tüm alanlarda da bu tarz bir gelişmenin olması gerektiği ve olacağı kanısına varılmıştır.

## SİVİL TOPLUMUN KISA TARİHÇESİ

Sivil toplum kavramının varlığı aslında devletin varlığına bağlanabilecek ve devletin var olmasının bir sonucu olarak ortaya çıkan ve zaman zaman da devlete karşı bir olgu olarak anlaşıla gelen bir durumdadır. Bu kavram her ne kadar ünlü düşünürlerin “doğa durumu” dedikleri zamanda var olduğu sanılsa<sup>1</sup> da, ne bu zamanın yaşandığına dair bir delil getirilebilmiştir, ne de bunu yazanlar böyle bir dönemi yaşamışlardır. Ve ilginçtir ki bu kavramın terminoloji yapılanmasını çok sonra yaşayan

<sup>1</sup> Çünkü burada devletin var olmadığı bir dönemden bahsedilerek devletin var olması gerekçelendirilmektedir. Ve sivil toplum kavramı devlet dışı örgütler olarak anlaşıldığından bu kavramın ilk var olduğu zamanın doğa durumu olduğu haliyle düşünülebilir. Oysaki sivil toplum kavramı günümüz modern devletin oluşmasına bağlı olarak ve daha çok modern devletin ve iktidarın eleştirisi olarak ortaya çıkmıştır. Bir şeyin eleştirilmesi sonralığı zorunlu kılar. Fakat düşünürlerin bahsettiği dönemdeki zamanda bu kavram devletin temelini meşrulaştırmak için kullanılmaktaydı.

ve bir devletin uyruğu olarak yaşamış düşüncüler yapmışlardır.

Devlet toplum ilişkisinin incelenmesi aynı zamanda otorite-özgürlük içerisinde sıkışan insanın ve insan topluluklarının nasıl sivilleşeceği söylemini de kapsar niteliktedir. İşte bu yüzden birçok fikrî akım aslında devleti inceleyen zorunlu olarak sivil toplumu da incelemelerine dâhil etmişlerdir. Tabii bu fikrî akımların sivil toplum anlayışı şu anki kullanımı ile aynı anlamda değildir. Çünkü ileride anlatacağımız üzere sivil toplum ve STK kavramı aslında Türkiye için 1980'ler ve sonrasında söylemidir ve temeli tarihsel materyalist söylemin açıkladığı gibi değildir.<sup>2</sup> Aksine bu kavram spontane bir şekilde vicdanları rahatsız eden bir durum için insanların bir araya gelişini ifade ettiğinden daha çok hümanizm düşünce akımının etkileri sonucu ortaya çıkmıştır. Bu da İkinci Dünya Savaşı'ndan sonrasına tekabül eder.

Ayrıca şu an ki sivil toplum anlayışını daha çok liberal fikrî anlayışın içerisinde oluşan ve gelişen bir kavram olarak anlatılması da doğru olmayacaktır. Bu kavramın tam anlamı ile liberal fikrî anlayışı yansıtmadığı aşikâr iken aslında başka fikrî akımlardan yararlandığını ve kendine özgü bir anlayış tarzı yarattığını inkâr edemeyiz. Bu akımın günümüz anlamlarına geçmeden önce tarihteki boyutunun nasıl anlatıldığını ve daha sonra bu anlatım tarzının yanlışları ve kavramın yeni dönem bir kavram olması sebebiyle kısa tarihçesini anlatmak yerinde olacaktır.

## 1. Sivil Toplumun Klasik Tarihsel Anlatımı

Sivil toplumun varlığı, devletin varlığını gerektirdiğine göre, bilinen en eski devletlerde de bu kavramın bir şekilde varlığını kabul etmek gerekir. Eski devirlerde bilindiği üzere sivil toplum devlet ayrımı yapılmamış ancak sivil olanın devlet olduğundan bahsedilmiştir.

Zira Platon'a göre insan politika yapan hayvandır. Aslında buradaki politika yapmak

insanın bizim anladığımız tarzda siyaset meydanlarına çıkıp hamasi nutuklar atması değil, daha çok yönetime katılması anlamındadır. Yönetime ise oy verme yoluyla doğrudan katılmaktadır. Yani aslında kendileri oy vererek bir yönetim icra etmekte ve bundan dolayı da devletin bir parçası olmaktadır. İşte bu yüzden ki oy verenler tam ve özgür insan statüsünde görülmektedir. Yine bu yüzden yabancı ya da köle olarak polis sınırları içinde bulunmak siyasal toplumun karar mekanizmaları içerisinde yer alma hakkını vermemekteydi.<sup>3</sup>

Ancak "Aristo '*Politika*' adlı eserinde sivil toplum kavramını 'kononia politike' şeklinde kullanmıştır."<sup>4</sup> Fakat bu kullanım tarzı bu günkü anlamda bir sivil toplum deyimini karşılamakla beraber Aristo bu kavramla hem devletin yani "Polis" in hem burada yaşayan toplumun tamamını ve de hukuksal anlamda insanların oluşturdukları toplulukları kastetmektedir (aile gibi).<sup>5</sup>

Aristo "kononia politike" kavramı ile "ciliatio", "comunitas" ve "societas civilis" terimlerini aslında aynı anlamlarda kullanmaktadır. Burada "societas civilis" terimi Kant'a kadar hem devlet hem toplum anlamında kullanılmıştır.<sup>6</sup> Koinonia kavramı Antik Yunan'da aynı zamanda dayanışma ve yardım etme, dostluk kurma ve bir araya gelme an-

<sup>3</sup> Ayferi Göze, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, 8. baskı, s. 2, 5.

<sup>4</sup> İlyas Doğan, *Özgürlükçü ve Totaliter Düşünce Geleğinde Sivil Toplum*, s. 9.

<sup>5</sup> Doğan, s. 9. Burada dikkat edilmesi gereken hususun bir aile için bu kavramın kullanılmış olmasındadır. Üstelik yurttaşın yani tam ve özgür insanın dahi devletin parçası olduğu bir devirde. Bu dönemde aile kavramı tam anlamıyla olmasa da hukuk kişiliği olan bir kurumdur. Aslında tüzel hukuk kişileri bu yüzden aile yapılanmasına benzerlik göstermektedirler. Zira birçok düşünür aileyi devletin temeli sayarken küçük devlet modeli olduğundan dem vurmuşlardır. Günümüz toplumlarında da bu modelin bir türevi olarak görülebilecek hukuk tüzel kişilikleri aracılığı ile sivil toplum kuruluşları hayat bulmakta ve faaliyette bulduklarını iddia etmektedirler. Oysaki sivil toplum kavramı kurumsallaşmayı reddeder tarzıdır. Çünkü kurumsallaşma hiyerarşi ve iktidar gerektirir. Bilakis sivil toplum ise iktidara ve hiyerarşiye karşı bir tutumu, onun dışında bir tutumu benimsemektedir. Çünkü bu kavramın içerisinde gönüllülük esastır, emir komuta zinciri değil.

<sup>6</sup> Doğan, s. 10.

<sup>2</sup> Muharrem Balcı, *"Türkiye'de STK'ların Zaafı ve Öneriler"*, Genç Hukukçular Hukuk Okumaları, Birikimler-II, s. 176.



lamlarında da kullanılmıştır. Politike koinonia kavramı da birlikte hareket etmeye yatkın örgütlenmeler için kullanılmıştır.<sup>7</sup>

Bir başka eski ve köklü devlet olan Romalılarda sivil toplum, Antik Yunan ve Roma düşüncesini kaynaştıran bir şekilde kullanılmaktaydı. Roma'da Aristo'dan yararlanan ve onun düşüncesini Roma genel düşüncesiyle birleştiren Çiçero, devleti hem vatandaşların oluşturduğu sade bir bütün hem de halkın sahip olduğu manevi kişilik olarak tanımlayarak aslında bir yerde sivil toplumu hukuken tanımayla adımlar atmaktaydı.<sup>8</sup> Ama bu devletle sivil toplumu ayrı gördüğü anlamına asla gelmemekte ve fakat devleti oluşturan unsurların içerisine vatandaş (yani oy verme hakkına sahip kişi) dışındaki insanların ve toplulukların da devletin bir parçası olduğunun kabullenilmeye başladığı anlamına gelmekteydi.

Romalılarda societas kavramı belirli bir amaca ulaşmak için birbiriyle akdedilen sözleşme anlamında kullanılmaktayken, bu kavramla birlikte "status" terimi ilk kez Orta Çağ'da özgür kişiler arasındaki sıkı sosyal ilişkiler olarak kullanılmaya başlanmıştır. Zira tarih içerisinde hatırlanacağı üzere "sosyal antlaşma" kuramından devletin varlığı meşru temellere oturtulmaktadır. Aslında bu görüş bu yönüyle daha önce bahsettiğimiz Antik Yunan'daki sivil toplum anlayışına benzerlik arz eder.<sup>9</sup>

Hıristiyanlık inancının gelmesiyle devletlerin kendi meşruiyetlerini temellendirmelerinde farklı bir kaynak kullanmalarına ve Antik Yunan ve Eski Roma'dan farklılıklar göstermelerine sebep olmuştur.<sup>10</sup> Bununla birlikte aslında Antik Yunan ve Roma'daki salt devlet anlayışı bir dinin yayılması sebebiyle kırılmaya başladı. Zira bu dine inananlar arttıkça resmen kabul edilmesi de gerekli hale gelmek-

teydi.<sup>11</sup> Bu ise devletteki vatandaş ve halk ayırımının kaldırılmasına ilk etapta etkili olmasa da aslında devletin resmi dini haline gelmesiyle ve devletler meşruiyetlerini bu dinden almaya başlayınca etkili olmaya başlamıştır.<sup>12</sup>

Din temelli devletlerin kurulmasından sonra yönetime burjuvazi aday olmuştur ve bu günümüzde halen devam etmektedir. Çünkü burjuvazi eski halinden çıkmış bir vaziyettedir. Artık eskisi gibi büyük toprak parçalarına sahip olmak çok da karlı bir durum yaratmamaktadır. Sanayi Devrimi ile birlikte büyük insan kalabalıklarının oluşturduğu yerleşim yerleri ortaya çıktı ve bu yerleşim yerlerinde iş gücü daha bol ve haliyle daha ucuzdu. Ancak burjuvanın kente göçüşüne asıl sebep bu kentlerde ticari hayat daha canlı ve kârlı işlemekteydi. Zira tüccarlar doğudan getirdikleri ucuz malları burada çok fazla kârla satabiliyorlardı. Ancak burjuva bununla yetinemezdi zira bu kârlı durumu güvence altına almak için yönetime girmesi gerekmektedir.<sup>13</sup> Daha

<sup>7</sup> Doğan, s. 11.

<sup>8</sup> Doğan, s. 12.

<sup>9</sup> Gerçi sosyal antlaşma kuramında bunun sosyal zorunluluklardan meydana geldiğinden ve kendiliğinden olduğundan bahsetse de, bu antlaşma olayı sadece metafizik bir halde bırakılmış durumdadır. Hatta metafizik bir hal olmasından da öte devleti kurmak için bunun böyle kabul edilmesi gerektiği, bazı ön kabulelerin zorunlu olduğu söylenmiştir.

<sup>10</sup> Kürşat Bumin, *Sivil Toplum ve Devlet (Kuramlar, Deneyler, Arayışlar)*, s. 14.

<sup>11</sup> Roma Devleti bu yüzden Hıristiyanlığı devletin resmi dini olarak ilan etmek zorunda kalmıştır.

<sup>12</sup> Ama burada Hıristiyanlığın sivil toplumu ortaya çıkardığı iddiasında bulunulamaz ve Ortaçağ devletlerinin baskıcı ve sivil anlayışı ezen tavırları hala hatıralarımızda canlıdır. Şu da var ki Ortaçağ'da etkili olan bu din, vatandaş anlayışının o sert tutumu dindaş olanlar arasında yumuşama göstermiştir. Belki dini kurumlar bunu istememişlerdi. Ayrıca bu din sadece bir devlete özgü olarak ortaya çıkmadığı ve evrensel mesajlar taşıdığı için vatandaş olmayan ve hatta başka devletin vatandaşı olan bu insanlar bir yerde din kardeşi olduklarından, salt devlet anlayışından din temelli yönetim anlayışına geçilmesi tarihsel bir süreç olmuştur. Bu nedenle de Ortaçağ'ın karanlık dönemine tepki olarak kurgulanan eşitlik söylemleri ortaya çıkmıştır. Ama bu eşitlik söylemleri hiçbir zaman devlete karşı olmaya değil tam tersine devlete talip olmaya aday olarak gösterilmiş ve iktidara geçen bu söylem kendi içerisinde bir eşitlik yaratmış, kendi dışındakilerle eşit olmayı reddeder tavrı takınmıştır.

<sup>13</sup> "Bir 13. yüzyıl sonu ozanı olan Geoffroy de Paris, Fransa'da her yerin avukatlarla dolu olduğunu gözlemlemektedir." Akt.: Regine Pernoud, *Burjuvazi*, İletişim Yay., Cep Üniversitesi, s. 61. Yazar bu dönemde Roma Hukuku'nun yeniden keşfini anlatmakta ve krala yüce yargı yetkisinin verildiğini daha doğru ifade ile bu yetkinin meşruluğunun sağlandığını belirtmektedir. Burada dikkat etmek gereken nokta ise burjuvanın hukukçu çocukları bu keşfi yapmaktadır. Bu da burjuvanın hukuk ve yasalarla yönetimin tepesinde olmasa da yönetime girdiğini ve dahi kral yani siyasi erkle bir antlaşma içerisinde olduğunu göstermektedir.

sonra iktisadi liberalizm ilan edilecek ve “Bırakınız yapsınlar, bırakınız geçsinler” deyimini fizyokratlar söyleyerek burjuvaziye kapıları sonuna kadar açmış olacaklardı.<sup>14</sup>

Bu dönemde illiğine kadar sömürülen işçi sınıfı ise artık kendi haklarını korumak için bir araya gelmekte ve kendi sendikaları aracılığı ile sisteme karşı durmaktadırlar. Bu dönemde işçi sendikaları oldukça güçlenmiş ve kendi iktidarlarına kafa tutar hale gelmişlerdir. Büyük grevler ve eylemler gerçekleştirmektedirler. Ancak bu dönem, işçi sınıfının bazı haklara kavuşmasıyla sona ermiştir.<sup>15</sup>

## 2. Sivil Toplumun Alternatif Tarihsel Anlatımı

Klasik tarihsel anlatıma alternatif bir sivil toplum tarihi henüz literatüre yerleşmiş olmamakla birlikte, böyle bir düşüncenin varlığına ilişkin yeni bir söylem gelişmektedir. Bu yeni söylem; sivil toplum kavramının pratik hayatta ortaya çıkışını esas alarak ve sivil toplum kavramının anlamı üzerinden hareket ederek tarihsel süreci incelemekte, bu süreçte sivil toplum kavramının çok yeni bir kavram olduğunu, bunun için aslında iddia edildiği gibi eski dönemlerde anlatılan sivil toplum düşüncesinden ayrıldığını iddia etmektedir. Bu anlatım sivil toplum kavramını daha da özelleştirmektedir.

<sup>14</sup> Liberalizmin bu söylemi birçok defalar modern devlette özgürlük olarak tanıtılmıştır. Evet, bir özgürlüktür ama tüccarların özgürlüğüdür. Bu fikir akımı için “Tüccarları, sınırlara konulan bir engelle teşvik etmeye dayalı sistemin yerine, açık sınırlar ve serbest pazar ilkesi yerleştirilmeye çalışılmaktadır.” denilmektedir. Pernoud, *Burjuvazi*, s. 79.

<sup>15</sup> Philippe Beneton, *Toplumsal Sınıflar*, s. 75. Ayrıca buradaki hakları “çıkarlar veya imtiyazlar sahibi olmak” anlamında okumak yerinde olur. Zira işçi sınıfının bu başkaldırışı sadece kendi haklarını elde etmek içindi ve günümüzde Avrupa devletlerinde siyasi iktidar koltuklarında işçi partisi vekillerinin olması bu durumun hala devam ettiğini ve böyle olduğunu kanıtlar niteliktedir. Fakat nedense sol olarak adlandırılan bu siyasi aktörler günümüzde sadece kendi eşitliklerini eşitlik olarak görmekte ve özellikle yabancılara karşı sert söylemler geliştirmektedir. Bu ise asla sivil toplum hareketi olarak okunamaz ve dahi başlangıç örneği teşkil edemez. Çünkü sadece bir kesimin çıkarı için bir araya gelen gruplar diğerleri ile empati kurup onlar içinde ter dökmedikçe sivil toplum olamaz. Bu bizdeki dernek ve vakıflar içinde geçerlidir.

Sivil toplum kavramının terimsel karşılığı “non government organizations” olarak literatüre geçmiş olmakla birlikte bu kavramın dilimize birebir çevrilişi “hükümet olmayan örgütler yani hükümet dışı örgütler” şeklindedir.<sup>16</sup> Ancak bu kavramın çevirisini “hükümete karşı örgütler” ya da “devlete karşı örgütler” olarak yapanlar da bulunmaktadır.<sup>17</sup> Bu şekilde çeviriler aslında daha çok kavramın doğuşuna dayalı olarak yapılmakta ve sonuç olarak kavramın eleştiri nitelikli olduğuna dayanmaktadır. Kavramın doğuşu itibariyle eleştirel bir çıkışı anlattığı inkâr edilemez elbette, fakat bu kadar sınırlı anlaşılması da doğru değildir. Bu yüzden kavramın çevirisini “devlet dışı örgütler”<sup>18</sup> ve hatta sadece “sivil toplum ya da sivil topluluklar” olarak anlamak daha yerinde olacaktır. Çünkü her ne kadar bu kavram bir eleştiri taşısa da, bu eleştiri sadece devlete karşı olmak zorunda değildir. Zira geçtiğimiz yıllarda Bergama Köylülerinin sunduğu birlik-telik sadece devlete karşı yapılmış olmayıp o bölgede altın çıkarmak isteyen şirkete karşı bir tepki olarak ortaya çıkmıştır. Devlete karşı olarak algılanmaya başlaması ise daha sonra bu arama izninin mahkeme kararı ile iptal edilmesine rağmen yeniden izin almasına tekabül eder. Zira bir başka örnekte, sivil toplulukların muhakkak devlete karşı olmadığını görüyoruz. Örneğin Tüketici Hakem Heyetlerinde sivil toplum örgütlerinden bir temsilcinin bulunması tüketici birliklerinin tüketiciler adına yürüttüğü mücadele sonucunda yasal mecburiyete dönüştüğünden, bu alanda sivil toplum kuruluşları devlete karşı olmak şurada dursun bir nevi devletle işbirliği yapmakta ve hatta devletin işini yapmasına yardım etmektedirler.<sup>19</sup> Devletin ille de yanında veya karşı-

<sup>16</sup> Ömer Çaha, *Sivil Toplum Üstüne, in. Sivil Toplum ve Demokrasi*, s. 13.

<sup>17</sup> Mete Tuncay, *“Sivil Toplum, Sivil Toplum Kuruluşları ve Yasalar-Etik-Deprem”* 3 Sempozyum/STK Sempozyumları 4, 5, 6. “Sivil Toplum Kuruluşları ve Yasal Çerçeve”, “Sivil Toplum Kuruluşları ve Etik”, “17 Ağustos Depreminden STK’lar Olarak Neler Öğrendik?” s. 9.

<sup>18</sup> Zira buradaki *non government* sözcüğü sadece hükümeti anlatmak için değil zaman zaman da devleti anlatmak içindir. Bkz.: Tuncay.

<sup>19</sup> Örneğin Çaha sivil toplum kuruluşlarının devletle birlikte iş yapabileceğini söylemektedir. Ancak ülkemizde yakın tarihli olan ve post modern darbe olarak

sında olmak gerekmez. Uzağında da olunur. STK'ların veya sivil toplum olgusu taşıyanların devlete izafeten duruşu, devletin kurumlarının yanlışı yapmasını önlemek, doğru yapılanların devamlılığını sağlamak veya olası doğru yapılabileceklerin yapılmasını sağlamaktır. Bu durumda devlete karşı olmaktan veya işbirliğinden bahsedilemez. İşbirliği yapılan özne burada insandır, tüketicidir, yani hak sahibidir. Devletin hak sahipliği söz konusu değildir. Devletin sadece yükümlülükleri vardır. Vatandaşın hakları ve yükümlülükleri vardır. İşte burada dikkat edilmesi gereken nokta bu toplulukların asıl amacının bir eleştiriyi gerçekleştirmekle birlikte, bunun dışında toplumu geliştirecek birtakım faaliyetlerde bulunmalarının olağan olduğudur. Hem ayrıca eleştiri sadece devlete karşı olmaktan öte yürütme organının herhangi bir ayağına ya da yargı organlarının tutumuna ya da bir siyasal oluşuma veyahut herhangi bir başka devlete karşı yapılabileceği gibi örneğin bir şirkete veya tüzel kişiliği haiz bir kuruma karşı da yapılabilmektedir. Yeter ki o an için karşı durulan iktidar yani güç sahibi olan durumda olsun.

deklare edilen 28 Şubat'ta yaşananları göz önünde bulundurarak şu haklı uyarıyı da ihmal etmemektedir: "Sivil toplum unsurları gerçekte askeri birliklerle işbirliği yapabilirler. Ortak çalışmalara imza atabilirler. Hatta ortak düşünce biçimini savunabilirler. Sivil toplumun mutlaka güvenlik biriminin karşısında yer alması gerekmez. Ancak işaret ettiğim husus, sivil toplumun militaristleştirerek demokratik sürece karşı savışması." Burada o dönemde yaşanan hali sivil toplum kuruluşları olmaktan öte Silahsız Türk Kuvvetleri olarak tanımlayarak durumun TSK'ya çağrıştırdığını belirtmektedir. Çaha, s. 13. Bu durumu Diken şu şekilde açıklıyor: "Batıdan gelen bir esinti olarak NGO, yani tam karşılığı 'Hükümet Dışı Organizasyonlar' olarak telaffuz edilecek sivil toplumculuk mantığına baktığımızda bizim genellikle bu anlayışın henüz epeyce gerisinde olduğumuzu söylemek gerek. Alanda örgütlenen ve kendine sivil toplum örgütü etiketini layık gören bir dolu STK'ya devletten ya da kendine yakın bulunduğu yerel erklerden medet bulma, destek arama anlayışı içerisinde.

Bu ciddi ölçüde kavramla kastın çelişkisidir. Bir yerlerden sürekli destek alan ve varlık nedeni adeta kendisini destekleyen kurumlar olan STK'nın üreticilerinin ne kadar sivil ve bağımsız ruhu yansıtacağını varın siz düşünün demem gerekiyor galiba." Şehmus Diken, Pusula TV'de Yapılan Röportaj'dan, [http://www.pusula.tv/modul\\_yasam/stk\\_detayli2.asp?Gundem=1161# alinti\\_yapilan\\_adres://www.stgm.org/docs/1142330616seyhmusdiken-roportaj.doc](http://www.pusula.tv/modul_yasam/stk_detayli2.asp?Gundem=1161# alinti_yapilan_adres://www.stgm.org/docs/1142330616seyhmusdiken-roportaj.doc) (07.02.2007 tarihinde)

Sivil toplum kavramının yeni bir kavram olduğu kanısı, yukarıda anlatmaya çalıştığımız "sivil toplum nedir?" sorusunun kanımca taraftarı olduğum görüşler doğrultusunda açık ortadadır. Oysaki Locke, Hegel ve Gramsci sivil toplum modelini kendi ideallerindeki toplum modeline ulaşmak için kullanmaktadır. Yani aslında günümüzdeki sivil toplum modeli ile ilgili değildir. Bu düşüncelerin sivil toplum kavramı ile ortaya koymak istedikleri, devlet ve siyasetten ayrı bir kavram yaratmaktır. Buna ülkemizde taraftar olanlar da aslında daha çok devleti dışlamak için kullanmaktadırlar. Şurası bir gerçek ki, ülkemize kavramın girişi sol aydınların 1980'lerden önce entelektüel tartışmaları ile olmuştur. Bu tartışmaların esas noktasını devlet ile toplumu ayırmak, ayrı alanlar yaratmak düşüncesi oluşturmuştur. Tıpkı Gramsci'nin yaptığı gibi politik toplum ve sivil toplum diye bir ayırım yapılmasının nedeni daha çok, ülkemizdeki darbelerde sol düşünce hareketinin büyük darbeler olarak başarısızlığa uğraması ve bu nedenle yoğun siyasal faaliyetten apolitik bir sivil harekete geçmeleridir. Ama bu aslında sol hareketin kendi isteği ile değil devletin apolitikleştirme uygulamaları sonucunda halk arasında var oluşlarını ve itibarlarını korumak için zorunlu başvurdukları bir durumdu.<sup>20</sup> Ancak günümüzde sivil toplum anlayışı ele alınarak geriye dönük bir muhasebe yapıldığında materyalist söylemin anlattığı şekilde bir sivil toplum düşüncesi ile büyük tezatlar bulunmakta ve aslında artık sivil toplumun tam anlamıyla yeni bir kimliğe ve anlama büründüğünü görmek mümkün olabilmektedir. İşte bu nedenle sivil toplum yeni bir kavramdır ve tarihsel süreci hiç de öyle sanıldığı gibi doğa durumuna kadar uzanmaz.

Bu hususta bir başka nokta ise sivil toplum liberalizmin bir ürünü olduğu<sup>21</sup> söylemlerinin hatalarıdır. Burada çok detaylı analizler yapmak konunun kapsamı dışındadır. Şu kadarını ifade etmek gerekir ki, liberalizm sivil toplumun zalime karşı duruşuna ters düşmektedir. Zira bir sivil toplumun çıkışı aslında anlamsal itibarıyla bakıldığında hümanizm

<sup>20</sup> Balcı, a.g.m.

<sup>21</sup> Norman Barry, *Klasik Liberalizm ve Sivil Toplum*, ve *Sivil Toplum ve Demokrasi*. s. 55-59.

düşünce akımına dek uzanır. Dünya üzerinde şiddetin arttığı, devletlerin bu şiddeti körüklediği ve oluşturduğu bir ortamda insanların insan onuruna yakışanı talep eden, insancıl yaşamı isteyen söylemin ürünüdür. Oysaki liberal düşüncede insancıl söylem ön planda değildir. Bu akım daha çok burjuvanın hizmetine sunulmuş, onun büyük değişimi için tasarlanmıştır. Liberalizm özgürlük vaat ederken de aslında bir noktada şiddet uygulamaktadır. Yani insanlara özgürlük dağıtmakta ve bunun karşılığında da bir kesime deyim yerindeyse gönüllü kölelik yaptırmakta ve işkence etmektedir. Bunu Yılmaz şöyle açıklamaktadır:<sup>22</sup>

“Bugün liberalizm diye muğlak, ucu bucağı bilinmez bir hayaletle karşı karşıya olmamız, liberalizmin farklı eklemlemelere izin veren ve bu haliyle gerçekten bir hayalet olarak işlev görmesinden dolayıdır. Liberalizmin bu başarısı insanın siyasi hayatının [bios], elinden alınarak çıplak bir hayat olarak yaşamasıyla mümkün olmuştur. Bu noktada iki soruya cevap aramaya çalıştık. İlki, liberalizmin veya modern demokratik devletin meşruiyetini devşirdiği şiddetten berî olma iddiası gerçekten mümkün müdür? Hannah Arendt’in insanlık durumunun tasvirini şiddetin topluma hangi süreçlerle sirayet ettiğini, tekil var oluşun siyasaldan sosyale geçiş noktasında nasıl “nesne” haline getirilerek, bizatihi şiddetle var olduğunu göstermeye çalıştık. Bu noktada Arendt’in siyasala dönüş, ya da siyasalı ihya nostalgisinin eleştirisi için Benjamin ve Derrida devreye girmektedir. Bunlara göre, şiddet modern dönemde arızî bir durum değil bizatihi hukukun kendisidir. Dolayısıyla liberal demokratik devletin kendisini şiddete karşı gibi sunması eğer bir aldatmaca değilse safliktir.”

## SİVİL TOPLUMUN FONKSİYONEL YAPISI

Sivil toplum kavramı ve bu kavram etrafında toplanan insanların oluşturduğu STK’lar uzun bir tarihsel sürece sahip olmadığı için aslında kavram bizler tarafından fazlaca bir

yapı bozumuna uğramış değildir. STK’ların yükselişi ülkemizde 1990’lara tekabül eder ancak “asıl değişim daha önce kendini STK olarak tanımlamayan kuruluş, yapı ve organizasyonların bu gün kendilerini STK olarak adlandırmaları suretiyle yaşanan yapısal ve içsel değişim”<sup>23</sup> olmuştur.

Ülkemizde sivil toplum kuruluşları Batı’daki gibi sadece spontan olmayıp, aksine cemaatsel ve örgütsel bir durumdadır. Ancak bunların büyük bir kısmı da iktidardan yararlanmakta veya politik olmasa da sadece kendi cemaat ve örgütleri içerisindeki yararına çalışmaktadırlar. Oysaki sivil toplum ne devletten nemalanmayı hedefler ne de sadece sınırlı bir kesim için hareket eder. Sivil toplum vicdanı, tüm mazlumları, hakkı zail olmuşları ve insanların tamamını kapsar. Bu yüzden sivil toplum gönüllülük esasına dayanır.

Günümüzde gönüllülük profesyonel çalışma şekline dönüşmüştür. Buradaki profesyonellik gönüllülük esasından vazgeçilmesi anlamında olmayıp, sivil toplum kuruluşlarının artık uzmanlaşmaya yöneldiğini göstermektedir. Esasen yapılan iş ve ortaya çıkan sonuç tamamen gönüllülükten meydana gelmektedir.

Uzmanlaşma sivil toplum çalışmalarını daha kaliteli hale getirmekte ve daha etkili işler yapmayı sağlamaktadır. Bunun sonucunda sivil toplum kuruluşları ülkemizde artık kendine has bir literatür oluşurken, eylem ve işlem bazında kendi birikimlerini de üretebilmektedir. Böylece bir tecrübe aktarımı tetiklenirken, bu aktarımın da azami düzeyde yapılması için profesyonel bir çalışma sergilemek gerekmektedir. Sivil toplum kuruluşlarının artık eskisi gibi el yordamı ile bir iş yapmaları devri geçmiştir. Artık sivil toplum yöntem hususunda uzmanlaşmaya kaymakta ve aslında bu yönüyle muhafazakâr olmadığını, gelişmelere ayak uyduran bir kavram olduğunu da ortaya koymaktadır. Zira sivil toplum sivil olanı ifade eder. Sivil olan geliştikçe sivil toplum da aynı derece de ilerleyecektir. Ancak bu asla birtakım faaliyetlerin başkalarına bırakılması ve sadece “siyasi taleplerin ve muhalefet işlevinin

<sup>22</sup> Nuh Yılmaz, “*Biyoktidar ve Liberalizm: Şiddetin Eleştirisi ve Siyasetin İmkani*”, *Tezkire* dergisi, Ocak-Şubat, 2002, Yıl: 11, Sayı: 24, s. 11 (www.muhammedrembalci.-com/doc/iktibaslar/biyosiyaseti.doc sitesinden 06.04.2007’de alınmıştır.)

<sup>23</sup> Balcı, a.g.m.

görevlilerce yerine getirilmesi"<sup>24</sup> anlamında değildir.

Sivil toplumun bu değişmeci yönüne dikkat çektikten sonra fonksiyonlarındaki değişimleri de ele almak gerekir.

Sivil toplumun gayesi ve fonksiyonları arasında sadece demokrasiye katılım bulunmamaktadır. STK'ların fonksiyonları arasında demokrasiye katılmak yanında toplumsal muhalefet ve hukuk denetmenliği de vardır.

Tam da bu noktada sivil toplum kuruluşlarının Avrupa Birliği süreci ilerledikçe önemli roller üstleneceğini söylemeden geçmemek gerekmektedir. Türkiye'deki sivil toplum yapısını göz önüne alarak diyebiliriz ki Avrupa Birliği sürecinde sivil toplum kuruluşlarının daha bir önem kazanacağını ipuçları görülmektedir. Bunu iki açıdan ele alabiliriz.

İlk olarak; sivil toplum kuruluşu kavramı Avrupa'dan bizim literatürümüze geçmiştir. Gerçekten de bu kavramın doğuşu ve gelişimi bu kıta parçasında hatta önemli birkaç ülkede gerçekleşmiştir. (İngiltere, Fransa vs.) Günümüzde Avrupalı siyasetçiler son kertede bu kuruluşların isteğine uygun davranmak zorunda kalmakta, en azından onlarla uzlaşma yollarına gitmektedir.<sup>25</sup>

İkinci olarak demeliyiz ki "Avrupa Birliği"nin dönem sözcülerinden tutun karar organlarının temsilcilerine varıncaya kadar Türkiye'ye gelenler sadece siyasetçilerle görüşmekle yetinmiyorlar zaman zaman siyasetçileri de baypas edip etkili buldukları sivil toplum örgütlerinin yöneticileri ile görüşüyorlar.<sup>26</sup> Sivil Toplumdan alınan cevaplar ve talepler doğrultusunda raporlarını kaleme alıp basına ve kamuoyuna açıklıyorlar. Bu durum elbette siyasetçilerin hoşuna gitmemektedir. Ayrıca Avrupa Birliği, bu tarz görüşmelerde ülkenin durumunu sivil inisiyatiften teyit etmekle birlikte, bazı durumlar için bu top-

lulukları kullanmaktadır da. Sorun burada sivil toplum olarak kabul edilen örgütlerin ne kadar sivil oldukları ile ilgilidir aslında. Zira sivil toplum örgütleri, gönüllülük esasına dayanan ve ortada gördüğü bir sorunu ortadan kaldırmayı/kaldırtmayı amaçlayan topluluklardır. Ancak 28 Şubat'ta darbecilerle kol kola gezen sivil kuruluşlar gibi şimdi de Avrupa ile kol kola gezmeler moda ve kârlı hale gelir olmuştur. Bu ise sivil toplum kuruluşlarının kendi gündemlerini ülke gündemine sokmalarından çok koluna girdiğinin güdümünü dayatmaları sonucunu doğurmaktadır. Önceleri elit tabaka eliyle ve jakoben yöntemlerle yapılanlar, şimdi baskı grubu olan sivil toplum kuruluşları aracılığıyla yapılmaktadır.

Bu konuda karamsar olmamak da gerekir. Ne de olsa Avrupa Birliği süreci bir turnusol kâğıdına benzemektedir. Zamanla renkler belirginleşecek, gerçek anlamda STK'lar ile diğerleri ayrışacaktır. Özellikle Avrupa destekli proje derneklerinin zaman ilerledikçe sivil toplum kuruluşu olmadığı fark edilecektir. Bir yanlış anlaşılmayı düzeltmek de gerekir: STK elbet proje yapabilir ve bunda devamlılık gösterebilir, ancak asıl ve tek görevi asla bu olmamalıdır. Bir STK mümkün merteye kendi yağı ile kavrulmalıdır.

Burada iki farklı görüş belirlemektedir. Bazı sivil toplumcular, kesinlikle karşı çıkarlar-ken<sup>27</sup> bazı sivil toplumcular ise, "Amacına uygun olmak kaydıyla proje karşılığında kaynak da temin edebilir. Fakat bu asla sivil toplum haricindekilere karşı bağımlılık ve bir sorumluluk getirmemelidir. Bu açıdan STK'lar açık olmalıdır, aldığı, yaptığı her şeyin hesabını alenen verebilir olmalıdır", demektedirler.<sup>28</sup>

<sup>24</sup> Balcı, a.g.m.

<sup>25</sup> Hatırlanacağı üzere daha 2006'nın geçen aylarında Fransa'nın yeni iş yasasına toplumsal bir tepki verilmiş ve binlerce insan sokaklara dökülmüş, günlerce bu yasanın çıkmasına karşı eylemde bulunmuşlardı. Bu hareket toplumu derinden etkileyecek olan bir yasanın getirilmesine karşı birden yapılmış, çok etkili ve başarılı olmuştur.

<sup>26</sup> Diken, Pusula TV'de Yapılan Röportaj'dan.

<sup>27</sup> Karşı çıkma nedenlerini için bkz.: Ek. 1.

<sup>28</sup> Tam da burada Diken bu şartların sebebini şöyle açıklamaktadır: "Ahlaklı olma erdemini nasıl birey olarak şahsiyetlerden bekliyorsak, daha da fazlasını sivil toplum örgütlerinden beklemek hakkımız da vardır." Bkz.: Diken, Pusula TV'de Yapılan Röportaj'dan.

## SİVİL TOPLUM ÖRGÜTLERİNİN YÖNETİME KATILIMLARI VE YÖNETİME ETKİLERİ

### 1. Demokrasi Yönetimleri ve STK'ların Katılımı

Demokrasi, klasik tanım olarak halk idaresi anlamına gelmektedir. Demokrasi kelimesinin asıl anlamı, genel önemi olan sorunların ne olduğuna ve bunlar hakkında ne yapılacağına herkesin katılma hakkıdır.<sup>29</sup> Bu kavram bu anlamından sıyrılarak şu an toplumu oluşturan bireylerin, kendi yönetimlerinde söz sahibi olmaları anlamında işlev görmektedir. Bu söz sahipliğinin nasıl yapılacağı ise yıllarca seçim sistemleri ile çözülmeye çalışılmıştır. Zira bu yol ile de tam anlamıyla başarıya ulaşılamamıştır.

Bu açılardan bakacak olursak demokrasiyi kabaca doğrudan demokrasi ve dolaylı demokrasi olarak ayırmak gerekmektedir. Doğrudan demokrasinin örnekleri eski tarihlerde yaşandığı gibi yakın tarihte de sınırlı da olsa yaşandığı söylenmektedir. Buradan yola çıkarak günümüzde de yaşanabileceğini savunanlar vardır.<sup>30</sup> Dolaylı demokrasi ise kendi içerisinde bir sürü sıkıntıları taşımaktadır. Reylerin dolaylı olarak etkisi, dolaylandıkça azalmaktadır ve amacına ulaşmamaktadır.<sup>31</sup> Bu so-

runu denenen hiçbir seçim sistemi de çözememiştir. Bunun içindir ki aslında devlet örgütlenmesi üç erkten oluştuğu kabul edilir. Bu kurumların da birbirini denetlemesi beklenmiştir. Fakat ülkemizde görülmektedir ki bu beklenti tamamen boşa çıkmıştır. Çünkü bu üç erk yeri geldiğinde, çıkar ilişkileri çakıştığında birlikte hareket edebilmekte ve halkın gerçek isteğini göz ardı edebilmektedir. Günümüzde sivil toplum kuruluşlarının bu yaraya merhem olacağı umudunu anlatmadan önce kısaca devlet tiplerinde yaşanan demokrasileri aktarmak gerekmektedir. Zira sivil toplum anlayışı evrensel nitelikte olduğuna göre her ülke ve millette uygulanabilir olması zorunlu hale gelmektedir.

Liberal devlet sisteminde demokrasi daha çok bir özgürlük sorunu olarak algılanmaktadır ve demokrasinin özgürlük araçlarından biri olduğu söylenmektedir.<sup>32</sup> Göze, bu konuda kitabında şunları yazmaktadır:<sup>33</sup>

“Liberal devlet sisteminde özgürlük insanın kendi iradesine uyarak hareket etmesi, kendi kaderine hakim olmasıdır... Böyle bir özgürlük anlayışına dayanan liberal devlet sisteminde, halkın kendi kendini yönetmesi, kendi iradesi ile kaderine hükmetmesi ve başka bir deyimle yönetilenler arasında en sıkı birliğin, özdeşliğin gerçekleşmesidir...”

Liberal devlet sisteminde, devlet ve kişi karşı karşıya az çok hasım durumunda düşünülmüştür. ... Bu durumda devletin kişiye baskı yapmasını, kişinin doğal hak ve özgürlüklerini çiğnememesi için kişinin devlet mekanizmasına hakim olması yani yönetimde söz sahibi olması sağlanmıştır.”<sup>34</sup>

<sup>29</sup> Hüseyin Özcan, *Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü*, s. 163.

<sup>30</sup> Bu düşünce de olanlar daha çok anarşizm ve bu kavrama bağlı toplumsal yaşayışı örnek göstermektedir. Ancak hemen söylemeliyiz ki anarşist bakışı daha hala bu düşüncesini tamamlayamadığı gibi tam olarak oturtamamıştır da. Zira halen bazı durumların çözümleri bulunmamaktadır. Örneğin demokrasi konusunda anarşist düşünürler çok farklı görüşleri olmakla birlikte ikna etme yönteminin olacağı söylenmektedir. Ancak bütün ısrarlara karşı ikna olmayanlarla nasıl bir çözüm yolu bulunacağı konusu kendi aralarında tartışmalı halde bırakılmıştır. Bir başka husus ise ceza verme durumunun nasıl halledileceğidir. Hangi durumlarda nasıl ceza verileceği tam bir muammadır. Tüm halkın uygun göreceği bir ceza mı yoksa hiç cezazırlık ile sadece dışlama yöntemi mi?

<sup>31</sup> Göze, bu konuda demokrasinin halkın iyiliğini ve mutluluğunu gerçekleştirme ihtimalinin yüksek olduğunu zira bu sistemin halkın sistemi olduğunu ve kendisi için de en iyisini istemesinin doğal olacağını düşünmektedir. Ayferi Göze, *Liberal-Marksist-Faşist ve Sosyal Devlet Sistemleri*, 2. bası, s. 28.

<sup>32</sup> Göze, a.g.e., s. 29-36. Yazar demokrasi hakkında şunları söylemektedir: “Gerçekten de tüm demokrasi ideallerinin temelinde bir özgürlük düşüncesi yatar. Demokratik olduklarını iddia eden tüm devlet sistemleri özgürlükten hareket ettiklerini ve özgürlüğü gerçekleştirdiklerini ispatlama çabası içerisindeyler.” Sayın Göze'nin yazdıkları şahsıma, bu sloganlarla ülkeyi işgal eden, özgürlüğün beşiği olarak kendini tanıtan ABD'nin Irak'ta yaptıklarını hatırlattı. Gerçekte tam da bu cümleler ile demokrasiyi getireceklerini söyleyenler ne demokrasi ne de özgürlük getirmişlerdir.

<sup>33</sup> Göze, a.g.e., s. 29-30.

<sup>34</sup> Liberalizmin söylemlerdeki gibi hiç baskı uygulanmayan bir sistem olmadığı bilinmektedir. Bu konuda bkz.: Yılmaz, a.g.m.

Bu açıdan bakıldığında demokratik yönetim biçimi, en çok sayıda bireye en büyük özgürlüğü veren, olası en büyük çeşitliliği tanıyan ve koruyan siyasal yaşam biçimidir.<sup>35</sup> Özgürlük kavramını ve demokrasi daha çok kentsel alanda düşünülmektedir. Oysaki filozofların ve tarihçilerin tam anlamıyla demokrasinin "küçük toprak parçalarında ve küçük topluluklarda meydana geldiği" sözlerini hepimiz bilmekteyiz.<sup>36</sup>

Özgürlük bahsi geçtiğinde demokrasi bir direniş olarak açıklanmaktadır. Çünkü kentsel yaşam küçük yaşam alanlarından farklılık göstermektedir. Bu farklılıklardan biri de kent yaşamının insan üzerinde belli bir baskı ve zorlama yapmasıdır. Sanayi devrimi ile standartlaşma başlamış, çalışmanın tek tip hale getirilmesi, işçinin zorla belli bir tempoda çalışmaya zorlanması, tüketimin bilinçsizce yapılır hale getirilmesi gibi siyasal yaşama katılımın da bilinçsizce tüketilmesine neden olmuştur. Hatta sanayi devriminin gelişimi için bu zorlamalar yapılır hale gelmiştir ve günümüzde liberalizmin ve kapitalizmin doruk noktasında bu açıdan bakıldığında tam bir sömürü haline dönüştüğünü ve siyasal yaşamın ve iradelerin dahi sömürüldüğünü görmekteyiz. Bunun için de Tocqueville'in dediği gibi, düşünceleri bedenlerden çok daha fazla baskı altında tutan tüm bu güçlere karşı insan direnmeli ve bu açıdan çevresini değiştirebilecek güçte biri olmalı ya da destek vermelidir.<sup>37</sup>

Marksizm, liberal anlayıştaki demokrasiyi kabul etmemekte ve gerekçe olarak da bu düzende siyasal demokrasi, kapitalist sınıfın emekçi sınıf üzerindeki egemenliğini perçinleştirirken sadece bunu gizleyerek yaptığını söylemektedir. Oysaki demokrasi ancak insanlar arasında gerçek anlamda özgürlük olduğunda gerçekleşecektir. Bu da insanların

birbirine eşit olması ile sağlanabilecektir. Marksizm bunu şöyle açıklamaktadır: "Aynı devlet düzeni toplumdaki bir sınıf için diktatörlük diğer bir sınıf için demokrasi olabilir... Ancak Marksizm'e göre proletarya diktatörlüğü demokratiktir, işçilerin yani halkın çoğunluğunu temsil eder, sömürüye son vermeyi, çalışanların hayat düzeylerini yükseltmeyi amaçlar."<sup>38</sup>

Marksizm'in demokrasi düşüncesinde ortaya çıkan kapitalist düzene tepki veriş, demokrasi anlayışında da farklılık getirmiştir. Bu farklılık ise özgürlük anlayışında meydana gelmekte ve özgürlük, insanların özünden doğan bir özellik olmayıp kazanılır denilmektedir. Bu nedenle de uygulanan burjuva demokrasilerinin kaldırılıp gerçek anlamda demokrasiyi getirmek için (çoğunluğun demokrasisi) mücadele edilmelidir ve bu kaçınılmazdır. Zaten Marks'ın gelecek tahayyülü de bu mücadelenin gerçekleşeceğini, bunun da sınıflar arası bir çatışma ile olacağını izahatın ibarettir.<sup>39</sup> Bu sistemde uygun görülen demokrasi anlayışının özgürlüğü kendiliğinden gerçekleştireceği varsayımına inanılır. Ancak özgürlük anlayışı bireysel değil tüm topluma mal edilmiş ve sonradan kazanılan bir unsur olarak görülmüştür.<sup>40</sup> Marksizm aslında komünizmin inşasıdır. Komünizm aşamasında iktidardan söz etmek mümkün değildir. Çünkü yönetim veya iktidar ortadan kaldırılmış olacaktır. Bu nedenle denir ki; "özgürlükler tam gerçekleşeceğinden demokrasiden söz edilir."<sup>41</sup> Bunun için Marksizm sınıfların örgütlülüğüne ve birlikte hareket etmesi üzerinde durmuştur.

Faşizm Devlet Sisteminde bu tarz yaklaşımları bulmak pek mümkün değildir. Zira bu sistemde özgürlüklerden ziyade yönetim

<sup>35</sup> Alain Touraine, *Demokrasi Nedir?*, çev.: Olcay Kunal, s. 25.

<sup>36</sup> Bu tarz demokrasiye cemaat demokrasisi diyen Bayhan, bu tarz bir demokrasinin sınırlı mekân ve nüfus ile homojen bir toplum yapısında uygulandığını vurgulamaktadır. Vehbi Bayhan, *Türkiye'de Sivil Toplum Örgütleri, Demokrasi ve Patronaj ve Sivil Toplum ve Demokrasi*, (ed.) Lütfi Sunar, Kaknüs Yay., İstanbul 2005, s. 146.

<sup>37</sup> Touraine, a.g.e., s. 24.

<sup>38</sup> Göze, a.g.e., s. 87.

<sup>39</sup> Erdoğan Başar, *Sosyalizm Sözlüğü*, s. 25-26. *Marksist Düşünce Sözlüğü*, yayın yönetmeni: Tom Bottomore, çeviriyi derleyen: Mete Tuncay, 3. baskı, s. 127.

<sup>40</sup> "Marks ve daha sonraki Marksistler, özgürlüğü insani özgürleşmenin, yani çok çeşitli insani güçlerin gelişmesinin ve insan doğasına yakışır bir birlik [association] tarzının oluşturulmasının önündeki engellerin kaldırılması olarak görme eğilimindedirler." Bkz.: *Marksist Düşünce Sözlüğü*, s. 449.

<sup>41</sup> Göze, s. 90.

önemlidir ve kendini koruma içgüdüğü basıncıdır. Bu ise gerçek anlamda demokrasiye uymaz bir tutumdur. Zira burada temsil kabiliyeti sadece bu amaca hizmet edecekler verilmiştir. Bunun dışındakiler tamamen dışarıda bırakılmışlar, hatta düşünsel ayrımcılık oluşturulan getto mahalleri, ölüm kampları ve sürgünler ile fiziksel ve mekânsal görünüm kazanmıştır.

Sosyal Devlet Sistemi ise, Marksist devlet sisteminin daha çok liberal unsurlarla yumuşatılması ve değiştirilmesine dayanır. Bu sistemde özgürlükler ön planda olup birey önemsenmektedir. Sosyal demokratlar reformist eğilimler gösterdikleri için eleştirilmektedirler. Çünkü sosyal demokratlar mutlak çoğunluğu elde edebilmek için sadece işçi sınıfına yönelik değil artık diğer gruplara yönelik de çalışmaya girişmekteydiler. Hatta diğer partilerle uzlaşma ve koalisyon kurma eğilimleri gittikçe artmaktaydı.<sup>42</sup> Daha sonraları sosyal devlet olma anayasalara girmiş ve sosyal devlet anlayışında çokça farklılaşmalar olmuştur. Çünkü artık sosyal demokrasi daha çok ekonomik anlamda eşitlik olarak algılanır olmakla birlikte sonradan kazanıldığına inanılan birtakım hakların da anayasalarda kutsal kabul edilen ve temel kabul edilen hakların hemen arkasında yer almaktadır. Burada önemli olan husus ise sosyal ekonomik hak ve özgürlüklerin 1789 liberal devlet sistemindekinin aksine devletlere pozitif yükümlülükler de yüklemekte, bu hakların koruma altına alınmasının yanında ayrıca devletin bu hakları gerçekleştirme yükümlülüğü olduğu belirtilmektedir.

Demokrasinin bir mücadele olmasını tüm sistemler vurgulamaktadır. Genel olarak bu mücadele özgürlük için verilmesi gereken bir mücadele olarak algılanmakta ve bu yüzden örgütlü yapıda olmak bazı sistemler tarafından daha da önemsenmektedir. Bu mücadelede sivil bir mücadeleden çok siyasal mücadele uygun görülmektedir. Zaten yüzyılların tarihi birikimi göstermiştir ki bu yöntemde iktidarı ele alan sivilliği kaybetmekle kalmayıp sivil olanın haklarını unutmaktadır da. İşte bu açıdan demokratik olmayı isteyen toplumlarda sivil toplum örgütlerinin bu mücadeleyi

üstlenmesi ve sivil olarak bir hareket yürütmesi elzemdir. “Aslında demokrasinin tüm kurallarıyla egemen olduğu toplumlarda da sivil toplum örgütünün varlığı zorunludur. Bu zorunluluk, sürekli gelişen birey ve toplum yaşamı içindir ve “karar alma süreçlerine katılım”ı ifade eden sihirli bir cümleyi karşımıza getirir.”<sup>43</sup>

Demokratik devlet yapılanmasında sivil toplum örgütlerinin yönetime katılımı hususunda Deniz şunları söylemektedir:<sup>44</sup>

“Ne yazık ki, yeryüzünün birçok yerinde uygulanan yönetim sistemlerinde, bireylerin karar alma süreçlerine katılımı hiç öngörülmemiş veya sadece ‘oy verme’ ile sınırlı tutulmuştur. Ülkemiz için de benzeri sapmaları yapmak mümkündür. ‘Kendi kendini yönetme’ olarak tanımlanan günümüz demokrasi uygulamalarında, bireyin seçim dönemlerinde sandık başına gidip oy vermesi ile onu karar alma süreçlerine kattığımızı düşünüyor, ama aslında ‘çok fena’ yanıyoruz.

Karar alma sürecine katılım, sürekli, her yerde ve her şey için olmalıdır. Birey, karar alma süreçlerine katıldığı oranda, o devletin yurttaşı, devlet de o yurttaşın devleti olacaktır.

Birey ile devleti karşı karşıya getirmek ve birey-devlet ilişkisini, ‘eşitlerin ilişkisi’ olarak ortaya koyabilmek ise, pratikte mümkün değildir. Devasa bir organizasyon olan devlet ile tek başına bireyin ilişkisini, eşitlerin ilişkisi olarak düzenleyemezsiniz. Bunun için birey ile devlet arasında, bireylerin gönüllü olarak bir araya gelerek oluşturdukları sivil toplum örgütleri gerekmektedir ve birey-devlet ilişkisi yerine sivil toplum örgütü-devlet ilişkisini sağlamak mümkün olabilmektedir. İşte, karar alma sürecine katılımın, oy verme eylemi dışında sağlanması da, bu ilişkinin doğal bir sonucu olarak karşımıza çıkacaktır.”

<sup>42</sup> *Marksist Düşünce Sözlüğü*, s. 530.

<sup>43</sup> M. Bülent Deniz, *Sivil Toplum Örgütlerinin Yönetime Katılımı*, 19.05.2007 tarihinde alıntılanmıştır: [http://www.hukukcular.org.tr/yazi\\_detay.php?Yazi\\_id=27&yazar=30](http://www.hukukcular.org.tr/yazi_detay.php?Yazi_id=27&yazar=30).

<sup>44</sup> Deniz, a.g.m.



## 2. Demokrasi Yönetimlerinde Hukuki Denetim Aracı Olarak STK'lar

### a. Hukukun Yaygınlaştırılması

Türkiye’de araştırmalar bireyin temel yöneliminin devlet odaklı olduğunu göstermektedir. Devletin yüce ve kutsal bir güç olmasına dayanan ve onun sonsuz bir kaynak olarak görülmesini de beraberinde getiren bu algı, kendi kendine var olan, bireyin etki ve katkısına muhtaç olmayan bir mekanizma tanımını içselleştirmektedir. Ülkemizde devletin sert merkezîyetçi tutumu ve çoğulculuğu reddeden tavrı da bu algılamının daha da içselleştirilmesine sebep olmaktadır. Bu görüşteki birey, devletin hizmet götürmedeki temel etkinliğinin mecburiyetini algılamamakta, devlet bunları yaparsa bunu bir lütuf olarak görmektedir. Oysaki günümüzde devletin her alanda yapmaya mecbur ve yapmaktan imtina etmesi gereken alanlar mevcut olup, bu lütuf olarak değil devletin bireye bir borcu olarak okunması gereken haldedir. Anayasamızın 2. maddesi bunu özetlemektedir. Kaldı ki, anayasanın birçok maddesinde vatandaşların ödevleri düzenlenmekle birlikte hakları da düzenlenmektedir. Anayasal hukuk düzeninde devlet ile birey arasında oluşan bu hak ve ödevler aslında bir karşılıklı sözleşme niteliği taşımakta ve devletin yapması gerekenler bir lütuf olarak değil devletin birey ile yaptığı sözleşme gereği ifa mecburiyetinde olduğu yükümlülüklerdir. Bu duruma birey yönünden bakıldığında ise bu mecburi ifaların edasını isteme, bir haktır. Bu hak yasalar aracılığı ile zapt altına alınmış yani aslında tescil edilmiştir. Bir şeyin tescillenmesi demek herkes tarafından bilinebilir ve hatta biliniyor olması demektir. Zaten “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” kuralının temelini bir ayağı da buradan kaynaklanmaktadır. Tescil edilen bir hak artık mutlaklık kazanır ve herkese karşı ileri sürülebilir. İşte bu hakların oluşturduğu karşılıklı ortama hukuk denir. Bu alanda haklar toplanmış olmakla birlikte her bireyin kendine ait olan hakları kendi etrafında yer aldığı gibi, bazı temel nitelikli haklar ise tüm alandaki bireylerin etrafındadır.

Bu açıdan bakıldığında hukuku, insanın temel hakları ve karşı haklar nedeniyle yükümlülüklerinde bulmak mümkündür.

“Ben’ ve ‘öteki’ni tanımlarken ortaya çıkan haklar, bir bakıma yükümlülükler, aynı zamanda toplumların kendi içindeki tutarlılıklarını ve ilişkilerini de düzenler. Hukuk kurallarının hayat bulması, bu kuralların, uygulanacağı toplumun değerlerini yansıtması ve bu değerlerin toplum ve yöneticilerce benimsenmesine bağlıdır.”<sup>45</sup>

Bu da, bu yönde oluşturulacak hukuka uygun kanuni düzenlemeler yapılması ve bu düzenlemelerin devlet organizasyonu kadar toplumca da benimsenmesi ve toplumda yerleşmesi ile olur.

Pozitif hukukta hukukun kaynağı, yazılı normlar olarak kabul edilir. Anayasa, Kanunlar, Kanun Hükmünde Kararnameler, Tüzük ve Yönetmelikler ve İdari Düzenlemeler hep bu kabildendir ve bu kanunlar modern devletin temelini bulduğu halk iradesinin tezahürünün ürünleridir, bu açıdan en üstün norm olarak görülmüşlerdir.

Ancak devletler hukuku alanında meydana gelen gelişmeler bu monist görüşün yumuşatılmasına sebep olmuş ve BM İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi ve bölgesel anlamda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi normlara üstünlük tanınır olmuştur. Nitekim Türkiye de Anayasanın 90/son maddesi ile Uluslararası Sözleşmelerin üstün norm niteliğini kabul etmiştir.<sup>46</sup>

“Hukuk devleti [rule of law] ve demokrasi, otoritenin frenlenmesine bağlı olması bakımından negatif, otoritenin yürütülmesine bağlı olması bakımından ise pozitif olmak üzere özgürlüğün farklı iki genel kavramına karşılık gelir”<sup>47</sup> Bu açıdan bakıldığında tarih içerisinde hukuk ve demokrasi arasında çelişkiler doğmuştur. Tüm siyasal süreç boyunca iktidarın kurulmasından sonra iktidarın frenlenmesine çalışılmıştır. Zira demokrasi yöntemiyle hak ve özgürlüklere kavuşulacağı beklentisi ideal devlette düşünülürken gerçek

<sup>45</sup> Balcı, a.g.m., s. 583.

<sup>46</sup> Balcı, a.g.m., s. 583.

<sup>47</sup> Francis Sejersted, *Demokrasi ve Hukuk Devleti: İyi Yönetim Çabasındaki Bazı Tarihsel Çelişki Deneyimleri*, çev.: M. Tefik Gülsoy. [http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=Demokrasi ve Hukuk Devleti: İyi Yönetim Çabasındaki Bazı Tarihsel Çelişki Deneyimleri&kimlik=323124707&url=makaleler/mtgulsoy-1.htm](http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=Demokrasi+ve+Hukuk+Devleti:+İyi+Yönetim+Çabasındaki+Bazı+Tarihsel+Çelişki+Deneyimleri&kimlik=323124707&url=makaleler/mtgulsoy-1.htm), erişim tarihi: 19.05.2007.

devlet deneyimlerinde bu düşünceden uzaklaşmalar meydana gelmiştir. Çünkü iktidar olanlar şunu keşfetmişlerdi; insanların kurallara göre yaşama ve kurallara göre hareket etme eğilimi vardır. “İnsan kural izleyen bir hayvandır.”<sup>48</sup> Modern devlet deneyimlerinde de görüldü ki kurallar bizim hareketlerimizi daha yapmadan meydana gelmekte yani kurallara göre hareket edip etmeme tercihimiz ortadan kaldırılmaktaydı.<sup>49</sup> Bu tarz bir toplum yapılanmasında bu kuralların insanların lehine olup olmadığına pek bakılmadığı ve daha çok çıkarılan kuralların pozitivist mantık kurallarını da kötüye kullanarak milletvekillerinin hatta bazı vekillerin serbest iradesinin ürünü olarak ortaya çıktığı söylenebilir.<sup>50</sup> Bu ise bizi devletin modern görünümü Leviathan olmasına götürür. Despotizmin başkaca bir halidir. Bu konuda Sejersted makalesini şu sözlerle bitiriyor:<sup>51</sup>

“Hukuk Devleti'nin [Rechtsstaat] kalıcı yasalarında kendi kendini güçlendiren bazı mekanizmalar vardır ve vazgeçme hareketlerinde gerçeklik vardır. Kimi, yasalara bağlayıcı olarak bakmaya alışmış, kimi de Norveç Bankası Yöneticisi gibi yasaların değiştirilmesinde tereddüt etmiştir. 19. yüzyılı anlamak için, —iyisiyle kötüsüyle— bir kimsenin bu yüzyılın formalizmindeki gerçekliği anlaması gerekir.

Bu, iktidar üstüne bir deneme oldu, fakat başta çelişkiler üstüne. Çelişkiler, tarihi gelişmenin özünü oluşturan insan eylemlerinin tasarlanmamış sonuçlarıyla bağlantılı bazı şeylere sahiptir. Modern devlet topluma hizmet etmek için kuruldu, fakat aynı toplum için bir tehdit oldu. Demokrasi hukuk devletini destekleyen olarak takdim edildi, fakat aynı zamanda onun altını oydu. Hukuk Devleti'nin [Rechtsstaat] kalıcı yasaları öngörülebilirliğe

hizmet etmek için oluşturuldu, fakat aynı yasaların beklenmedik ve talihsiz sonuçlarına toplumu mahkûm da etti. Dahası cari iktidar demokrasiyi daha iyi işletmek için yeniden tanımladı, fakat aynı demokrasiye bazı yıkıcı etkileri de oldu.”

Anlaşılan o ki, özgürlük ve temel haklar sadece siyasal bir mesele değildir aksine sadece siyasal alana bırakılamayacak kadar da hassas konulardır ve gerçek anlamda özgürlük ve hak temelli yaşam, demokrasilerde hukuku tavandan tabana yaygınlaştırmakla mümkündür. Bu yaygınlaştırmanın, toplumun hukuku birlikte yaşayarak ve uygulayarak ve daha çok hukuku denetlemekle gerçekleşeceği ortaya çıkmaktadır.

## b. Hukuki Denetimci Olma ve Yasal Örnekler

Hukuki denetimci olma aslında sivil toplum kuruluşlarının devletin erkine katılma yöntemlerinden biridir. Biliyoruz ve devamlı şikâyet ediyoruz ki devlet erki aslında sivil alanda despotça kullanıldığında özgürlük denilen kutsal başta olmak üzere insanların temel hakları keyfe keder bir tutumla yaranmaktadır. Bu açıdan bakıldığında siyaset teorisyenleri devlet erkine karşı olma, onun dışında durma ve hatta onu ele geçirip erki kendilerince en adil biçimde uygulama taraftarlığı yapmışlardır. Ancak günümüz modern toplumlarında görülmüştür ki bu yaklaşımlar bir çözüm olmaktan çok uzak kalmışlar, ancak bunun yerine erklerin ayrılığı ve birbirlerini denetlemeleri esasının gerekliliği üzerine yoğunlaşmışlardır. Kabul edilen ve baskın olan görüş budur. Fakat günümüzün temel sorunları da tam da bu erklerin birbirlerini denetlemelerinden/denetleyememelerinden ya da denetlememelerinden kaynaklanmaktadır.

Erklerin ayrılığı ilkesi demokrasi oyununun bir el freni gibi tasarlanmıştır. Ama bu tasarı herkesin rolünü tam yapmasıyla hayat bulacaktır. Eğer aktörelere biri rolünü iyi yapmaz ise diğer aktör onu görevini yapması için uyaracak gerekirse ona müdahale edecektir. Bu haliyle gayet mantıklıdır ve belki de olması gerektir. Ancak eksik kalan kısım, eğer tüm aktörler görevini yapmıyorsa ya da demokrasi oyunundan danışıklı dövüş oyununa geçilmiş-

<sup>48</sup> R. S. Peters, 1958, *The Concept of Motivation*, London/New York: Routledge/Humanities Press, s. 5. Akt.: Sejersted.

<sup>49</sup> J. Rawls, 1955, Two concepts of rules. *Philosophical Review*, 64. Akt.: Sejersted, a.g.m.

<sup>50</sup> Hayek, “Hukukun tümü, milletvekilinin bilinçli iradesinin ürünü olabilir ve olmalıdır.” şeklindeki düşüncenin gerçekte yanlış olduğunu ileri sürer. Hayek'e göre, toplumsal normları insan yaratabilir düşüncesinde “niyetçi bir yanılgı” [intentionalist fallacy] vardır. F. A. Hayek, 1973-6, *Law, Legislation and Liberty*, 2 vols. London: Routledge and Kegan Paul, cilt 1, s. 73, özellikle bölüm 4. Akt.: Sejersted, a.g.m.

<sup>51</sup> Sejersted, a.g.m.

se o zaman bunları kimin uyaracağı ve bunlara kimin müdahil edeceğidir. İşte bu nokta da ortaya atılan fikir ombudsmanlık kurumu, halk mahkemelerinin oluşumu veya halk savcılığı kurumunun olması gerektiği ortaya atılmış, hatta bu düşünceler hayata geçirilmeye çalışılmıştır. Bazı ülkeler de ise hayata geçen kurumlar da vardır.

Örneğin Çin'de Halk Savcılığı Kurumu vardır. Halk Savcılıkları, devletin hukuki denetim organlarıdır. Halk Savcılıkları, soruşturma yetkisini kullanarak sorumluluklarını yerine getirir. Halk Savcılıkları, vatan hainliği, bölücülük ve diğer önemli suç olaylarında soruşturma hakkını kullanır; kamu güvenlik kurumları tarafından hakkında soruşturma açılan olayları inceler, tutuklama emri çıkarıp çıkarmama ve dava açıp açmama konusunda karar verir; cezai suçlarda kamu adına dava açar veya davayı destekler; kamu güvenlik kurumları, halk mahkemeleri, hapisaneler, nezarethaneler ve ıslah evlerinin faaliyetlerinin hukuka uygun olup olmadığını denetler.

Halk Savcılıkları, halk mahkemelerinin bağımsız yargı yetkisine benzer şekilde soruşturma yetkisini bağımsız olarak kullanır ve hiçbir idari organ, sosyal topluluk veya bireyin müdahalesini tanımaz. Bütün vatandaşlar yasaların önünde eşittir. En Yüksek Halk Savcılığı, çeşitli kademelerdeki yerel halk savcılıkları ve askeri savcılık gibi mesleki halk savcıları olarak adlandırılan halk savcılıkları, taban, orta, yüksek ve en yüksek olmak üzere dört kademeye ayrılır. Devletin en yüksek denetim organı olan En Yüksek Halk Savcılığı, devlet adına denetim yetkisini kullanır, Ulusal Halk Meclisi ve Daimi Komitesi'ne doğrudan sorumludur. Her düzeydeki halk savcılıkları ve mesleki halk savcılıklarını yöneterek hukuki denetim görevini yerine getirmek, devletin yasalarının bütünlüğünü ve doğru uygulanmasını güvence altına almak, En Yüksek Halk Savcılığı'nın başlıca görevleridir.<sup>52</sup> Ancak burada halk kelimesi bizi yanıltabilir. Aslında bizdeki savcılıklardan çok da farklı değil. Burada erkler ayrımı halka ithaf edilerek birbirinden ayrılmıştır sadece. Yoksa gerçekten halkın içinden seçtiği bir savcı değildir halk

savcısı. Oysaki bu bizim bahsettiğimiz durumu ortadan kaldıracak nitelikte değildir. Fakat gerçekte üç erkin dışında ve yetkisini ve gücünü halktan alan bir yeni erk olsaydı o zaman değerlendirmemiz farklı olurdu elbette.

Halk mahkemeleri örneğine gelecek olursak, dünya üzerinde ismine halk mahkemesi diyen birçok mahkeme bulunmakla beraber aslında halk mahkemeleri demek halkın oluşturduğu ve yargıladığı mahkeme demektir. Buna örnek olarak belki Irak Dünya Mahkemesi gösterilebilir.

Irak Dünya Mahkemesi, ABD'nin Irak'a açtığı savaşa ve ardından yürüttüğü işgale karşı hareketin Vietnam savaşına yönelik olarak düzenlenen Russell Mahkemesinden ilham alınarak tüm dünyada organize edilen bir girişimdir.<sup>53</sup> Verdiği kararlar bağlayıcı olmakla beraber vicdan jürisi kararıdır. Yani amaç yapılan hukuksuzluğun vicdanlarda yansımaları göstermektir, vicdanlarda mahkûm etmektir. Mahkemenin gerçek anlamda bir yargı yetkisi olmamakta sadece sivil anlamda hukukun korunması ve yaygınlaştırılması sağlanabilmektedir. Ama aslında bu dahi belirttiğimiz erklere engel olma açısından kesin çözüm olarak sunulmamaktadır.

Bir başka çözüm önerisi ise Ombudsmanlık kurumudur. Ombudsmanın amacı, her şeyden önce, idare üzerinde denetim uygulamaktır. Bu, hiç kuşkusuz ki, kurumu uygulayan ülkenin tercihine göre değişecektir. Ombudsmanlık kurumu Türkiye'nin gündemine de çok defalar gelmiştir. Ombudsman kavramının Türk hukuk literatüründe tartışılmaya başlanması 1970'li yıllara rastlamaktadır. 1982 Anayasası yürürlüğe girmeden önce, Ankara Üniversitesi Hukuk ve Siyasal Bilgiler Fakültesi öğretim üyeleri tarafından hazırlanan "Anayasa Önerisi"nde de kuruma yer verilmiş, fakat bu öneri dönemin anayasa koyucusu tarafından dikkate alınmamıştır. 1982 anayasa koyucusu bu öneriyi kabul etmemekle birlikte, kimi yazarlarca bir tür ombudsman olduğu iddia edilen "Devlet De-

<sup>52</sup> *Halk Savcılıkları*, <http://turkish.cri.cn/chinaabc/chapter2/chapter-20206.htm>, erişim tarihi, 25.05.2007.

<sup>53</sup> *Irak Dünya Mahkemesi*, [http://tr.wikipedia.org/wiki/Irak\\_D%C3%BCnya\\_Mahkemesi](http://tr.wikipedia.org/wiki/Irak_D%C3%BCnya_Mahkemesi), erişim tarihi, 25.05.2007. Yıldırım Türker, *Irak Dünya Mahkemesi*, <http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=143484>, erişim tarihi, 25.05.2007

netleme Kurulu”na Anayasa’nın 108. maddesinde yer vermiştir. Buna karşın Devlet Denetleme Kurulu’nun “bir tür ombudsman” olmadığı son derece açıktır.<sup>54</sup>

Ombudsmanlık kurumu bağımsız bir kurumdur. Ancak verdiği kararlar bağlayıcı nitelikte olmayıp tavsiye niteliğindedir. Bazı zamanlarda da bir suça ya da yolsuzluğa ilişkin kararları ihbar niteliğindedir. Bu halde ise ihbara karşı harekete geçmek zorunlu olmasa da, ciddi ihbarlara karşı hareketsiz kalmak görevi ihmal suçu oluşturacağından etkili olacağını inkâr etmemek gerekir. Ancak sonuçta müdahil olamadığı için verdiği kararlar hukuken etkili değildir. Ombudsmanın hukuki bir denetim mercii olmadığını Erhuman şöyle anlatıyor:<sup>55</sup>

“Ombudsmanın yürütmeden ve idareden bağımsız bir organ olması, onu ilk bakışta her hukuk devletinde var olan ve niteliği gereği yürütmeden ve idareden bağımsız olan yargı organlarına yaklaştıracaktır. Oysa ombudsmanın, idarenin eylem, işlem ve davranışları üzerinde, idarenin işleminin iptal edilmesi, geri alınmış veya kaldırılmış sayılması, ya da idarenin işlem veya eyleminden doğan zararın idarece giderilmesi sonucunu doğuracak nitelikte, hukuken bağlayıcı kararlar alması mümkün değildir.

Bu bağlamda ombudsman kararları, yargı kararlarından farklı olarak, bağlayıcı nitelikte değil, olsa olsa tavsiye niteliğindedir. İdarenin ombudsmanın kararlarına uymamasının hiçbir hukuki yaptırımı yoktur.

Görüldüğü gibi ombudsman denetimi, yürütmeden ve idareden bağımsız bir organ tarafından yerine getiriliyor olmakla idari denetimden, ombudsman tarafından alınan kararların hukuken bağlayıcı nitelikte olmamasıyla da yargı denetiminden ayrılmaktadır.”

Kaldı ki ombudsman sadece idari işlerde hukuki açıdan görevlidir. Dolayısıyla ombudsmanın, özel kişiler arasındaki uyuşmazlıklarla, yasama işlemleriyle ve yargısal işlemlerle ilgili olarak incelemelerde bulunması, kural olarak söz konusu değildir. Buna karşın çeşitli ülkelerde bu kuralın istisnalarına rastlamak mümkündür. Örneğin bazı Afrika ülke-

lerinde ombudsmanların, özellikle çevrenin korunmasına ilişkin konularda, sadece idarenin eylem, işlem ve davranışları üzerinde değil, özel kişilerin eylem ve işlemleri üzerinde de denetim uyguladıkları görülmektedir. İsveç ve Finlandiya, sadece idari işlemler üzerinde değil, yargısal işlemler üzerinde de denetim uygulayan ombudsmanlara sahip olmak suretiyle, genel kurala istisna teşkil etmektedirler. Tarihsel olarak ombudsmanın anavatanı olan İsveç’te ve yine tarihsel nedenlerle bu ülkeyle ortak bir geçmişe sahip olan ve dünyada ombudsmanı yaşama geçiren ikinci ülke olan Finlandiya’da ombudsman, sadece idare üzerinde değil, yargı organları ve yargı organlarının yargısal işlemleri üzerinde de denetim uygulamaktadır.

Görülüyor ki, yukarıda incelenen üç kurum bizim aradığımız çözümü vermemektedir. Bu noktada bizim çözümümüz ise hukuki denetimin sivil toplum kuruluşları aracılığı ile yapılabilmesidir. Yani sivil toplum kuruluşlarını birer hukuki denetimci olarak düşünmek, daha da ileri giderek her vatandaşın bu denetimciliğe katılımını sağlamaktır. İşte o zaman danişıklı dövüş ortadan kaldırılabilir olacaktır.

STK’lar ülkemizde genel olarak dernek, vakıf, birlik vs. tüzel kişiliği ile icra kabiliyeti bulmaktadır. Ülkemizde derneklerin birçoğu bahsettiğimiz anlamda hukuki denetimcilik rolünü üstlenmeseler de aslında yasal zeminde bu rolü üstlenme imkânları tanınmış durumdadır. Bu açıdan baktığımızda sivil toplum bu tüzel kişilikler altında ülkenin hukukunu üç türlü denetleme imkânına sahip olacaktır:

### 1. Baskı Grubu Oluşturma

İlk olarak hemen akla gelen ve sıkça uygulanan yöntem, hukuki bir yanlışa veya zararlı bir sonuca karşı baskı grubu oluşturma yoluyla bu hukuka aykırılığın giderilmesidir. Bu yöntemde amaç hukuk tarafından tanınan toplantı, gösteri, yürüyüş, basın açıklaması, boykotlar ve kampanyalar yapma hakkı kullanılarak hukuki yanlışlığın düzeltilmesini sağlamaktır. Beklide en sık denen yöntem budur. Çünkü bu yöntemde herhangi bir tüzel kişiliğe sahip olmak dahi gerekmemektedir. Önemli olan sivil toplumdaki potansiyel rahatsızlığı

<sup>54</sup> Tufan Erhuman, AÜHFD, Yıl: 2000, C: 49, S: 1- 4, s. 155.

<sup>55</sup> Erhuman, s. 159.

bu yöntemlerle gerekli mercilere duyurarak etki edebilmektedir.

## 2. Dava Açma Hakkı

İkinci yöntem, tüzel kişiliğe sahip STK'ların toplumsal menfaatler söz konusu olduğunda kanunen tanınan dava açma haklarını kullanmalarınıdır. Burada STK'lar iki ayrı şekilde yargı yoluna gidebilirler.

### a. Şahıs Üzerinden

Dava açma yolunda STK'lar doğrudan kurum olarak açmak yerine bir şahsın üzerinden dava açma yolunu kullanmaktadırlar. Toplumsal olan veya örnek teşkil edecek bir hukuka aykırılığın varlığını mağdur olmuş bir kişinin davasına yardımcı olarak ve destek vererek, hatta gerekli tüm hazırlıkları bizzat yapıp vekilliğini kurum bünyesinden bulunan avukatlar aracılığı ile ya da gerektiğinde avukat tutarak alan STK, davayı mağdur üzerinden açma yoluna gidebilmektedir. STK'ların bu yöntemi denemelerinin nedeni ise her türlü sorun için kurumsal dava açma yetkilerinin olmamasıdır. İşte bu imkânsızlığı aşmak için dava açma ehliyetine sahip mağdur kişi üzerinden hareket edilmekte, hem bireysel olarak mağdurun sorununu çözmekte hem de bu çözüm toplumsal örneklik teşkil edeceğinden tüm topluma çözüm yolunu açmaktadır.

### b. Kurumsal

Dava açma yolunda bir başka yöntem ise doğrudan kurumsal dava açmaktır. İdari davalar açısından bu yol sıkça kullanılmaktadır. Zira tüzel kişilerin idari dava açma ehliyeti bulunmaktadır. Bu dava da davacı olabilme şartı doğrudan bir hakkın muhtel olmasına bağlanmış değildir. Genel olarak dava açabilmek için bir hakkın ihlal edilmiş olması gerekir. Oysaki İYUK madde 2 gereği idarenin hukuka aykırı eylem ve işlemlerine karşı bir hak ihlaline uğramamış olan STK'lar tarafından da dava açılabilir. İlgili yasa maddesi şöyledir:

#### İdari Dava Türleri ve İdari Yargı Yetkisinin Sınırı

##### Madde 2:

1. (Değişik: 10.6.1994 – 4001/1 madde) İdari dava türleri şunlardır:

- a) (İptal: Anayasa Mahkemesinin 21.9.1995 tarih ve E: 1995/27, K: 1995/47 sayılı kararı ile; Yeniden Düzenleme: 8.6.2000-4577/5 madde) İdari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan iptal davaları,
  - b) İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları,
  - c) (Değişik: 18.12.1999 – 4492/6 madde) Tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar.
2. İdari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdari mahkemeler; yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı veremezler.
  3. Cumhurbaşkanının doğrudan doğruya yaptığı işlemler idari yargı denetimi dışındadır.

İdarenin eylem ve işlemlerine karşı açılan iptal davasında bir hak ihlalinin aranması yerine sadece menfaat ihlali aranmasının yeterli görülmesinin nedeni, iptal davasının alanını genişletmektir. Çünkü menfaat kavramı hakkın ihlal edilmesi kavramından daha geniştir ve sadece hakkı ihlal edilene değil idari eylem veya işlem nedeniyle sadece bir alakasının bulunması yeter hale getirilmiştir. Burada amaç yönetimin hukuka uygunluğunu sağlamak. Yasa maddesinde zaten yargıcın sadece hukuka uygunluğu yönünden denetim yapması gerektiği ayrıca belirtilmiştir. Danıştay uygulamasında menfaat ihlali anlayışı dernekler için daha çok dernek amacına yönelik olması ile sınırlandırılmıştır. Derneğin amacı haricinde mesela dernek üyelerinin menfaatlerini korumak adına dava taleplerinin ehliyet yönünden reddedilerek üyelerin değil derneğin amacının ve toplumsal menfaatin arandığı söylenmiştir.<sup>56</sup>

<sup>56</sup> Şeref Gözübüyük, *Yönetmelik Yargı*, 6. bası, s. 138.

Buna benzer bir başka maddeyse 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da mevcuttur. 4077 sayılı Kanunun amacı toplumsal bir koruma sağlamaktır:

**Madde 1:** Bu Kanunun amacı, (...) kamu yararına uygun olarak tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarını koruyucu, aydınlatıcı, eğitici, zararlarını tazmin edici, çevresel tehlikelerden korunmasını sağlayıcı önlemleri almak ve tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini özendirmek ve bu konudaki politikaların oluşturulmasında gönüllü örgütlenmeleri teşvik etmeye ilişkin hususları düzenlemektir.

Bu kanunun amacının korunması için de yasa dava açma hakkını ve ehliyetini mağdur olan ile sınırlı tutmamış, eğer toplumsal nitelikte bir hukuka aykırılık var ise Tüketici Hakları ile ilgili dernek veya tüzel kişilerin de dava açmasına cevaz vermiştir.

#### Tüketici Mahkemeleri

**Madde 23: (Değişik madde: 06/03/2003 - 4822 S.K./30. madde)**

Bu Kanunun uygulanmasıyla ilgili olarak çıkacak her türlü ihtilaflara tüketici mahkemelerinde bakılır. Tüketici mahkemelerinin yargı çevresi, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenir.

**Tüketici mahkemeleri nezdinde tüketiciler, tüketici örgütleri ve Bakanlıkça açılacak davalar her türlü resim ve harçtan muaftır. Tüketici örgütlerince açılacak davalarda bilirkişi ücretleri, 29'uncu maddeye göre bütçede öngörülen ödenekten Bakanlıkça karşılanır.** Davanın, davalı aleyhine sonuçlanması durumunda, bilirkişi ücreti 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre davalıdan tahsil olunarak 29 uncu maddede düzenlenen esaslara göre bütçeye gelir kaydedilir. Tüketici mahkemelerinde görülecek davalar Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun Yedinci Babı, Dördüncü Faslı hükümlerine göre yürütülür.

**Bakanlık ve tüketici örgütleri münferit tüketici sorunu olmayan ve genel olarak tüketicileri ilgilendiren hallerde bu Kanunun ihlali nedeniyle kanuna aykırı durumun ortadan kaldırılması amacıyla tüketici mahkemelerinde dava açabilirler.**

Gerekli hallerde tüketici mahkemeleri ihlalin tedbiren durdurulmasına karar verebilir. Tüketici Mahkemesince uygun görülen tedbir kararları, masrafı daha sonra haksız çıkan taraf-

tan alınmak ve 29 uncu maddede düzenlenen esaslara göre bütçeye gelir kaydedilmeye üzere, ülke düzeyinde yayınlanan gazetelerden birinde Basın İlan Kurumunca ve ayrıca varsa davanın açıldığı yerde yayınlanan mahalli bir gazetede derhal ilan edilir.

Kanuna aykırı durumun ortadan kaldırılmasına yönelik Tüketici Mahkemesi kararları ise masrafı davalıdan alınmak üzere aynı yöntemle derhal ilan edilir.

Görüldüğü üzere 4077 sayılı Kanun toplumsal bir hukuka aykırılık olması durumunda STK'lara dava açma yetkisi vermektedir. Tek koşul tüketici örgütü olmaktadır.

### 3. Yargı, Çözüm veya Karar Organlarında Bulunmak

Üçüncü yöntem ise, STK'ların hukuki denetimi dışarıdan müdahaleler ile değil yargı, çözüm veya karar organlarında bulunarak yapmalarıdır. Örneğin birçok tüketici örgütü 'Tüketici Konseyi'ne katılmakta ve burada bir yıl boyunca önemli görülen tüketici hakları ile ilgili çalışmalar yapılmaktadır.

#### Tüketici Konseyi

**Madde 21: (Değişik fıkra: 06/03/2003 - 4822 S.K./28. madde)** Tüketicinin sorunlarının, ihtiyaçlarının ve çıkarlarının korunmasına ilişkin gerekli tedbirleri araştırmak, sorunların evrensel tüketici hakları doğrultusunda çözülmesi için alınacak tedbirlerle, bu Kanunun uygulanmasına yönelik tedbirlere dair görüşleri, ilgili mercilerce öncelikle ele alınmak üzere iletmek amacıyla, Bakanlığın koordinatörlüğünde bir "Tüketici Konseyi" kurulur.

**(Değişik fıkra: 06/03/2003 - 4822 S.K./28. madde)** Tüketici Konseyi, Bakanın veya görevlendireceği bir Bakanlık görevlisinin başkanlığında, Adalet, İçişleri, Maliye, Milli Eğitim, Sağlık, Ulaştırma, Tarım ve Köyşeri, Sanayi ve Ticaret, Turizm ve Çevre bakanlıkları ile Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı, Hazine Müsteşarlığı, Dış Ticaret Müsteşarlığı, Türk Patent Enstitüsü Başkanlığı, Devlet İstatistik Enstitüsü Başkanlığı, Türk Standartları Enstitüsü Başkanlığı, Rekabet Kurumu, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu, Telekomünikasyon Kurumu, Türk Akreditasyon Kurumu, Milli Prodükvite Merkezi, Diyanet İşleri Başkanlığı, büyük şehir belediyeleri, il belediyelerini temsilen Türk Belediyeler Birliği, işçi sendikaları konfederasyonları, memur sendikaları konfederasyonları, Türkiye İşveren Sendikaları Kon-

federasyonu, Türkiye Milli Kooperatifler Birliği, Yükseköğretim Kurulu, Türkiye Barolar Birliği, Türkiye Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları Birliği, Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği, Türk Eczacılar Birliği, Türk Tabipleri Birliği, Türk Diş Hekimleri Birliği, Türk Veteriner Hekimleri Birliği, Türkiye Esnaf ve Sanatkarları Konfederasyonu, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, Türkiye Bankalar Birliği, Türkiye Seyahat Acenteleri Birliği, Türkiye Otelciler Birliği, Türkiye Ziraat Odaları Birliği, Tüketim Kooperatifleri Merkez Birliği, Ahilik Araştırma ve Kültür Vakfı ve tüketici örgütleri temsilcilerinden oluşur.

Tüketici Konseyini oluşturan kurum ve kuruluşların temsilcilerinin sayısı ve nitelikleri ile Tüketici Konseyine katılabilmek için tüketici örgütlerinin sahip olmaları gereken asgari üye sayısı ve bu örgütlerin Tüketici Konseyine gönderecekleri temsilci sayısı Bakanlıkça belirlenir. Ancak, kamu kurum ve kuruluşlarından gelen temsilcilerin sayısı, hiçbir şekilde Tüketici Konseyinin toplam üye sayısının %50'sinden fazla olamaz. Tüketici Konseyi yılda en az bir kez toplanır.

Tüketici Konseyinin çalışma usul ve esasları ile diğer hususlar Bakanlıkça çıkarılacak bir yönetmelikle düzenlenir.

Yine tüketici hukukuna dair bir düzenleme de "Hakem Heyetleri"ne sivil örgütlerinin katılımı yönündedir. Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri, tüketiciler ile satıcı ve sağlayıcılar arasında çıkan uyuşmazlıkları çözümlenmek amacıyla veya tüketici mahkemelerinde delil olarak ileri sürülebilecek kararları almak üzere il ve ilçe merkezlerinde çözüm mercii olarak kurulmuşlardır. Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri her yıl belirlenen asgari ve azami miktarlardaki uyuşmazlıklar için mahkeme niteliğinde karar vermektedir. 4077 sayılı Yasada heyetlerin oluşumu şu şekildedir:

#### **Tüketici Sorunları Hakem Heyeti**

**Madde 22: (Değişik madde: 06/03/2003 - 4822 S.K./29. madde)**

Bakanlık, il ve ilçe merkezlerinde, bu Kanunun uygulamasından doğan uyuşmazlıklara çözüm bulmak amacıyla en az bir tüketici sorunları hakem heyeti oluşturmakla görevlidir.

Başkanlığı Sanayi ve Ticaret İl Müdürü veya görevlendireceği bir memur tarafından yürütülen tüketici sorunları hakem heyeti; belediye başkanının konunun uzmanı belediye per-

soneli arasından görevlendireceği bir üye, baronun mensupları arasından görevlendireceği bir üye, ticaret ve sanayi odası ile esnaf ve sanatkar odalarının görevlendireceği bir üye ve tüketici örgütlerinin seçecekleri bir üye olmak üzere başkan dâhil beş üyeden oluşur. Ticaret ve sanayi odası ya da ayrı ayrı kurulduğu yerlerde ticaret odası ile esnaf ve sanatkâr odalarının görevlendireceği üye, uyuşmazlığın satıcı tarafını oluşturan kişinin tacir veya esnaf ve sanatkâr olup olmamasına göre ilgili odaca görevlendirilir.

Bakanlık taşra teşkilatının bulunmadığı il ve ilçelerde tüketici sorunları hakem heyetinin başkanlığı en büyük mülki amir ya da görevlendireceği bir memur tarafından yürütülür. Tüketici örgütü olmayan yerlerde tüketiciler, tüketim kooperatifleri tarafından temsil edilir. Tüketici sorunları hakem heyetinin oluşumunun sağlanamadığı yerlerde noksan üyelikler, belediye meclislerince resen doldurulur.

"4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun 22. maddesi ile tüketici sorunlarına çözüm bulmak amacıyla kurulan Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri halen ülke çapında tüm il ve ilçe merkezlerinde görev yapmaktadır. Başkanlığı Sanayi ve Ticaret İl Müdürü veya görevlendireceği bir memur tarafından yürütülen tüketici sorunları hakem heyeti; belediye başkanının konunun uzmanı belediye personeli arasından görevlendireceği bir üye, baronun mensupları arasından görevlendireceği bir üye, ticaret ve sanayi odası ile esnaf ve sanatkâr odalarının görevlendireceği bir üye ve tüketici örgütlerinin seçecekleri bir üye olmak üzere başkan dâhil 5 üyeden oluşur. Görüleceği gibi heyet başkanı ve belediye temsilcisi dışındaki diğer üç üye sivil toplum örgütleri temsilcilerinden oluşmaktadır."<sup>57</sup>

STK'ların hukuki denetim mercilerine katılımlarına ilişkin bu alanda diğer örnekler:

**"Reklam Kurulu: 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun 17. maddesi** ile "ticarî reklam ve ilanlarda uyulması gereken ilkeleri belirlemek, bu ilkeler çerçevesinde ticarî reklam ve ilanları incelemek ve inceleme sonucuna göre 16'ncı madde hükümlerine aykırı hareket edenleri cezalandırmak, söz konusu reklam ve ilanları durdurmak ve/veya aynı yöntemle düzeltme

<sup>57</sup> Deniz, a.g.m.

hususlarında Bakanlığa öneride bulunmakla görevli bir 'Reklam Kurulu' kurulmuştur." Bu kurul; "bakanlıkça, yükseköğrenim görmüş ve iktisat, maliye, hukuk ve işletmecilik dallarından birinde veya birkaçında en az 10 yıllık tecrübesi bulunan kişiler arasından görevlendirilecek bir üye, Adalet Bakanlığı'nca bu Bakanlıkta idarî görevlerde çalışan hâkimler arasından görevlendirilecek bir üye, Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu'nca görevlendirilecek bir üye, Yükseköğretim Kurulunun reklamcılık alanında uzman üniversite öğretim elemanları arasından seçeceği bir üye, Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyi'nin görevlendireceği bir üye, Türkiye Barolar Birliğinin görevlendireceği bir üye, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliğinin görevlendireceği bir üye, Ankara, İstanbul ve İzmir Gazeteciler Cemiyetlerinin kendi aralarından seçeceği bir üye, Reklamcılar derneklerinin veya varsa üst kuruluşlarının seçeceği bir üye, Tüketici Konseyinin Konseye katılan tüketici örgütü temsilcileri arasından seçeceği bir üye, Türkiye Ziraat Odaları Birliğinin görevlendireceği bir üye, Türkiye Esnaf ve Sanatçılar Konfederasyonunun görevlendireceği bir üye, Türk Standartları Enstitüsü'nden bir üye, Diyanet İşleri Başkanlığından bir üye, Mühendis Odaları Birliğinden bir üye, İşçi Konfederasyonlarından iki üye" oluşmakta ve üyelerinin yarıya yakın kısmı sivil toplum örgütleri temsilcilerinden oluşmaktadır.

**İnternet Üst Kurulu:** Ana işlevi Ulaştırma Bakanlığı'na danışmanlık olmak üzere; Türkiye'de İnternet'in altyapıdan başlayarak tüm boyutları ile kısa, orta ve uzun vadeli hedeflerini belirlemek, bu hedeflere erişmek için gerekli stratejik ve taktik ulusal kararların alınması ve uygulanması sürecinde danışmanlık görevini yürütmek, uygulamada gözlenen aksaklıkları belirlemek ve giderilmesi için öneriler oluşturmak, konu ile ilgili birimler arasında eşgüdüm sağlamak, gelişme, yaygınlaştırma, hizmet üretimi konularında düzenleyici öneriler oluşturmak ve uluslararası gelişmeleri yakından izleyerek ülke çıkarlarını korumak amaçları ile Ulaştırma Bakanlığı tarafından İnternet Kurulu oluşturulmuştur. Bu kurulun üyeleri arasında TOBB, TUSİAD, Türkiye Barolar Birliği, Türkiye Belediyeler Birliği, tüketici dernekleri temsilcisi gibi sivil toplum kuruluşları temsilcileri yer almaktadır.<sup>58</sup>

STK'ların katıldığı diğer hukuki denetim mercileri ise şunlardır:

<sup>58</sup> Deniz, a.g.m.

## 23 Kasım 2003 tarih ve 25298 sayılı İl ve İlçe İnsan Hakları Kurullarının Kuruluş, Görev ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik

### İl Kurulu

**Madde 5:** Bu Yönetmelikte belirtilen görevleri yerine getirmek üzere İl Kurulu, vali veya valinin görevlendireceği bir vali yardımcısının başkanlığında;

- Büyükşehir statüsü bulunan illerde büyükşehir belediye başkanı veya başkan yardımcısı, diğer illerde il belediye başkanı veya başkan yardımcısı,
- İl Genel Meclisinin kendi üyeleri arasından seçeceği bir temsilci,
- Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde grubu bulunan siyasi partilerin il başkanları veya görevlendirecekleri bir temsilci,
- Üniversite rektörleri veya bu konuda görevlendirecekleri bir öğretim üyesi ya da elemanı,
- Valilik tarafından belirlenecek kamu kurum ve kuruluşlarında görev yapan bir avukat veya hukuk fakültesi mezunu bir kamu görevlisi,
- Baro temsilcisi,
- Tabip odasından bir temsilci,
- Ticaret veya sanayi odasından valilik tarafından belirlenecek bir temsilci,
- Valilik tarafından belirlenecek diğer meslek odaları veya sendikalardan bir temsilci,
- Mahalli televizyon, gazete, radyo gibi kuruluşlardan başvuranlar arasından valilik tarafından belirlenecek bir temsilci,
- Muhtarlar Derneği başkanı, yoksa mahalle muhtarlarından başvuranlar arasından valilik tarafından belirlenecek bir temsilci,
- Okul-aile birliklerinden başvuranlar arasından valilik tarafından belirlenecek bir temsilci,
- Sivil Toplum Kuruluşlarından başvuranlar arasından valilik tarafından belirlenecek en az üç temsilciden oluşur.

Kurul başkanı gerekli gördüğü durumlarda ilgili kamu veya özel kuruluş temsilcilerini veya kişileri de toplantıya çağırabilir.

### İlçe Kurulu

**Madde 6:** Bu Yönetmelikteki görevleri yerine getirmek üzere İlçe Kurulu, kaymakamın başkanlığında;



- a) İlçe belediye başkanı veya başkan yardımcısı,
- b) İl Genel Meclisinin ilçeden seçilen üyeleri arasından seçeceği bir temsilci,
- c) Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde grubu bulunan siyasi partilerin ilçe başkanları veya görevlendirecekleri bir temsilci,
- d) Fakülte veya yüksekokulun bu konuda görevlendirecekleri bir öğretim üyesi veya elemanı,
- e) Kamu kurum ve kuruluşlarında görev yapan bir avukat veya hukuk fakültesi mezunu bir kamu görevlisi,
- f) İlçede görev yapan avukatlardan başvurular arasından kaymakamlık tarafından belirlenecek bir temsilci,
- g) İlçede görev yapan doktorlardan başvurular arasından kaymakamlık tarafından belirlenecek bir temsilci,
- h) Kaymakamlık tarafından belirlenecek meslek odalarından veya sendikalardan bir temsilci,
- i) Mahalli televizyon, gazete, radyo gibi kuruluşlardan başvurular arasından kaymakamlık tarafından belirlenecek bir temsilci,
- j) Muhtarlar Derneği başkanı, yoksa mahalle muhtarlarından başvurular arasından kaymakamlık tarafından belirlenecek bir temsilci,
- k) Okul-aile birliklerinden başvurular arasından kaymakamlık tarafından belirlenecek bir temsilci,
- l) Sivil Toplum Kuruluşlarından başvurular arasından kaymakamlık tarafından belirlenecek en az iki temsilciden,

oluşur.

Kurul Başkanı gerekli gördüğü durumlarda ilgili kamu veya özel kuruluş temsilcilerini veya kişileri de toplantıya çağırabilir.

### **Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri İzleme Kurulları Yönetmeliği**

#### **İzleme Kurulu Üyelerinin Seçimi ve Ant İçmesi**

**Madde 5:** İzleme kurullarının üyeleri, 3 ve 4 üncü maddelerde yazılı şartlara durumları uygun olan kişilerden resen veya o yerdeki ilgili kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının görüşleri alınarak ya da o yerin en büyük mülki amirinin yardımıyla belirlenecek olanlar ile doğrudan başvurular arasından

adli yargı adalet komisyonunca oybirliğiyle seçilirler.

Üyeler, göreve başlamadan önce adli yargı adalet komisyonunun önünde aşağıdaki şekilde and içerirler:

'Üstlendiğim görevi Anayasa ve kanunlar gereğince tam bir dikkat, dürüstlük ve tarafsızlıkla yürüteceğime namusum ve şerefime üzerine and içerim.'

And içme tutanağı dosyalarında saklanır.

Görüleceği üzere cezaevi kurullarına katılım konusunda STK'ların katılımı ayrıca düzenlenmemiştir. Ancak isteyen örgüt şartları yerine getirerek bu kurullara katılabilirler.

### **Sağlık Tesislerinde Hasta Hakları Uygulamalarına İlişkin Yönerge**

#### **Kurul Üyeleri**

**Madde 11:** Hasta Hakları Kurulu aşağıdaki üyelerden oluşur;

- a) Başkan: Kamu hastanelerinde hastanenin kalite hizmetlerinden sorumlu Baştabip Yardımcısı, kurulun başkanıdır.
- b) Hasta Hakları Birim Sorumlusu,
- c) Hakkında başvuruda bulunulan personelin birim sorumlusu,
- d) Hasta hakları konusunda faaliyet gösteren sivil toplum kuruluşu temsilcisi (Kurula kabul edilme şartları 44. maddede belirlenmiştir.)
- e) Varsa hastanın avukatı (hastayı temsil ettiğine dair vekâletin bulunması gerekir. Ayrıca hasta veya yakını isterse kurula girerek kurul üyelerini konu hakkında bilgilendirebilirler. Ama oylamaya katılamazlar ve oylama sırasında kurulda bulunamazlar.)
- f) 4688 Sayılı Kamu Sendikaları Kanununa göre kurumda yetki almış sendika temsilcisi,
- g) Valiliğin belirleyeceği bir vatandaş. (Kendisi ve yakınlarının Sağlık Bakanlığına bağlı kurumlarla ticari ilişkisi olmayan, sağlık hizmetleri veya sosyal hizmetler alanında temayüz etmiş, 65 yaşını geçmemiş, kurula sürekli olarak katılmasını engelleyecek kronik bir rahatsızlığı olmayan, gönüllü bir kişi kurulda görev alır.)
- h) İl genel meclisi üyeleri arasından Vali tarafından seçilecek bir üye.

## SONUÇ

Sivil toplum kuruluşlarının ülkede hukuki denetimcilik yapması ile bir organizasyondan oluşan devletin kendisi de aslında sivilleşecektir. Tüm dünyada kabul görmüş olan yerleşme ve buna bağlı politikalar ve sistemler hayat bulabilecektir. Vatandaş devletine ve uyguladığı işlere uzak kalmayacak hatta bizzat o işi kendisi de yapmış olacaktır. Bu açıdan bakıldığında aslında doğrudan demokrasinin icra edildiğini de görebilmek mümkün olacaktır. Kaldı ki dünya üzerinde artık devletler birçok alanı bizzat icra etmekten imtina etmekte, bu alanların sivilleşmesini sağlamaktadır. Bu ise oluşturulan kurumun hem halk nezdinde sahiplenilmesine hem de meşruiyetinin sağlanmasına neden olmaktadır. Ayrıca bu tür bir sivilleşme hareketi devleti bu alanlarda yapmak zorunda olduğu işlerin maliyetinden tamamen kurtarmasa bile büyük bir yük hafifliği sağlayacaktır. Ancak sivil toplumun bu alanları hakkıyla doldurabilmesi ise ancak uzmanlaşma ile mümkün olabilecektir. Bu açıdan sivil toplum kuruluşlarının toplumda her alanda kurulmaları ve kuruldukları alanlarda uzmanlaşmaları gerekmektedir.

Hukuki bir anlayıştan kaynaklanan, hak bilinçli bir anlayışı, dünya üzerinde bu şekilde icra edildikte hayat bulabilecektir. Bu anlamda hukuk ve hak temelli bir devlete geçebilmemiz için ülkemizde "Ekonomik ve Sosyal Konsey, Rekabet Kurulu, Radyo Televizyon Üst Kurulu, Elektrik Piyasası Kurulu, Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu, Telekomünikasyon Kurulu, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme gibi kurulların kuruluşuna ilişkin yasalarda değişiklik yapılarak üyeler arasında sivil toplum kuruluşlarının ve özellikle tüketici örgütlerinin temsilcilerinin bulunması sağlanmalıdır. Üye gönderecek tüketici örgütünün belirlenmesinde de, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Yasanın 17/j maddesindeki yöntem esas alınmalıdır."<sup>59</sup> Yapılacak değişikliğin sadece bu alanlara sınırlı kalması gerekli ve mümkün merteye bütün alanlarda böyle bir yöntem icra edilmelidir.

Devlet organları içerisinde birçok alanda bu yöntem denenebilir ve uygulaması başarı

ile devam ettirilebilir. Zira bu yöntem toplumun otokontrol mekanizması olarak okunabileceği için gelişmeler etkisini gösterecektir. Örneğin Tüketici Hakem Heyetlerinin ve Hata Hakları Kurullarının kurulup sivil üyelerin alınmasıyla daha işlevsel olmaya başlamış, başvurular ve çözülen olaylar artmıştır. Bu açıdan faydalarını hemen veren bu mekanizmanın içselleştirilmesi ve geliştirilerek hayata geçirilmesi elzemdir.

## OKUMA PARÇASI

### PİMİ ÇEKİLMİŞ HİBELER

Taha Övünç/08.06.2006/ haber7.com

Pimi çekilmiş hibeler! Böyle bir gündemde Avrupa Birliği ile ilgili tek bir satır karalamak aklımın ucundan geçmezdi ama birkaç gün önce aldığım önemli bir telefon beni harekete geçirdi. Arayan tanınmış bir belediye başkanı. Anlattığına göre şu sıralar belediyelerin çevrelerini hibe simsarları sarmış durumda. AB'nin karşılıksız olarak verdiği hibelere kılıf hazırlıyormuş bu simsarlar. Bahsettiğim belediye başkanıyla temasa geçen AB simsarı, Almanya merkezli bir finans şirketinin Türkiye temsilcisi. Başkanı arayarak istediği takdirde proje karşılığı kendisine AB fonundan karşılıksız para sağlayabileceğini söylüyor. Başkan ne projesi diye sorunca da "ne projesi olursa olsun, çiçek, böcek fark etmez, bağlantılarımız sağlam" yanıtını alıyor.

Peki, Avrupa Birliği'nden karşılıksız para almak bu kadar kolay mı? Bu soruya yanıt bulmak için bugüne kadar kimler, ne karşılığında hibe almış ona bir bakmak gerekiyor. Elime geçen listede gözüme ilk takılan DİSK oldu. Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu Başkanı Süleyman Çelebi, 30.05.2002 tarihinde AB'den hibe olarak tam 550.128 Avro almış. Başkanın bu parayı alabilmek için AB'ye sunduğu projenin adı şu; "Sendika Üyelerine İnsan Haklarına Saygıyı Öğretmek." Ne eksik, ne fazla! Harfi harfine projenin adı bu. Ve bir başka sivil toplum kuruluşu; Türk Demokrasi Vakfı. Emre Kocaoğlu başkan sıfatıyla AB'den 28.12.2004 tarihinde hazırladığı proje karşılığında hibe olarak 153.098 avro almış. Demokrasi Vakfı'nın hazırladığı projenin içeriği ne dersiniz? Demokrasi başlıklı bir

<sup>59</sup> Deniz, a.g.m.

gelişim projesi mi? Hayır; "Turistik Hediyelerin Tanıtımı ve Satışı!" Hepsini bu kadar değil. Avrupa Birliği'nden hazırladıkları projeler karşılığında karşılıksız para alan tüzel kişiliklerin sayısı üç yüzü geçiyor. İşte bir örnek daha! Marmara Üniversitesi Avrupa Birliği'ne sunduğu proje karşılığında tam 12 milyon Avro hibe alıyor. Üniversitenin sunduğu projenin adı "Türkiye'nin Zayıf İnsan Hakları Geçmişinin Değişmesi İçin Kapsamlı Bir Girişimde Bulunmak" Hatırlayalım; yaşanan tartışmalarla tüm dünyada yankı bulan "Ermeni Konferansı"nın ardından, Marmara Üniversitesi yeni bir Ermeni Konferansı düzenlemiş ve dikkatleri üzerine çekmişti. Acaba Üniversite yönetimi düzenlediği Ermeni Konferansı ile 12 milyon Avro karşılığında 'Türkiye'nin Zayıf İnsan Hakları Geçmişinin Değişmesi İçin Kapsamlı Bir Girişimde' mi bulunmuş oldu?

Gelin biraz da yurt dışında hazırlanıp Türkiye'de uygulanmak üzere sunulan projelere bakalım.

Institut Francais d'Etudes Anotoliennes adlı kuruluş "Türkiye'deki Bireyleri ve Kurumları, İçinde Yaşadıkları Toplumu Sorgulamaya Yönelmek" üzere bir proje hazırlıyor. AB projeyi kabul ediyor ve hemen 300 bin Avro ödeme yapıyor. Bu Fransız kuruluşun Türk insanına yaşadığı toplumu nasıl sorgulatacağı ise tam bir muamma! AB tarafından aynı gün hibe ödemesi yapılan bir dernek daha var. Adı; Reportes Sans Frontiers- Paris Muhabirleri Derneği. Projeleri ise "Türkiye'deki Gazetecilere Yardım Sağlamak ve Basın Özgürlüğüyle İlişkili Faaliyetleri Desteklemek." Acaba yardımsever Fransız gazeteciler, Türkiye'deki hangi gazetecilere yardım sağlamış ve basın özgürlüğüyle ilgili ne tür faaliyetleri desteklemişler dersiniz?

AB, katılım sürecinde üyelik müzakerelerine başladığı ülkelere parasal destek veriyor. Bunda anormal hiçbir durum yok. Ancak Avrupa Birliği Türkiye'de para dağıtmaya müzakere tarihi verilmeden 10 yıl önce; 1995'te başladı. Avrupa Birliği'nin üyelik müzakeresine alınıp alınmayacağı belli bile olmayan bir ülkeye milyonlarca Avro vermesini ben manidar buluyorum. Hele ki birlik üyesi ülkelerde 50 milyon insan fakirlik sınırında yaşarken "Trabzon'da sekreter becerilerinin geliştirilmesi" ya da "Eruh'ta Ağaç Budama Teknikle-

rinin Anlatılması" için verilen hibeler, akıllarda soru işaretleri bırakıyor.

Öncelikle şunun altını çizelim; AB hibe programlarının Türkiye'deki kurumsal çerçevesinde ciddi sorunlar var. Hibelerin doğurabileceği tehlikeler göz ardı ediliyor! Projeler titizlikle incelenmiyor! Öyle olmasa bugün, ellerinde hazır projelerine müşteri arayan hibe simsarları ellerini kollarını sallayarak aramızda dolaşabilirler miydi? Bu sorunun cevabını az çok kestirebiliyoruz ama en doğrusunu Başmüzakereci'den duymak isteriz. Tabi cevap verirse!

## Kaynakça

- Alain Touraine, *Demokrasi Nedir?*, çev.: Olcay Kunal, 1. baskı, Yapı Kredi Yay., İstanbul 1997.
- Ayferi Göze, *Liberal, Marksist, Faşist ve Sosyal Devlet Sistemleri*, 2. baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980.
- Ayferi Göze, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, 8. baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul 1998.
- Erdoğan Başar, *Sosyalizm Sözlüğü*, Toplum Yay., No: 17, Ankara 1965.
- Francis Sejersted, *Demokrasi ve Hukuk Devleti: İyi Yönetim Çabasındaki Bazı Tarihsel Çelişki Deneyimleri*, çev.: M. Tevfik Gülsoy, e-akademi, sayı 58, Aralık 2006, (19.05.2007 tarihinde <http://www.e-akademi.org/incele.asp? konu=- Demokrasi ve Hukuk Devleti: İyi Yönetim Çabasındaki Bazı Tarihsel Çelişki Deneyimleri&kimlik=323124707&url=makaleler/mtgulsoy-1.htm>, adresinden alıntılanmıştır.)
- [http://tr.wikipedia.org/wiki/Irak\\_D%C3%BCnya\\_Mahkemesi](http://tr.wikipedia.org/wiki/Irak_D%C3%BCnya_Mahkemesi), er. tarihi: 25.05.2007
- <http://turkish.cri.cn/chinaabc/chapter2/chapter20206.htm>, erişim tarihi: 25.05.2007
- Hüseyin Özcan, *Asiklopedik Hukuk Sözlüğü*, 6. baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara 1985.
- İlyas Doğan, *Özgürlükçü ve Totaliter Düşünce Geleneğinde Sivil Toplum*, İstanbul, Aralık 2002.
- Kürşat Bumin, *Sivil Toplum ve Devlet (Kuramlar, Deneysel, Arayışlar)*, İstanbul 1982.
- M. Bülent Deniz, "Sivil Toplum Örgütlerinin Yönetime Katılımı" (19.05.2007'de [http://www.hukukcular.org.tr/yazidetay.php?Yazi\\_id=27&yazar=30](http://www.hukukcular.org.tr/yazidetay.php?Yazi_id=27&yazar=30) adresinden alıntılanmıştır.)

Mete Tuncay, *Sivil Toplum*, Sivil Toplum Kuruluşları ve Yasalar-Etik-Deprem 3 Sempozyum/STK Sempozyumları 4, 5, 6: *Sivil Toplum Kuruluşları ve Yasal Çerçeve*, Sivil Toplum Kuruluşları ve Etik, *17 Ağustos Depreminden STK'lar Olarak Neler Öğrendik?*, (Ed.) Zeynel Abidin Kızılyaparak, Türkiye Ekonomik ve Toplumsal Tarih Vakfı, İstanbul 2000.

Muharrem Balcı (Ed.), *Genç Hukukçular Hukuk Okumaları Birikimler – I*, İstanbul: Ekim 2003.

Muharrem Balcı (Ed.), *Türkiye'de STK'ların Zaafı ve Öneriler*, Genç Hukukçular Hukuk Okumaları Birikimler – II, İstanbul 2006.

Norman Barry, *Klasik Liberalizm ve Sivil Toplum*, in. *Sivil Toplum ve Demokrasi*, (Ed.) Lütfi Sunar, Kaknüs Yay., İstanbul 2005.

Nuh Yılmaz, *"Biyoktılar ve Liberalizm: Şiddetin Eleştirisi ve Siyasetin İmkânı"*, Tezkire Dergisi, Yıl 11, Sayı: 24, Ocak-Şubat 2002. (06.04.2007 tarihinde [www.muhamrembalci.com/doc/iktibaslar/biyosiyaseti.doc](http://www.muhamrembalci.com/doc/iktibaslar/biyosiyaseti.doc) sitesinden alınmıştır.)

Ömer Çaha, *Sivil Toplum Üstüne ve Sivil Toplum ve Demokrasi*, (Ed.) Lütfi Sunar, Kaknüs Yay., İstanbul 2005.

Philippe Beneton, *Toplumsal Sınıflar*, çev.: Hüsnü Dilli, İletişim Yayınları, İstanbul 1991.

Regine Pernoud, *Burjuvazi*, İletişim Yay., İstanbul.

Şehmus Diken, Pusula.tv'de Yapılan Röportaj'dan, (7.02.2007 tarihinde <http://www.stgm.org/docs/1142330616seyhmsudiken-roportaj.doc> adresinden alıntılanmıştır.)

Şeref Gözübüyük, *Yönetmelik Yargı*, 6. bası, Ankara 1983.

Tom Bottomore (Yayın Yönetmeni), *Marksist Düşünce Sözlüğü*, çeviriyi derleyen: Mete Tuncay, 3. Baskı, İstanbul 1997.

Tufan Erhuman, AÜHFD, 2000.

Vehbi Bayhan, *Türkiye'de Sivil Toplum Örgütleri, Demokrasi ve Patronaj*, ve *Sivil Toplum ve Demokrasi*, (Ed.) Lütfi Suna, Kaknüs Yay., İstanbul 2005.

Yıldırım Türker, *Irak Dünya Mahkemesi*, <http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=143484>, erişim tarihi. 25.05.2007



# Medeni Muhakeme Hukuku'nda İstinaf Kanunyolu

Münevver Kübra BAKIRCI



## GİRİŞ

**H**ak arama özgürlüğü ve adil yargılama hakkı çerçevesinde önemli bir fonksiyon icra edebilecek olan istinaf kanunyolu mekanizması, 5236 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun ve 5235 Sayılı Adli Yargı İlk Derece ve Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun ile Türk Medeni Muhakeme Hukuku'nda yürürlük kazanacaktır.

Gerekli eleman temini ve alt yapı çalışmaları için Haziran 2007'de yürürlüğe girmesi arzulanan istinaf kanunyolu, henüz yürürlüğe girememiştir. Bu aradönemler, mekanizmaları daha iyi tanımak için birer fırsat olarak görülebilir. Bu çalışma, bu düşüncelerle istinaf kanun yolunu esas alan bir çalışma olarak Genç Hukukçular Hukuk Okumaları Grubu'na sunulmuştur..

Çalışma üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölüm, kanunyolu kavramını genel olarak incelemekte; ikinci bölüm, istinaf kanunyolu muhakemesini ortaya koymakta; üçüncü bölüm ise istinaf muhakemesi karşısında temyizle genel itibariyle yer vermektedir. Esas inceleme sahamız, istinaf kanunyolu muhakemesi olup, diğer bölümler derinliğine inilmeksizin inceleme kapsamına alınmıştır.

## KANUNYOLU KAVRAMI

### 1. Genel Olarak

Özel hukukta bireyin diğer bir bireye yönelik iddiası üzerinden uyuşmazlığı yargılama makamı önüne götürmesi ile medeni muhakeme faaliyeti başlamaktadır. Bireyin uyuş-

mazlığı mahkeme nezdinde dile getirmesi ile başlayan medeni muhakeme süreci, bireyin hakkının korunması, tespiti ve somutlaştırılması temel amacına yönelmektedir. Bu temel amaçla birlikte hukuki düzen ve barışın sağlanması, adaletin tesisi gibi tali amaçlar da gerçekleşmektedir.<sup>1</sup>

Hakkın korunması talebi ile başlayan muhakeme faaliyetinde öyle bir noktaya gelinir ki, uyuşmazlık o noktada kesin hüküm ile kesilip atılır. İşte belli bir amacı olan muhakeme faaliyetinin hangi noktada kesileceği önem arz etmektedir. Uyuşmazlık, mutlaka bir noktada sonlandırılmalıdır. Çünkü uyuşmazlık, bir iddia ile mahkeme önüne getirilir ve iddia da belirsizlik içerir. Şüphesiz, belirsizlik hali ise bireylerin hür ve sorumlu olarak karar verebilmeleri için aranan berrak ilişki ortamını zedeler.<sup>2</sup> Bu zedeleyici durum, hukuki emniyet ve düzene, hukuki barışa da zarar verir. İddia şeklinde mahkeme nezdinde dile getirilen uyuşmazlık, antitez konumundaki savunma ile birlikte değerlendirilerek, muhakeme edilerek çözüp atılır. Böylece uyuşmazlık, bir

<sup>1</sup> Medeni muhakemede amaç unsuru için bkz.: Sema Taşpınar, *Medeni Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu*, s. 759-787; Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku*, s. 1-16; H. Yavuz Alangoya-M. Kamil Yıldırım-Nevhis Deren Yıldırım, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, s. 26-31; Hakan Pekcanitez-Oğuz Atalay-Muhammet Özekes, *Medeni Usul Hukuku*, s. 39-42. Medeni muhakemenin amacı açısından Taşpınar, hakların korunması, tespiti veya gerçekleştirilmesi görüşünü; Üstündağ, özel hakların korunmasını; Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, gerçeğe ulaşmak görüşünü; Pekcanitez-Atalay-Özekes, subjektif hakların gerçekleşmesini temel amaç olarak benimsemekte, tali amaçların varlığından da söz etmektedir.

<sup>2</sup> Bkz.: Wolfram Henckel, *Yargılama Hukuku Kurallarının Adalet Değeri Üzerine*, (Çev.: Ergun Önen), S. 1-4, Yıl 1969, s. 243.

daha dile getirilemeyecek şekilde sona erdirilir.

Peki kesin hükme hangi noktada varılır? Bir yanda bireyin haklarının korunması talebi, diğer yanda bireyin ve toplumun hukuki emniyet ihtiyacı. Bu iki ihtiyaç arasında, iki hak arasında dengeyi sağlamak için yerel mahkeme hükümlerine karşı belli bir dereceye kadar kanun yolu mekanizmaları tanınmaktadır. Çünkü yargılama makamını oluşturanlar da birer insandır ve yanılma, hata yapma ihtimalleri her zaman mevcuttur. Her zaman için yargılama makamında bulunan bireylerin, faaliyetlerinin sınırını çizen hukuka aykırı davranma ihtimalleri mevcuttur. Bu ihtimal üzerinden doğabilecek şüpheleri bertaraf etmek için kanun yolu mekanizmaları kabul edilmektedir. Bu mekanizmalar ile şüpheler belki tamamen bertaraf edilemez. Fakat belirlilik, hukuki emniyet ihtiyacı, hakkı koruyacak karara ulaşmak için bütün garantilerin sağlanmış, gayretin gösterilmiş olmasını yeterli kabul etmektedir.

## 2. Kanun yolu Tanımı

Yargılama faaliyetinde uyuşmazlığın çözümlenmesine ilişkin hükümlerde olası hukuki yanılma ihtimaline karşı başvuru imkânı olarak kanun yolu kavramını geniş ve dar anlamda incelemek mümkündür.

**Geniş anlamda kanun yolu:** uyuşmazlığa ilişkin olarak yürütülen muhakeme faaliyeti sırasında, yargılama makamınca verilen hükümlere karşı tanınan bütün başvuru yollarını, hukuki çareleri ifade etmektedir.<sup>3</sup>

**Dar anlamda kanun yolu** tanımlaması ise, her ülkenin yerel mahkeme-kanun yolu yapılanması ile yakından ilgili olmaktadır. Türk Medeni Muhakeme Hukuku'nda kanun yolu kavramının, yargılama makamı kararının kesinleşmesini erteleyici (erteleyici etki) ve üst

derece yargılama makamınca incelenmesi (geliştirici etki) şeklinde iki ayırt edici özelliğinin bulunduğu vurgulanmaktadır.<sup>4</sup> Bu çerçevede de dar anlamda kanun yolu; yargılama makamı kararının kesinleşmesini engelleyerek, kararın üst derece yargılama makamınca incelenmesi ve bertaraf edilmesini öngören hukuki çaredir. Türk Medeni Muhakeme Hukuku'nda bu tanıma uyan kanun yolları temyiz ve yürürlüğe girmesi halinde de istinaftır.

Tanımlardan da anlaşılacağı üzere kanun yolu kavramının varlık sebebi, yargılama makamı faaliyetleri ve bu faaliyetlerin somutlaşma noktası kararlardır.

## 3. Kanun yolu Çeşitleri

Kanun yolları çeşitli kriterler üzerinden ayrımlara tabi tutulmaktadır.

**Erteleyici Etki Açısından:** Erteleyici etki; iptal edilen hükmün sahip olabileceği etkilerin ortaya çıkmasını önlemek demektir.<sup>5</sup> Erteleyici etki, kesin hüküm oluşumunu ve/veya hükmün icra yeteneğini önleme şeklinde görünüm kazanmaktadır.<sup>6</sup>

**Geliştirici Etki Açısından:** Geliştirici etki; yargılama makamı kararının incelenmek üzere bir üst derece yargılama makamına aktarılması demektir.<sup>7</sup>

**Olağan-Olağanüstü Kanun yolu:** Henüz kesinleşmemiş yargılama makamı kararlarına karşı açık olan kanun yolu olağan, kesinleşmiş kararlara yönelik kanun yolu ise olağanüstü kanun yolu olarak adlandırılmaktadır.<sup>8</sup>

**Tam-Sınırlı Kanun yolu:** Tam kanun yolu; belirli bir kanun yolu sebebi veya olay ikamesine dayanılmaksızın uyuşmazlık hakkında yeniden karar verilebilen kanun yolunu ifade

<sup>3</sup> Bkz.: Mustafa Reşit Belgesay, "*Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi*", C. II, s. 349 vd; Baki Kuru-Ramazan Arslan-Ejder Yılmaz, "*Medeni Usul Hukuku*", s. 717 vd; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 523 vd; M. Kamil Yıldırım, "*Hukuk Devletin Gereği: İstinaf*", s. 2. Geniş anlamda kanun yolu tanımlaması için Türk Medeni Muhakeme Hukuku içerisindeki kanun yolları açısından en geniş örnekleme Belgesay tarafından temyiz, muhakemenin yenilenmesi, eski hale iade, tazvih, hâkimin sorumluluğu şeklinde yapılmaktadır.

<sup>4</sup> Üstündağ, s. 816-817; Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 479-480; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 524. Alman Hukuku'ndaki tanımı için bkz.: Yıldırım, s. 2.

<sup>5</sup> Salis, "*P.von: Probleme des Suspensiveffektes von Rechtsmitteln im Zivilprozess- und Schuldbetreibungs- und Konkursrecht*", Diss, Zürich 1980, s. 2-3'ten naklen Yıldırım, s. 35.

<sup>6</sup> Geniş bilgi için bkz.: Yıldırım, s. 35-41.

<sup>7</sup> Geniş bilgi için bkz.: Yıldırım, s. 41-44.

<sup>8</sup> Geniş bilgi için bkz.: Yıldırım, s. 44-45.

etmektedir. Sınırlı kanunyu ise belirli kanunyu sebeplerine, belirli olay ikamelerine dayanılarak uyuşmazlık hakkındaki yargılama makamı kararının hukuka uygunluğunu denetleyen kanunyu olmaktadır.<sup>9</sup>

**Nakzedici-Düzeltici Kanunyu:** Kanunyu yargılama makamının kararına göre yapılan ayırimda kanunyu yargılama makamı, inceleme konusu kararı iptal etmek, ortadan kaldırmak suretiyle uyuşmazlık hakkında karar vermemekte ise nakzedici kanunyolundan; inceleme konusu kararı düzelterek uyuşmazlık hakkında karar verme söz konusu ise düzeltici kanunyu kavramından bahsedilmektedir.<sup>10</sup>

#### 4. Kanunyolunun Hukuki Niteliği

##### a. Hukuki Nitelik

Kanunyolunun hukuki niteliği çerçevesindeki tartışmalar, kanunyu talebinin bir anayasal hak, yargısal temel hak<sup>11</sup> olup olmadığı yönünde gerçekleşmektedir. Kanaatimce aslında bütün haklar, Anayasal hak niteliğine sahiptir. Dolayısıyla söz konusu soru, kanunyu talep imkânının, hukuk tarafından koruma altına alınan bir hak olup olmadığı noktasında düğümlenmektedir. Bu alanda Alman hukuk doktrini ve Alman Anayasa Mahkemesi'nin kararları ile Türk hukuk doktrini ve Türk Anayasa Mahkemesi'nin kararlarını karşılaştırmamızın faydalı olacağı kanaatindeyim.

Alman Anayasa Mahkemesi, bu konudaki ilk kararında<sup>12</sup> Anayasa Art. 103/I'de ifade edilen "hukuki dinlenilme hakkı"nın mutlaka bir kanunyu tanınması yolundaki talebe temel teşkil etmeyeceği, her hukuki uyuşmazlığın bir sonunun olması gerektiğini ifade etmektedir. Başka kararlarda da Anayasa Art.

19/IV hükmünün<sup>13</sup> "hâkim vasıtası ile himaye sağladığı, hâkime karşı bir himayenin söz konusu olmadığı"<sup>14</sup>; "hukuk devleti" ilkesinden "etkili hukuki himaye" sağlanmasının çıkarılabileceği, bunun da ihtilaf konusunun maddi ve hukuki açıdan etraflı bir incelemesi ve hâkim tarafından bağlayıcı bir şekilde karara bağlanması ile mümkün olacağı, bir kanunyu sağlanmasının bu yolda olmayacağı, böyle bir gereğin Anayasa Art. 95 hükmünden<sup>15</sup> de çıkarılamayacağı<sup>16</sup> ifade edilmektedir.

Alman medeni usul doktrinin çoğunluğunun Alman Anayasa Mahkemesi kararları doğrultusunda kanunyu talep imkânının anayasal bir hak olmadığı yönünde olduğu belirtilmektedir.<sup>17</sup> Alman Anayasası madde 19/IV'teki "kamu gücü" kapsamı içerisine, yargı gücünün girmeyeceği, bu hükmün "hâkim vasıtası ile himaye sağladığı, hâkime karşı himaye sağlamadığı" ifadesi kullanılan gerekçelerdendir.<sup>18</sup> Alman Anayasası madde 103/I'de yer alan "dinlenilme hakkı"nın kapsamına mahkemelerin derecelendirilmesi hususunda bir talebin yer almayacağı hâkim fikir olarak belirtilmektedir.<sup>19</sup> Alman Anayasası madde 95'te yüksek mahkemelerin sayılmasından dereceli yargılama talep hakkının anayasal hak olduğunun iddia edilemeyeceği ifade edilmektedir.<sup>20</sup>

Bahsedilen bu görüşler yanında kanunyu talep imkânını anayasal bir temele oturtmaya çalışan müellifler de mevcuttur.

**Lorenz;** Anayasa madde 97 gereği hâkimlerin kanunlara bağlı olarak hüküm vereceklerini, bu hususun sağlanması bir kontrol siste-

<sup>9</sup> Bkz.: Yıldırım, s. 45-50.

<sup>10</sup> Bilgi için bkz.: Yıldırım, s. 50-53.

<sup>11</sup> Kavram için bkz.: Atalay, s. 437 vd.

<sup>12</sup> Bkz.: Yavuz Alangoya, "Kanun Yolunun Anayasal Temeli ve HUMK Madde 427 Hükmü İle Kanun Yolu Kapatılmış Olan Kararlara Karşı Kanun Yoluna Müracaat İmkânı", Baki Kuru'ya Armağan, s. 21, dipnot 12.

<sup>13</sup> Art 19/IV hükmü: "Kamu gücü tarafından hakları ihlal edilen herkese yargı yolu açıktır. Bir diğer yetki tesis edilmiş olmadıkça olağan yargı yolu mevcuttur. Madde 10 f.2 cümle 2 hükmü saklıdır."den naklen Alangoya, s. 21.

<sup>14</sup> Bkz.: Alangoya, s. 21, dipnot 13.

<sup>15</sup> Art 95 hükmü için bkz.: Alangoya, s. 20, dipnot 11. Burada Art 95'in sadece yüksek mahkemeleri saydığı ifade edilmektedir.

<sup>16</sup> Bkz.: Alangoya, s. 21, dipnot 15.

<sup>17</sup> Bkz.: Alangoya, s. 22, dipnot 21; Yıldırım, s. 17.

<sup>18</sup> Alangoya, s. 22, dipnot 18.

<sup>19</sup> Alangoya, s. 22, dipnot 19.

<sup>20</sup> Alangoya, s. 22, dipnot 20.

mi ile mümkün olur ve bu sistem yargının özelliği sebebiyle yargı içi bir kontrolle yapılmak gerekir; bu da yargı içinde bir derecelendirme yapılması sonucuna götürecektir, şeklinde ifade etmektedir.<sup>21</sup>

**Vosskuhle;** devlet iktidarının eylem veya işlemi sonucu hakkının ihlal edildiği iddiasında olan bir kimsenin, yargı makamlarına başvurabilmesinden hareket etmektedir. Yazar; hâkimin hüküm verme eylem ve işleminde devlet iktidarı kullandığını, hüküm sebebiyle hakkının ihlal edildiği iddiasındaki kişinin de bu hüküm için mahkemeye başvurabileceğini ifade etmektedir.<sup>22</sup> Yani yazar da Alman Anayasası madde 19/IV çerçevesinde durumu izah etmektedir.

**Gilles;** mahkeme kararlarına karşı kontrol imkânı tanınmasının, anayasal bir gereklilik olduğu sonucuna, Alman Anayasası'nın 19/IV. madde hükmünden veya genel hukuk devleti ilkesinden hareketle varılamayacağını belirtmektedir. Yazar; burada, dereceli yargılama sisteminin sosyal hukuk devleti içerisinde ne gibi bir rol üstlendiği hususunun üzerinde durulması gerektiğine işaret etmektedir.<sup>23</sup> Yazara göre; dereceli yargılamaya, hukuki himaye arayanın, kendisine yanlış görünen kararları kontrol etme düşüncesi üzerinden yaklaşırsa, dereceli yargılama, sosyal hukuk devleti icabı kabul edilmek zorunda kalınacaktır.<sup>24</sup>

Bir grup yazar; Alman Anayasası Art. 95'in yüksek mahkemelere yer verdiğini, "eşitlik" ilkesi gereği herkese müracaat imkânı tanınması gerektiğini savunur.<sup>25</sup>

Alman doktrini dışında Yunan doktrininden **Kalamaris**'in açıklamalarını aktarmayı uygun görmekteyim. Kalamaris, Alman hukuku ile paralel hükümlere tabi Yunan Hukuku'nda içtihatların, kanunyolu bakımından bir anayasal garanti bulunmadığı yönünde olduğu, doktrinin de bu konuda bölündüğünü belirtmektedir. Ardından da kendi görüşünün, kanunyolunun anayasal bir dayanağının bulunduğu yönünde olduğunu ifade etmektedir.<sup>26</sup> Yazara göre devlet fonksiyonlarının kontrolü demokratik hukuk devletinin ayrılmaz bir parçasıdır, kontrol de yargının özelliği gereği kendi içinde yapılacaktır. Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7. Protokolü'nde ceza işleri için garanti edilen kanunyolunun kıyas yapılmak suretiyle hukuk işleri için de garanti edildiği kabul edilebilecektir.<sup>27</sup>

Türk hukukunda dereceli yargılamanın anayasal gerek olup olmadığı yönündeki tartışmaların daha çok, "temyiz"e ilişkin kısıtlamaların Anayasa'ya aykırılığı iddiası ile konuyu inceleyen Anayasa Mahkemesi kararından hareketle yapıldığı görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi, Türk hukuku çerçevesinde kanunyollarının anayasal bir temeli olup olmadığı yönündeki tartışmaların odak noktası kararında;<sup>28</sup>

"Yasakoyucu, itiraz konusu kuralla, miktar veya değeri yüz bin lirayı geçmeyen taşınır mal ve alacak davalarına ilişkin nihai kararların kesin olmasını davaları süratlendirmek ve Yargıtay'ın iş yükünü hafifletmek düşüncesi ile kabul etmiş, bu kararların bir kere de Yargıtay tarafından incelenmesinde kamu yararı görmemiştir. Kaldı ki, Anayasa'da bütün mahkeme kararlarının bir ayırım gözetilmeksizin üst mahkemeden geçmesini zorunlu kılan bir hüküm de mevcut değildir. Esasen yargı denetiminde sonsuzluk, hiçbir zaman söz konusu olamaz, bir yerde kesilmesi gerekir."

<sup>21</sup> D. Lorenz, *Der rechtsschutz der Bürgers und die Rechtsweggarantie*, 1973, s. 188 vd'den naklen Alangoya, s. 23.

<sup>22</sup> Vosskuhle, *Erosionserscheinungen des Zivilprozessualen Rechtsmittelsystems*, 1377-1384'ten naklen Alangoya, s. 24.

<sup>23</sup> Gilles, *Rechtemittelreform im Zivilprozess und Verfassungsrechtsaspekte einer Rechtsmittelbeschreankung*, JZ 1985, s. 259'dan naklen Alangoya, s. 23; bkz.: Yıldırım, s. 18-19.

<sup>24</sup> Gilles, s. 259'dan naklen; Alangoya, s. 23.

<sup>25</sup> Schilken, *Gerichtsverfassungsrecht 2. Auflage*, 1993, no. 106 (s. 63); Gottwald, *Gutachten A 10. Schilken*, no. 99, 145'ten naklen, Yıldırım, s. 20-21.

<sup>26</sup> Kalamaris, *Das Prozessuale Grundrecht auf Justizgewährung, Festschrift für Karl Heinz Schwab*, 1990, s. 269-276'dan naklen, Yıldırım, s. 22 ve Alangoya, s. 24.

<sup>27</sup> Kalamaris, s. 276'dan naklen, Yıldırım, s. 22 ve Alangoya, s. 24.

<sup>28</sup> Anayasa Mahkemesi Kararı T:20.01.1986, E: 1985/23, K: 1986/2 (AMKD, S: 22, Yıl 1987, s. 12 vd.)



şeklindeki kararının ardından, idari para cezalarına itiraz üzerine idare mahkemesince verilen kararın kesin olduğu yönündeki hükmün incelenmesi neticesinde verdiği yeni tarihli bir kararında<sup>29</sup> da;

“Anayasa bütün mahkeme kararlarının temyiz edileceğine ilişkin bir hükmü içermediği gibi öğretide bu yönde bir zorunluluk olduğu kabul edilmemektedir. Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin kararları da, kamu yararı gerektirdiğinde ve hukuk devleti ile bağdaşmayacak sonuçlara yol açma olasılığının bulunmadığı durumlarda kimi kararlar için kanun yoluna başvurunun önlenebileceği yönündedir. Yargı denetiminde sonsuzluk söz konusu olamayacağından bunun bir yerde kesilmesi gerekir. Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlükler, kamu yararı ile sınırlanabilir. İtiraz konusu kuralla, kanun yoluna başvurulmasına olanak veremeyecek şekilde hak arama özgürlüğüne kamu yararı amacı ile getirilen sınırlamada, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırılık bulunmamaktadır.”

şeklinde bir sonuca varmıştır.

Dikkat edilirse kararlarda, bütün mahkeme kararlarının üst mahkemece incelenmesini gerektiren bir Anayasa hükmü olmadığı, yeni kararda da Anayasa madde 13 çerçevesinde dereceli yargılamanın sınırlanabileceği ifade edilmek suretiyle Anayasa Mahkemesi'nin kanun yolunu, Anayasal bir hak olarak gördüğü yönünde bir ipucu elde edilebilir.

Yine Anayasa Mahkemesi, Anayasa 36, 141 ve 154. maddelerini birlikte değerlendirmek suretiyle, kanun yolu tanımını, kararların Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygunluğunun güvenlik altına alınması olarak değerlendirmiş ve bu şekilde hâkimlerin görevlerinde bağımsız oldukları, Anayasa'ya, kanuna ve vicdanlarına göre karar verecekleri yolundaki Anayasa madde 138/I hükmünün gerçekten uygulama sahası bulduğunu ifade etmektedir.<sup>30</sup> Başka bir kararında Anayasa Mahkeme-

si, kanun yolu sistemi ile tanınan denetim mekanizmasının hak arama özgürlüğü yönünden de güvenceyi pekiştirdiğine işaret etmektedir.

**Öztek;** kanun yolunun amacının onun için öngörülen sınırlamada kaynak teşkil ettiğini, maddi haklılığın temini suretiyle bireysel menfaatlerin korunması amacıyla, miktarın önemsiz olduğu hallerde taraf menfaatinin feda edilebileceğini; içtihat birliğini sağlamak suretiyle kamu yararını ön plana alma halinde ise kural olarak değer açısından bir sınırlama getirilemeyeceği, sınır koymanın yeknesak hukuk uygulamasından vazgeçildiği anlamına geleceğini, pratik sebeplerden dolayı bir sınır gerekli ise bu sınır, hukukun ülke içinde yeknesak uygulanmasını en az zedeleyecek nitelikte olması gerektiğini ifade ettikten sonra, Anayasa Mahkemesi kararında Yargıtay'ın fiili durumu üzerinden incelendiğini, iş yükünü hafifletmek amacıyla getirilen sınırın beklenen sonucu vermediğinin, kalıcı çözüm oluşturamayacağını görülebileceğini belirtmektedir.<sup>31</sup>

**Üstündağ;** Anayasa madde 36 ile hak arama özgürlüğünün anayasal bir hak kılındığı, fakat bu hakkın önünde aranacağı yargı mercilerinin hangileri olduğu, bunların kaç dereceli olması gerektiği konusunda anayasada bir düzenleme bulunmadığı, bunun Anayasa madde 142<sup>32</sup> ile yasakoyucuya bırakıldığı, yasakoyucunun da bu konuda son inceleme merci olarak Yargıtay adı altındaki kurumu tahsis ettiğini, bu son inceleme için de iş yükünü azaltmak kaygısıyla getirilen sınırlamanın üst mahkemeler [istinaf] kurulmadan, mevcut sistem içerisinde dahi hak arama özgürlüğünü koruyucu birtakım tedbirler alınmaksızın kabulünün hak arama özgürlüğünü ağır şekilde ihlal edeceğini ifade etmektedir.<sup>33</sup>

**Ökçesiz;** Anayasa Mahkemesi'nde inceleme konusu olan kanun metninde üst derece yargılaması içi getirilen sınırlamanın, gerekçe de ifade edildiği gibi iş yükünü hissedilir

<sup>29</sup> Anayasa Mahkemesi Kararı T: 23.05.2001, E: 2001/232, K: 2001/89 (AMKD, S. 37, C. 1, Yıl 2002, s. 541 vd.)

<sup>30</sup> Anayasa Mahkemesi Kararı T: 10.07.1990, E: 1989/28, K: 1989/18 (AMKD S. 29, C. 1, s. 10); Anayasa Mahkemesi Kararı T: 24.11.1991, E: 44, K: 53 AMKD S. 27, C. 2, s. 735). Bkz.: Alangoya, s. 32, dipnot 53.

<sup>31</sup> Öztek, s. 62-68.

<sup>32</sup> Anayasa, madde 142: “Mahkemelerin kuruluş, görev ve yetkileri, işleyişi, yargılama usulleri kanunla düzenlenir.”

<sup>33</sup> Saim Üstündağ, *Mukayeseli Hukukta Yargıtay Örnekleri ve Türk Yargıtayı*, s. 73- 87.

oranda azaltmayacağını, sınırlama kapsamındaki değer geniş bir halk kesimi için hala dikkate değer olduğunu, yani gerekçede belirtilen “adalet duygularını rencide edecek ölçüde olmadığı” yönündeki ifadelerin olgusal saptamaları yansıtmadığı, bu katı hukuk normu ile hukuk devleti olmanın temel koşullarından sayılması gereken hak arama özgürlüğünün özüne dokunulduğunu ifade etmektedir.<sup>34</sup>

**Yılmaz;** yasayollarına başvurunun hak arama özgürlüğünün ayrılmaz bir parçası olduğunu, anayasal korunma altında olduğunu, bir mahkeme kararının kesin olarak verilmesinin, kanun yoluna başvurma hakkının tanınmamasının hak arama özgürlüğü için çok tehlikeli bir boşluk olduğunu ifade etmektedir.<sup>35</sup>

**Yıldırım;** kanun yoluna başvurma hakkının anayasal bir temeli olduğu, insan haklarına dâhil olduğunun söylenebileceğini ifade etmektedir.<sup>36</sup> Yıldırım’ın görüşünü dayandırdığı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararları’ndan “Hukuki ve Ticari Davalarda Kanun Yolu Sistemleri ve Usulleri İşlevinin Geliştirilmesi” Hakkındaki 5 Sayılı Tavsiye Kararı’nda, daha önce İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi’nin 7. Protokolü’nde taraflara ceza davasında verilmiş bir hükmün yüksek mahkemece yeniden incelenmesi gereğinin, kanun yoluna başvuru imkânının hukuki ve ticari davalar için de geçerli olacağı, I Genel İlkeler Bölümü altında tek bir maddeden ibaret Adli Denetim Hakkı başlığı içerisinde, ilke olarak ilk derece mahkemesi kararlarının ikinci derece mahkemesi denetimine tabi olacağı şeklinde ifade edildiği belirtilmektedir.<sup>37</sup>

**Alangoya;** Alman Anayasa Mahkemesi ile Türk Anayasa Mahkemesi kararlarını karşılaştırdığı incelemesinde Türk Anayasası’nın, mahkeme kararlarının hukuka uygunluğunun kontrolü hususunu hak arama özgürlüğünün

bir unsuru olarak kabul etmiş olduğunu belirtmektedir.<sup>38</sup>

**Sivrihisarlı,** yasa önünde eşitlik ilkesinin yüksek bir yargı organının varlığını gerekli kıldığını ifade etmektedir.<sup>39</sup> Böyle bir organ sayesinde hukukun herkes için aynı biçimde uygulanması gereği yerine getirilebilir<sup>40</sup>, demektedir.

Bütün bu açıklamaların ardından şu sonuca ulaştığımı belirtmek istemekteyim:

Anayasa madde 36/I, hak arama özgürlüğünü garanti etmekle birlikte “anayasa” olmanın verdiği nitelik gereği bu hakkın içeriğini açıklamaktan kaçınmıştır. Bu hakkın içeriğini belirleme biz hukukçulara düşen bir görevdir. Hak arama özgürlüğü; bireyin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez bir hak olup, bireyin kendi özgürlük sahasına yapıldığına inandığı müdahale sonucu ortaya çıkan uyuşmazlık karşısındaki haklı duruşu, bağımsızlığının ifadesi olmaktadır. Ayrıca hak arama özgürlüğü, özgürlük sahasına yönelik müdahaleler karşısında hukukun duruşunu sergilemesi sebebiyle toplumun hukuka olan güvenini perçinler ve düzen ve barış sağlayıcı bir role bürünür. Dolayısıyla hak arama özgürlüğünü ne kadar geniş yorumlarsak “hukuk”, o derece ideal anlamına ulaşır.

Yürütme ve yasama organları ile bireylerin, bir bireyin özgürlük sahasına, temel haklarına yönelik müdahalelerine hukuki korunma vasıtası sağlanırken, yargı organının olabilecek müdahalelerine —hatalı kararları bir tür müdahale sayarsak— karşı hukuki korunma vasıtası tanımamak doğru bir eylem olmaz kanaatindeyim. Dolayısıyla dereceli yargılama, kanun yolu yargılaması, yargılama makamının hem maddi nitelendirme hem de hukuki nitelendirme faaliyetlerinde bulunması gözetilerek her iki alana yönelik olarak tanınmalıdır. Ayrıca Anayasa madde 154/I’de “Yargıtay, adliye mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir adli yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir” de-

<sup>34</sup> Hayrettin Ökçesiz, “Yargıtay’ın İşyükünün Hafifletilmesinin Bir Aracı Olarak HUMK’nun 427. Maddesi Üzerine”, Hukuk Araştırmaları, s. 75-78.

<sup>35</sup> Ejder Yılmaz, “Hukuk Davalarında Yasayollarına Başvuru Hakkı ve Bu Hakkın Sınırlandırılmasının Yerinde İlgî Sorunu”, s. 131 vd.

<sup>36</sup> Yıldırım, s. 23.

<sup>37</sup> Yıldırım, s. 96.

<sup>38</sup> Alangoya, s. 29-33.

<sup>39</sup> Ömer Sivrihisarlı, “Hukuk Yargılamasında Maddi Hukuka İlişkin Temyiz Nedenleri ve Yargıtay Denetiminin Kapsamı”, s. 3.

<sup>40</sup> Schupbach, s. 21-22’den naklen, Sivrihisarlı, s. 3.

mek suretiyle hak arama özgürlüğü adına yargılama makamı kararlarına karşı hukuki korunma vasıtası tesis ettiğini ilan etmektedir. Ayrıca birbirine benzeyen uyuşmazlıklarda Anayasa madde 10'da ifade edilen "*kanun önünde eşitlik*" ilkesinin tezahürü olarak birbirine benzeyen kararlar verilmesi gereği, hukuki denetimi gerekli kılmaktadır.

Özetlemek gerekirse, kanun yoluna başvuru imkânı, anayasal bir hak olarak varlık kazanmaktadır.

### b. Hukuki Niteliğin Sonuçları

Kanun yoluna başvuru imkânını anayasal bir hak olarak değerlendirmemiz, onu yargısal bir temel hak olarak görmemiz, birtakım güvencelerin varlığını gerektirmektedir. Bu hakka yönelik her türlü müdahalenin, sınırlamanın Anayasa'nın çizdiği sınırlar dâhilinde yapılmasını gerektirmektedir. Anayasa madde 13, "*Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması*" başlığı altında temel haklara ilişkin sınırlamaların sınırını çizmektedir. İlgili maddeye göre;

"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyet'in gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

"Kanunla sınırlama", "Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olma", "demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyet'in gereklerine uygun olma" kavramlarının içeriğini doldurma hususunu anayasa hukukçularına bırakarak, "özlerine dokunulmaksızın" ve "ölçülülük ilkesi"ni kısaca açıklayalım.

Ölçülülük ilkesi ile öze dokunmama ilkeleri birbirinin tamamlayıcısı olup, bir amaca ulaşmak için kullanılan vasıtaların amacı gerçekleştirmeye elverişli olması, aracın bu amaç için gerekli ve zorunlu olması, araç ile amaç arasında dengeli bir oran ilişkisini taşıması gerektiği<sup>41</sup>, bir hakkı kullanılamaz hale getirmemesi, özgürlüğü anlamsız kılacak, asli

çekirdeğini zedeleyecek nitelikte olmaması gerektiği<sup>42</sup> ifade edilmektedir.

"Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak" ifadesi karşısında dereceli yargılamanın çıkış noktası olarak belirlediğimiz Anayasa madde 36/1'de özel sınırlama sebeplerine yer verilip verilmediğine baktığımızda "adil yargılanma hakkı" karşımıza çıkmaktadır.

"Adil yargılanma hakkı" Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 6'da ifade edilmekte olup, I. fıkrada yer alan "...*mâkul sürede yargılanmayı talep edebilme*"<sup>43</sup>, hak arama özgürlüğüne getirilen özel sınırlama sebebi olmaktadır. Ayrıca Fazıl Sağlam; bir eylemin nesnel bağlantı halinde olduğu Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlük yanında aynı Anayasa'da güvence altına alınmış başka temel hak ve özgürlükler alanıyla çatıştığı oranda, pratik uyum ilkelerinin sonucu olarak yasal sınırlamadan bağımsız ayrı bir sınırlamaya maruz kalacağını ifade etmektedir.<sup>44</sup>

Bunun yanında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin "Adaletin İşleyişini İyileştirmeye Yönelik Medeni Usul İlkeleri" Konulu Tavsiye Kararı'nda yedinci ilke, "*Kanun yollarının kötü niyetli kullanılmasını durduracak tedbirlerin alınması gerekmektedir.*" şeklinde tercüme edilmektedir.<sup>45</sup> Bu yedinci ilkenin gerekçesinde alınabilecek tedbirlere örnek olarak, kanun yoluna müracaatın bir merciin iznine tabi olmasını, haksızlığı aşikâr olan müracaatların reddedilmesini vermektedir. Özetle ten edindiğimiz bilgiye göre daha önce aynı Komitenin verdiği "Adaletin Yerine Getirilmesini Kolaylaştırma Çarelerine İlişkin Yedi Sayılı Tavsiye Kararı"nın 10. ve 15. ilkeleri, özellikle dava konusunun değerinin az olduğu veya davayı uzatmak niyetiyle kanun yollarına mü-

<sup>41</sup> Anayasa Mahkemesi Kararı T: 23.6.1989, E: 1988/50, K: 1989/27 (AMKD S. 25, C. Y., s. 312).

<sup>42</sup> H. T. Fendoğlu, 2001 "*Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması Sempozyumu*", s. 178-213'ten naklen, Alangoya, s. 36.

<sup>43</sup> Geniş bilgi için bkz.: A. Şeref Gözübüyük-A. Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, s. 265-323.

<sup>44</sup> Fazıl Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, Ankara 1982, s. 49. Geniş bilgi için bkz.: Sağlam, s. 28-109.

<sup>45</sup> Selçuk Özbek, *Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin "Adaletin İşleyişini İyileştirmeye Yönelik Medeni Usul İlkeleri"*, s. 9 vd.

racaatları önlemek gerektiği zaman, sınırlamaları gerekli görmektedir.<sup>46</sup> Tavsiye kararı, kanunyollarına kötü niyetli müracaatları önlemek için, ilk derece mahkemelerinin kararlarının geçici icrası ile hükümle ödenmesi gereken meblağlara piyasada yürürlükte olan faiz oranlarının uygulanması şeklinde iki çare de önermektedir.<sup>47</sup> “Hukuki ve Ticari Davalarda Kanunyolu Sistemleri ve Usulleri İşlevinin Geliştirilmesi” Hakkındaki Tavsiye Kararı’nda Adli Denetimde Sınırlamalar başlıklı bölümde yer alan 3. madde, yargılamada etkinliği sağlamak için kanunyolu hakkına getirilebilecek sınırlamalara örnek olarak; malvarlığına ilişkin olup müddeabihi belli bir değeri aşmayan davaların denetim dışı tutulması, denetime gidilebilmesinin bu konuda mahkemece izin verilmesine bağlanması, başvurunun belli bir süreyle sınırlı tutulması, usuli hataların ancak esasa ilişkin inceleme esnasında değerlendirilebilmesi sayılmaktadır.<sup>48</sup> Dolayısıyla anayasal hak niteliğindeki kanunyoluna başvuru hakkına yönelik sınırlamalar, ancak Anayasa çerçevesinde yapılmalı halinde meşru kabul edilecektir.

## İSTİNAF KANUNYOLU

### 1. Genel Olarak

#### a. İstinaf Kanunyolu Tanımı

İstinaf kavramı Arapça kökenli bir kelime olup sözlükte “bir işe yeniden başlama, bir işi yeniden ele alma” anlamlarına gelmektedir.

Teknik açıdan istinaf kanunyolu kavramı, klasik tanımı üzerinden, yerel mahkeme tarafından gerçekleştirilen muhakemeden tamamen bağımsız olarak, yeni olay ve delillerin, olay ve delillerdeki değişikliklerin herhangi bir sınırlamaya tâbi olmaksızın muhakeme edilerek uyuşmazlığın yeniden ele alınması ve uyuşmazlık hakkında yeni bir karar verilmesi sürecini ifade etmektedir.<sup>49</sup> Yani yerel mah-

kemede dile getirilen uyuşmazlık, istinaf kanunyolu muhakemesinde yenilenmektedir. Yerel mahkemece değerlendirilen olay ve deliller, yenilerin ilavesiyle tekrar değerlendirme kapsamına alınmaktadır. Bu sebeple istinaf kanunyolu yargılama makamına “*olay mahkemesi*” denilmekte idi.

Fakat istinaf kanunyolunda bütün delillerin tekrar muhakeme edilmesi, uyuşmazlık konusu olay ile muhakeme arasında geçen zamanın da tesiri ile değerlendirmelerin bireysel hakları yeterli ölçüde koruyabilecek nitelikte olmayacağı gerekçesiyle “*dar anlamda istinaf tanımı*” geliştirilmiştir. Dar anlamda istinaf kanunyolunda yerel mahkemece gerçekleştirilen muhakeme tamamen tekrarlanmamakta, yerel mahkeme kararı belli noktalardan değerlendirilmektedir. Dar anlamda istinaf kanunyolu; hukuk düzenince kabul edildiği ölçüde yeni iddia ve savunma sebeplerinin de ileri sürülmesi suretiyle yerel mahkeme kararının, uyuşmazlığın sübutu hakkındaki maddi değerlendirme ve olaya hukuku uygulaması şeklindeki hukuki değerlendirme açılarından muhakeme edilmesini ifade etmektedir.

#### b. İstinaf Kanunyolu Çeşitleri

İstinaf kanunyolu, yukarıda verdiğimiz tanımlardan da anlaşılacağı üzere esas olarak iki temel ayrım üzerinden incelenmektedir. Bu ayrım, istinaf kanunyolunda gerçekleştirilen muhakemenin içeriğine göre tam ve sınırlı istinaf şeklinde olmaktadır. Bunun yanında kanunyolları için yukarıda belirttiğimiz kıstaslar üzerinden de ülkeler nezdinde çeşitli istinaf sistemleri ortaya çıkmaktadır.<sup>50</sup>

##### 1) Tam İstinaf

Tam istinaf, belirli bir istinaf sebebi veya olay ikamesine dayanılmaksızın uyuşmazlık hakkında yeniden karar verilebilen istinaf kanunyolunu ifade etmektedir. Tam istinaf kanunyolu sistemine yerel yargılama makamının muhakeme faaliyetinin somutlaştığı kararına ilişkin olarak gidilmektedir. Yani ilgiliyi kanunyolu muhakemesine sevk eden uyuşmazlığın sebebi, karardır. Fakat kanunyolu muhakemesi, söz konusu yargılama ma-

<sup>46</sup> Öztekin, *Tavsiye Kararı*, s. 15.

<sup>47</sup> Öztekin, *Tavsiye Kararı*, s. 15-16.

<sup>48</sup> Yıldırım, s. 97.

<sup>49</sup> Bkz.: Ejder Yılmaz, *İstinaf*, Yetkin Yayınları, Genişletilmiş 2. baskı, s. 21; Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 722.

<sup>50</sup> Geniş bilgi için bkz.: Yıldırım, s. 35-55.

kamı kararı üzerinden gerçekleşmemektedir. Tam istinaf kanunyolu muhakemesinde, yerel mahkemede dile getirilen uyuşmazlık, tekrar açılmaktadır. Üst derece yargılama makamınca, tamamen yeni bir usul kesiti açılmakta, ilk derece mahkemesinden bağımsız olarak uyuşmazlık hakkında muhakeme yapılmaktadır.<sup>51</sup> Yani bireyler arasındaki hukuki uyuşmazlık, yenilenmektedir.<sup>52</sup> Uyuşmazlığa ilişkin olarak her şey yeni baştan ve ikinci bir olay mahkemesi gibi değerlendirme yapılmaktadır.<sup>53</sup>

İlk derece mahkemesi önüne getirilen uyuşmazlığa ilişkin olarak başlayan bu yeni süreçte, dava malzemelerini tamamlama ve yenileme imkânı da tanınmaktadır.<sup>54</sup> Böylece tam istinaf kanunyolu ile sadece ilk derece yargılama makamı kararındaki hata veya hata ihtimali değil, taraf hataları da bertaraf edilme imkânı bulmaktadır.

Tam istinaf kanunyolu çeşidi, muhakemenin ağırlık noktasını ikinci derece muhakemeye çekmesi, ilk derece muhakemesini işlevsiz bırakması sebepleri ile eleştirilmektedir. Bu çerçevede Alman Medeni Usul Kanunu'nda yapılan değişiklikler ile davayı sadece hukuki açıdan değil, esas bakımından da tekrar inceleyen ikinci derece olay mahkemesi görünümündeki istinaf, ilk derece mahkemesi hükmünün olası hatalarının denetlendiği ve ortadan kaldırıldığı ikinci derece mahkeme görünümüne sahip kılınmıştır.<sup>55</sup>

## 2. Sınırlı İstinaf

Sınırlı istinaf, belirli istinaf sebeplerine, belirli olay ikamelerine dayanılarak uyuşmazlık hakkındaki yargılama makamı kararının, hukuka uygunluğunu denetleyen istinaf kanunyolu olmaktadır. Sınırlı istinaf kanunyolu muhakemesinde de ilk derece mahkemesinin kararı, uyuşmazlığın sebebini teşkil etmektedir. Fakat bu istinaf çeşidinde muhakemenin konusu,

bizzat ikinci derecedeki uyuşmazlık sebebi olan yargılama makamı kararı olmaktadır. Yani sınırlı istinaf kanunyolu, ilk derece mahkemesince verilen kararın, ondan daha nitelikli bir mahkeme tarafından kontrolünden ibarettir.<sup>56</sup> İstinaf muhakemesi, kontrol muhakemesi şeklinde gerçekleşmektedir.

İstinaf kanunyolu yargılama makamı, ilk derece mahkemesine sunulan olay ve deliller ile bağlı olarak, ilk derece mahkemesinin yargılama faaliyetinin somutlaşmış şekli olan kararına yönelik olarak muhakeme yapılmaktadır. İlk derece yargılama makamının dava malzemesine yönelik değerlendirmesi ile olaya hukuku uygulaması faaliyetinin hukuka uygunluğu, sınırlı istinaf kanunyolunun inceleme konusunu oluşturmaktadır.<sup>57</sup>

Sınırlı istinaf kanunyolu çeşidinde dava malzemesi ikamesi süreci yaşanmaz, yeni malzeme getirilmesi yönünde yasak mevcuttur.<sup>58</sup> Dolayısıyla bu kanunyolu modelinde yargılama makamı kararındaki hata veya hata ihtimali bertaraf edilmekte, tarafların hatalarının giderilmesi imkânı söz konusu olmamaktadır.<sup>59</sup>

## 2. İstinaf Kanunyolunun Tarihi Gelişimi

### a. Osmanlı Hukuk Sisteminde İstinaf

İlgili başlık altındaki açıklamalarımıza, "İslam Hukuku'nda mahkeme hükmünün kontrolü mümkün müdür?" sorusu üzerinden başlayalım. Bu konuda Ekinci ve Şentop; hâkimlik şartları, hâkimde aranan özellikler dikkate alındığında, "müçtehit"lik şartına bakıldığında İslam Hukuku'nda hâkim tarafından verilen hükmün dokunulmazlığını düşünmenin daha uygun görüldüğünü, hele içtihat sonucu verilmiş bir hükmün, diğer hükümler de netice itibarıyla içtihattan ibaret olacağı için, kontrol edilip bozulmasının mümkün olamayacağı kanaatinin makul bulunabileceğini ifa-

<sup>51</sup> Bkz.: Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 549, dipnot 10.

<sup>52</sup> Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 549.

<sup>53</sup> Bkz.: Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 549, dipnot 13.

<sup>54</sup> Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 549.

<sup>55</sup> Bkz. Ekkehard Becker-Eberhard, *Alman Medeni Usul Hukuku Reformu Hakkında*, (Çev.: Deren-Nevhis Yıldırım), ve *21. Yüzyılın Usul Hukuku Sorunları*. (Derleyen: Nevhis Yıldırım-Deren), s. 64 vd.

<sup>56</sup> Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 550.

<sup>57</sup> H. Fehr, *Das Novenrecht*. Zürich 1949, s. 20'den naklen, Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 550.

<sup>58</sup> Bkz.: Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 550.

<sup>59</sup> Bkz.: Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 555.

de etmektedirler. Fakat belirttiğimiz yazarlar, aktardıkları kanaate ek olarak, İslam Hukuku'nun ilk dönemlerine ait eserlerde dahi hâkimin hükmünün nakzedilmesi hususlarına yer verildiğine değinmekte ve İslam Hukuku içerisinde uygulamada olmasa bile teoride mahkeme hükmünün kontrolünün mümkün olduğu sonucuna varmaktadırlar.<sup>60</sup>

Konu için seçtiğimiz başlık, "Osmanlı Hukuk Sistemi'nde İstinaf" olarak belirlenmiş olsa da, başlık altında, bugünkü teknik manada istinaf kanunyolundan ziyade Osmanlı Hukuk Sistemi içerisinde mahkeme hükümlerinin kontrol mekanizmaları hakkında bilgi verilecektir. Çünkü Tanzimat Fermanı öncesindeki devrede Osmanlı Muhakeme Hukuku içerisinde mevcut olan hüküm kontrol mekanizmalarını, bugünkü anlamda kanunyolu olarak değerlendirip değerlendirmeme konusunda yeterli bilginin mevcut olmadığı, bugünkü teknik manada kanunyolu kavramı ile tanışmamızın Tanzimat Fermanı sonrasında Batı Hukuklarının ülke hukukumuzda girmesi ile gerçekleştiği ifade edilmektedir.<sup>61</sup> Bu çerçevede de Osmanlı Dönemi'ndeki kanunyolu mekanizmasını Tanzimat Fermanı öncesi ve sonrası dönemler üzerinden inceleyeceğiz.

### 1) Tanzimat Fermanı Öncesindeki Devre

Tanzimat Fermanı'nından önceki dönemde yargılama yetkisi, padişaha ait olarak görülmektedir. Fakat bu yetkinin bizzat kullanılması imkânı olmadığından, yargılama yetkisi kadılar vasıtasıyla ifa edilmektedir.<sup>62</sup> Kadıların çeşitli derecelendirmelere tabi tutulduğu, fakat bu derecelendirmelerin hiyerarşik bir yapılanmayı ifade etmediği belirtilmektedir.<sup>63</sup> Verdiğimiz bu bilgi, Tanzimat Fermanı öncesindeki dönemde, bir üst kadı makamının

olmadığını, yani kadı hükümlerini kontrol edecek bir üst kadının bulunmadığına işaret olarak değerlendirilebilir.<sup>64</sup> Ayrıca Osmanlı hukukçularının da hükmün itibarını korumak adına, kontrol imkânının olağan bir yol olarak algılanmasını doğru bulmadıkları da ifade edilmektedir.<sup>65</sup> Bu çerçevede Ebu's Suud Efendi'ye atfedilen ve *Mâruzat* isimli eserde geçtiği ifade edilen şu fetvaya yer verilmektedir:

"Mesele: Bir defa şer'i şerifle faslolunup âher kadı tenfiz ve imza eylediği husus yine aslından dinlenmek şer'i olur mu? El-cevap: Emr-i Sultani olmayacak olmaz, memur olacak dahi sâbıkan şer'le faslolunduğu sabit olacak tağyir alınmaz."<sup>66</sup>

Aktardığımız fetva ışığında, hüküm verilmiş bir davanın tekrar görülmesi, padişah iznine bağlanmıştır. Zaten uygulama açısından da, kadılar tarafından verilen hükme razı olmayan tarafların, Divan-ı Hümayun'a doğrudan başvurduğu ve burada dava hakkında tekrar yargılama yapıldığı da görülmektedir.

Divan-ı Hümayun, esas itibarıyla padişah, vezir-i azam, kubbealtı vezirleri, kazaskerler, nişancı, defterdarlar, rumeli beylerbeyinden teşkil etmektedir. Divan-ı Hümayun, idari, askeri görevleri yanında bir üst yargı organı, hükmün kontrol mekanizması olma özelliğine de sahiptir.<sup>67</sup> Divan-ı Hümayun'un hükümleri kontrol etme imkânı açısından, padişah tarafından genel izinli olduğu kabul edilmekle birlikte, bazı önemli davalarda Divan-ı Hümayun'un yargılama yetkisi için padişahın izin istendiği de anlaşılmaktadır.<sup>68</sup>

Divan-ı Hümayun'da hem taraf veya vekilin katılımı suretiyle hem de dosya üzerinden muhakeme faaliyeti gerçekleştirilmekte-

<sup>60</sup> Mustafa Şentop, *Şer'iyye Mahkemelerinde Temyiz ve İstinaf*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 16-17. Aynı yöndeki bilgi için bkz.: Ekrem Buğra Ekinci, *Ateş İstidâsı – İslam-Osmanlı Hukuku'nda Mahkeme Kararlarının Kontrolü*, s. 37-38.

<sup>61</sup> Ekinci, s. 5-8.

<sup>62</sup> Şentop, s. 38; Ekinci, s. 83.

<sup>63</sup> Ekinci, s. 85; derecelendirmeler için bkz.: Ahmet Akgündüz, *"Osmanlı Devleti'nde Adli Teşkilat Ve Yargılama Usulleri"*, Yeni Türkiye, Yargı Reformu Özel Sayısı, Temmuz-Ağustos 1996, Yıl 2, Sayı 10, s. 971-972.

<sup>64</sup> Aksi yönde görüşler için bkz.: Ekinci, s. 85-86, dipnot 320-321.

<sup>65</sup> Bkz.: Şentop, s. 42; Ekinci, s. 100; Akgündüz, s. 986; Ahmet Mumcu, *"Divan-ı Hümayun"*, s. 91.

<sup>66</sup> Şentop, s. 42; Ekinci, s. 100. Konuya ilişkin diğer kayıtlar için bkz.: Mustafa Şentop, *Osmanlı Yargı Sistemi Ve Kazaskerlik*, s. 116, dipnot 9.

<sup>67</sup> Bkz.: Şentop, *Kazaskerlik*, s. 111; Şentop, s. 40; Mumcu, s. 85 vd.; Ekinci, s. 105; Mehmet Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 91.

<sup>68</sup> Bkz.: Ekinci, s. 107-108; bkz.: Mumcu, s. 98, dipnot 119; Şentop, s. 42.

dir.<sup>69</sup> Divan-ı Hümayun'da gerçekleşen muhakeme faaliyetine ilişkin yapılan araştırmalarda, kadılar nezdinde tutulan kayıtların esas alındığı ve bunlarla yetinildiği düşünülebilirse de, yeni olay ve delillerin ileri sürülmesi açısından herhangi bir sınırlamanın görülmediğini ifade edebiliriz.<sup>70</sup> Divan-ı Hümayun'da yargılama, Rumeli Kazaskeri tarafından gerçekleştirilmektedir. İşlerin yoğunluğu ölçüsünde Anadolu Kazaskeri de yargılama faaliyetinde bulunabilmektedir.<sup>71</sup> Divan-ı Hümayun, kadı hükmünü bozarak yeni bir hüküm tesis edebileceği gibi, hükmün gidişatını göstermek suretiyle hüküm tesisini kadıya da bırakabilmektedir.<sup>72</sup> Divan-ı Hümayun kararları kesin olmakla birlikte padişahın her zaman için hüküm kontrol imkânı mevcuttur.<sup>73</sup>

Divan-ı Hümayun'da gerçekleşen muhakeme faaliyetinin kendine özgü olduğunu kabul etmek gerekmektedir.<sup>74</sup> Bugünün kavram ve tanımları ile geçmişini anlamak ve anlamlandırmak mümkün olmayabilir. Her vaka-yı kendi oluş şartları içerisinde değerlendirmek gerekmektedir.

Tanzimat Fermanı öncesindeki dönemde Divan-ı Hümayun yanında, "Cuma Divanı" olarak adlandırılan ve zaman içerisinde "Huzur Murafaası" ismi ile de anılan, vezir-i azam başkanlığında toplanan ve sadece kazaskerlerin katılımı ile gerçekleşen bir divan da mevcuttur. Dolayısıyla sadece hukuki ihtilaflara hasredilmiş bir divan olduğunu ifade edebili-

riz.<sup>75</sup> Bu divanda görülen davalara ilişkin olarak XVII. yüzyıl sonrasına ait kayıtlarda, kadı hükümlerine karşı kontrol mekanizması olarak faaliyette bulunmasının talep edildiği ifade edilmektedir.<sup>76</sup>

Divan-ı Hümayun ile Cuma Divanı arasında, üst yargı organı olma açısından görev paylaşımı olup olmadığı hususu, henüz bilinmeyen bir meseledir.<sup>77</sup> Elde yeterli delil bulunmaması sebebiyle de Cuma Divanı'nda gerçekleşen hükmün kontrol mekanizmasının kendine özgü bir kanunyolu sistemi olduğunu kabul edebiliriz.<sup>78</sup>

Bu divanlar dışında hükümlerin kontrol merci olarak Çarşamba Divanı, Kazasker Divanı ile Taşra divanlarından da bahsedilmektedir.<sup>79</sup>

## 2) Tanzimat Fermanı Sonrasındaki Devre

Tanzimat Fermanı dönemi, gerek şer'i mahkemelerin yapısında meydana gelen değişiklik, gerekse de nizamiye mahkemelerinin kurulması ile önemli bir süreci ifade etmektedir.

Tanzimat dönemi içerisinde 1838 yılında, devam etmekte olan itfa ve kaza fonksiyonları ayrılığı, şer'iyye ve kazaskerlik mahkemelerinin Şeyhülislamlık makamına bağlanması ile sona ermiştir.<sup>80</sup> Şeyhülislamlık bünyesinde hükümlerin kontrol görevini yerine getirecek ayrı bir makam [Meclisi-i Valay-ı Fetva] oluşturulmuştur. Bu makam, yargılama faaliyeti ile meşgul olan şu organlara sahipti: Fetvahane, Meclis-i Tetkikat-ı Şer'iyye, Meclis-i İntihab-ı Hükkam-ı Şer'i. Meclis-i Tetkikat-ı Şer'iyye ile

<sup>69</sup> Mumcu, s. 92; Aydın, s. 92; Ekinci, s. 110. İslam fıkhiında bir davanın görülebilmesi için aranan taraf ve vekili suretiyle kadı önünde taraf teşkili şartının, Divan-ı Hümayun'da dosya üzerinden inceleme yapma imkânı ile bertaraf edilmesine padişahın adaletle davranması, adaletsizlikleri önlemesinin dinsel açıdan büyük bir görev olduğu fikri temel teşkil etmekte olduğu ifade edilmektedir. Mumcu, s. 93.

<sup>70</sup> Bkz.: Mumcu, s. 101-103; Ekinci, s. 107-108.

<sup>71</sup> Mehmet Akif Aydın, *"Mahkeme"*, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, Cilt 27, s. 342; Şentop, *"Kazaskerlik"*, s. 112; Mumcu, s. 100; Aydın, s. 92; Ekinci, s. 106.

<sup>72</sup> Mumcu, s. 103-105; Ekinci, s. 111.

<sup>73</sup> Ekinci, s. 112; Mumcu, s. 104.

<sup>74</sup> Bkz.: Mumcu, s. 86, 96; Mumcu, Divan-ı Hümayun'un bir temyiz merci gibi hükümleri bozduğu ya da onayladığının tarihi bir gerçek olduğunu ifade etmektedir.

<sup>75</sup> Şentop, *"Kazaskerlik"*, s. 113, 132; Ekinci, s. 115.

<sup>76</sup> Bkz.: Şentop, *"Kazaskerlik"*, s. 133; Şentop, s. 44-45.

<sup>77</sup> Bkz.: Şentop, *"Kazaskerlik"*, s. 113; Mumcu, s. 148.

<sup>78</sup> Bkz.: Coşkun Üçok-Ahmet Mumcu, *"Türk Hukuk Tarihi Ders Kitabı"*, s. 249; Üçok-Mumcu, Cuma divanını bir çeşit Yargıtay'a benzetebiliriz, demektedirler.

<sup>79</sup> Bkz.: Ekinci, s. 116-121; Üçok-Mumcu, s. 249; Aydın, s. 93-94.

<sup>80</sup> Bkz.: Şentop, s. 47-48; Ahmet Akman, *"Osmanlı Devleti'nde Hukuki Yapı ve Adli Teşkilatta Tanzimat Sonrası Gelişmeler"*, Yıl 2, Sayı 10, s. 1016; Akgündüz, s. 975. Bu ayrılığa son verme sebepleri hakkında geniş bilgi için bkz.: Şentop, s. 48-49; Üçok-Mumcu, s. 330.

Fetvahane makamları, kadılar tarafından verilen hükümlerin kontrol merci olarak faaliyet göstermiştir.<sup>81</sup>

Fetvahane, kadı tarafından verilen hükmün şer'i usul ve hükümlere aykırı olup olmadığını incelemekle görevlidir. Hükümde bu yönde bir aykırılık görülmez ise ilam tasdik edilir ve dosya, Meclis-i Tetkikat-ı Şer'iyye'ye gönderilmektedir. Hükümde aykırılık olduğu kanaati mevcut ise ilam, bozulur ve istinaf'en yani tekrar görüşülmesi için ait olduğu ilk derece mahkemesine gönderilmektedir.<sup>82</sup>

Meclis-i Tetkikat-ı Şer'iyye makamı ise, kadının verdiği hükümde maddi meseleye ilişkin hatalar ile maddi hataların varlığı açısından inceleme yapmaktadır. Meclis'e dosyanın gelebilmesi için Fetvahane makamı tarafından, şer'i hukuka uygunluk denetiminden geçmesi ve tasdik olunması gerekmektedir. Şer'i hukuka uygun bulunarak Meclis'e gelen kararda, maddi meselenin takdirinde hata veya maddi hata tespit edilirse, hüküm bozulur. Hükümdeki eksiklik, birkaç ilave ile giderilebilecek nitelikte ise, tamamlanmak suretiyle hüküm kesinleşir. Hükümdeki hatanın giderilmesi bu kadar basit değil ise, istinafen incelenmek üzere ait olduğu mahkemeye gönderilir.<sup>83</sup>

Şer'iyye mahkemeleri 1916-1919 yılları arasında Adalet Nezâreti nezdinde faaliyet göstermiştir. Bu dönemde bütün mahkemelerin temyiz yerinin aynı olması gerektiği yönündeki görüş çerçevesinde İstanbul'da kurulan Mahkeme-i Temyiz'de Şer'iyye Dairesi kurulmuş ve şer'i mahkeme hükümleri bu makamda incelenmiştir. Söz konusu makam, bir başkan ve altı üyeden oluşmakta idi. Fakat 1919 yılında şer'i mahkemelerin Şeyhülislamlığa tekrar bağlanması ile Fetvahane ve Meclis-i Tetkikat-ı Şer'iyye tekrar işlerlik kazanır.<sup>84</sup>

<sup>81</sup> Bkz.: Şentop; *Kazaskerlik*, s. 54-62; Akman, s. 1016; Akgündüz, s. 987.

<sup>82</sup> Bilgi için bkz.: Şentop, s. 60-62; Akman, s. 1016; "Ait olunan mahkeme" kavramının, davanın ilk defa görüldüğü mahkeme nezdindeki dava konusunun değeri üzerinden belirlendiği ifade edilmektedir. Akman, s. 1017.

<sup>83</sup> Bilgi için bkz.: Akman, s. 1016; Şentop, s. 54-59.

<sup>84</sup> Bilgi için bkz.: Akman, s. 1016; Şentop, s. 62-64; Aydın, *Mahkeme*, s. 344.

Tanzimat Dönemi'nde, şer'i mahkemelerinin yapısında gerçekleşen değişiklikler yanında nizamiye mahkemeleri<sup>85</sup> adı ile birtakım ilk derece mahkemeleri ile birtakım üst mahkemeler de kurulmuştur.

Tanzimat öncesinde batı ile başlayan ticari ilişkilerle birlikte uyumsuzlukları çözecek yeni mahkemeler de teşekkül etmiştir. 1840 yılında İstanbul'da kurulan Ticaret Meclisleri giderek ülke içerisinde yayılmıştır. 1847 ve 1848 yıllarındaki iki Nizamname ile bu meclisler, Ticaret Nezaretine bağlı mahkeme hüviyetine sahip kılınmıştır. 1850 tarihli Ticaret Kanunname-i Hümayun, bu kanuna 1860 yılında yapılan ek ve 1861 tarihli Ticari Muhakeme Kanunu ile ticaret mahkemeleri, kanuni bir temele oturtulmuştur. Ticaret mahkemeleri üstünde, istinaf mahkemesi olarak İstinaf-ı Deavi-i Ticaret Divanı oluşturulmuştur. Ticaret Nezaretine nezdinde faaliyette bulunan bahsettiğimiz mahkemeler, 1875 yılında çıkarılan fermanla Adalet Nezaretine bağlanmış ve İstinaf-ı Ticaret de Mahkeme-i Temyiz'in bir dairesi haline dönüşmüştür.<sup>86</sup>

Ticaret mahkemeleri dışında faaliyet gösteren nizamiye mahkemeleri, 1864 tarihli Vilayet Nizamnamesi ile kurulmuşlardır. Söz konusu bu mahkemelerin kesin olarak teşkilatlanması ise, 1879 tarihli Teşkilat-ı Mehakim Kanunu ile gerçekleştirilmiştir.<sup>87</sup> Söz konusu Kanun üzerinden, ticaret mahkemeleri dışındaki nizamiye mahkemelerinin son aldığı şekli şu şekilde ifade edebiliriz: Nizamiye mahkemeleri, bidayet ve istinaf mahkemeleri şeklinde iki dereceli olarak yapılandırılmış, her biri de hukuk ve ceza olarak iki daireden oluşmakta

<sup>85</sup> "Nizamiye Mahkemeleri" kavramı, ticaret, hukuk ve ceza mahkemelerini kapsayıcı bir şekilde şer'iyye mahkemeleri dışında kalan ve Tanzimat Fermanı sonrasındaki dönemde Batı kaynaklı kanunların tatbiki için kurulmuş olan mahkemeleri ifade etmektedir. Her ne kadar 1879 tarihli Teşkilat-ı Mehakim Kanunu, nizamiye mahkemelerini, ticaret mahkemelerinde görülen davalar ile şer'i mahkemelere bırakılan özel davalar dışında kalan medeni hukuk ve ceza davalarına bakan mahkemeler olarak tarif etse de, ticaret mahkemeleri, nizamiye mahkemeleri kuruluşunun başlangıcı olarak kabul edilmektedir. Bilgi için bkz.: Akman, s. 1010-1013; Aydın, *Mahkeme*, s. 344.

<sup>86</sup> Bilgi için bkz.: Üçok-Mumcu, s. 331-332; Akman, 1011.

<sup>87</sup> Akman, s. 1012-1013; Üçok-Mumcu, s. 332-334.



idi. İstinaf mahkemesi, bir başkan ve dört üyeden teşkil etmektedir.<sup>88</sup> Asli görevi istinaf olan bu mahkemeler, 1924 yılında kabul edilen Mehakim-i Şeriyenin İlgası ve Mehakimin Teşkilatına Ait Muaddel Kanun'un 9. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Süreç içerisinde 1868 yılında, sadece yargı görevi ifa eden ve nizamiye mahkemelerinin son derecesi olarak Divan-ı Ahkâm-ı Adliye mahkemeleri kurulmuştur.<sup>89</sup> Divan, başlangıçta sadece Mahkeme-i Temyiz'den oluşmakta idi. Fakat kısa süre sonra Divan-ı Ahkâm-ı Adliye Nezareti'nin oluşumu ile Divan bünyesinde Mahkeme-i Nizamiye adı ile ikinci bir mahkeme meydana getirilmiştir. Söz konusu mahkeme, Mahkeme-i Temyiz tarafından bozulup kendisine havale olunan davalar ile istinaf yetkisi bulunmayan mahkemelerin gördüğü ve doğrudan doğruya istinaf edilen ve de önemi üzere ilk derece mahkemesi olarak önüne getirilen davaları yargılama yetkisine sahip idi. Mahkeme-i Nizamiye, bu görevi ile en yüksek nizamiye mahkemesi olarak istinaf mahkemesi konumunda idi.<sup>90</sup> Fakat söz konusu Mahkeme, 1870 yılında gereksiz görüldüğü için kaldırıldığı ifade edilmektedir.<sup>91</sup> Mahkeme-i Temyiz ise, hukuk ve ceza sahasında faaliyette bulunan nizamiye mahkemelerinin hükümlerini kontrol eden ve gerektiğinde bozma yetkisine sahip yargılama merci idi.<sup>92</sup> İstinaf yoluna gidilemeyecek kararlar yani nihai kararlar aleyhine Mahkeme-i Temyiz'e başvurulmaktaydı. Söz konusu Mahkeme, önüne gelen davayı yeniden muhakeme etmezdi. Önüne getirilmiş olan dava hakkında yapılmış olan muhakemenin usule uygun olup olmadığı ve verilmiş olan nihai kararın da kanunlara uygun olup olmadığı üzerinden bir muhakeme yürütmektedir. Mahkeme-i Temyiz, ya kararı usule ve kanuna uygun olduğu gerekçesiyle onay kararı ya da kararı usule ve kanuna aykırı hareket edildiği gerekçesiyle bozma kararı verir. Yani Mahke-

me-i Temyizi'i, temyiz kanunuyolu muhakemesi olarak ifade edebiliriz.

Hem şer'iyye hem de nizamiye mahkemelerinde uygulanmak üzere çıkarılmış bulunan Mecelle'ye baktığımızda, Kanun'un hukuk muhakemesine ilişkin son üç bölümü (Kitabü'd-Dava, Kitabü'l-Beyyinat ve't-Tahlif, Kitabü'l-Kaza), 1876 yılında kanunlaşmıştır.<sup>93</sup> Mecelle'nin mahkeme hükümlerine karşı müracaat yollarına ilişkin maddeleri şu hükümleri içermektedir:

**1837. madde:** "Hukuka ve usule uygun verilmiş olması durumunda bir davanın tekrar görülmesi mümkün değildir."

**1838. madde:** "Davayı kaybeden taraf, hükümün hukuka uygun olmadığı iddiası ile istinaf isterse, incelenir, hüküm uygunsu tasdik edilir, değilse bozulur."

**1839. madde:** "Davayı kaybeden taraf, hükme razı olmayıp temyiz talebinde bulunursa hüküm incelenerek hukuka uygunsu tasdik olunur, değilse bozulur."

Mecelle, temyiz ve istinaf muhakemelerine yer vermekte, fakat bunların hangi merciler tarafından yerine getirileceği hususunu düzenlememektedir. Ekinci'ye göre; Mecelle'de geçen temyiz muhakemesi, günümüz temyiz muhakemesinden pek farklı bir düzenleme değildir; ancak istinaf, bugünkü anlamda bir istinaf muhakemesini ifade etmemektedir.<sup>94</sup>

## b. Batı Hukuk Sistemlerinde İstinaf

Kanunuyolu kavramının Osmanlı hukuk sistemine, Tanzimat sonrasında girdiğine ilişkin bilginin ardından, Batı'da hükmün kontrol mekanizmalarının serüvenini anlatmak bir gereklilik arz etmektedir. Bu çerçevede Fransa ve Almanya örnekleri aktarılacaktır.

### 1. Fransa<sup>95</sup>

Fransa'nın ilk devirlerinde Frank Krallarının kurdukları divanlarda, hâkim kararları istinafen

<sup>88</sup> Bilgi için bkz. Ekinci, s. 150-157; Akman, s. 1013.

<sup>89</sup> Bilgi için bkz.: Ekinci, s. 141-149; Üçok-Mumcu, s. 333-334; Aydın, *Mahkeme*, s. 344.

<sup>90</sup> Ekinci, s. 144; Aydın, s. 454; Üçok-Mumcu, s. 333-334.

<sup>91</sup> Üçok-Mumcu, s. 334; Ekinci, s. 144.

<sup>92</sup> Bilgi için bkz.: Ekinci, s. 143-149; Aydın, *Mahkeme*, s. 344; Üçok-Mumcu, s. 333-334.

<sup>93</sup> Ekinci, s. 164.

<sup>94</sup> Ekinci, s. 165-166.

<sup>95</sup> Bu ülke örneği hakkında bilgi için bkz.: Ekinci, s. 14-21; Faruk Erem, *İstinaf Mahkemeleri*, AÜHFD, Cilt VII, Sayı 1-2, Yıl 1950, s. 10-11; Naci Şensoy, *İstinaf*, İÜHFM, Cilt XII, Sayı 4, Yıl 1946, s. 1064.

görülmekte idi. Feodalitenin yayılması ile yargılama yetkisi, kral-feodalite-şehir ve kilise mahkemeleri arasında paylaşılmış bir halde bulunmaktadır. Feodal mahkemeler, aşağı-orta-yüksek olmak üzere üç derece şeklinde yapılanmaktadır. Fakat Kral Philippe Auguste ve Kral Saint Louis uygulamaları ile feodal mahkeme yerine kral mahkemelerine bidayeten veya istinafen başvuru imkânı, ardından da feodal mahkeme kararlarına karşı kral mahkemelerine istinafen başvuru imkânı tanınmak suretiyle feodal yargının yetkisi azaltılmak istenmiş ve başarılı da olunmuştur.

Fransa'da Ortaçağ'da Frank krallarının yüksek mahkemesine benzeyen Krallık Mahkemeleri denilen ve Krallık Divanı ile Krallık Feodal Mahkemesi bulunmaktadır. Bu dönemde feodal mahkeme kararlarının bir tür istinaf merci olan *bailliage* ve *sénéchaussee* isimli yüksek mahkeme kararları, Krallık Divanı'nda kontrol edilmekte idi. Krallık Divanı 1344 yılında Paris Parlamentosu'na dönüştürülmüştür. Bu yüzyılda taşralarda da parlamentolar oluşturulmaya başlanmıştır.

Fransa'da 1551 yılında kurulan *présidaux* isimli yüksek mahkeme ile başlayan süreç, 1774 yılındaki düzenlemeler ile üç dereceli feodal mahkeme —*bailliage* ve *sénéchaussee*— *présidaux* şeklinde bir yapılanma ortaya çıkar. Fakat 1788 Emirnamesi ile *bailliage* ve *sénéchaussee* mahkemeleri kaldırılır, *présidaux* mahkemeleri üzerinde kurulan *Grand Présidaux* isimli mahkemeler de uyuşmazlığa son derece olarak bakacaktır.

1670 tarihli Emirname ile istinaf sistemi düzenlenmiştir. 1789 İhtilali sonrasında çıkarılan 1790 tarihli Kanun ile *bailliage* ve *sénéchaussee* mahkemelerinin fonksiyonunu görece ilçe mahkemeleri kurulur. Bunlar birbirlerinin kararlarını istinafen görmekle görevlendirilmişlerdir. Bu kanun ile ayrıca kanuna aykırı kararları bozmak ve ülkede yargı birliğini sağlamak için, meclis bünyesinde yargı merciinden ziyade yasama merci gibi davranacak, kanunların koruyucusu niteliğinde *tribunal de cassation* [temyiz mahkemesi] kurulur.

Napoléon'un iktidara gelmesi ile 1800 yılında yapılan düzenlemelerde adliye teşkilatı bugünkü şeklini almıştır. Sulh mahkemelerinin kararları üç hâkimden oluşan ve hukuk-ceza

davalarına bakan ilçe mahkemelerinde, ilçe mahkemelerinden de belli değerler üzerindeki davalar istinaf mahkemelerinde yeniden görülebilecekti. 1804 yılında Temyiz Mahkemesi, Temyiz Divanı konumuna getirildi.

Bu gün Fransa'da istinaf kanun yolu, yerel mahkemede ki kıyasla yeni netice-i talebin ileri sürülemediği, fakat yeni dava malzemesinin ileri sürülebildiği, taraf hatasının düzeltilmediği bir sistemdir.

## 2. Almanya<sup>96</sup>

Almanya'da ise yargı yetkisinin halk meclislerinden kralın hâkimlerine geçmesi ile bir mahkeme hükmüne karşı taraflara ve hatta her vatandaşa Krallık Mahkemesine başvuru imkânı tanındı. 1495 tarihli Kanun (ilk yüksek mahkeme kanunu) ile istinaf kabul edilerek Reichskammergericht'e müracaat imkânı getirilmiştir.

Fakat Alman Ceza ve Ceza Usul Kanunu Carolina'nın 1532 yılında kanunlaşan metinde istinafa yer verilmemiştir. 1555 tarihli Kanun ile ceza hukukunda istinaf yasaklandığı fikri iyice yerleşir. Bunun yerine ek savunma adı altında üst mahkemeye müracaat etmeksizin istinafa benzer bir kurum, aynı muhakemede aynı uyuşmazlığa ilişkin üç karar alınana kadar mahkemeye müracaat imkânı tanınmakta idi.

Fransız İhtilali'nin etkisi ile Almanya'da hâkim olan hukuk birliğine hizmet eden temyiz düşüncesi üzerine kurulan *Revision* isimli temyiz mahkemesi, Fransa'daki temyiz mahkemesinden farklı olarak taraf çıkarını ön planda tutmakta, yargı kararlarını maddi mesele açısından da inceleme konusu yapmaktadır.

Alman birliğinin sağlanması sırasında Alman devletlerinin bir kısmında istinaf mevcut iken, diğer bir kısmında muhakemenin "*sözlülük*" ve "*doğrudan doğruyalık*" ilkeleri ile bağ-

<sup>96</sup> Bu ülke örneği için bkz.: Ekinci, s. 21-23; Eberhard-Ekkehard Becker, *Alman Medeni Usul Hukuku Reformu Hakkında*, (Çev.: Nevhis Yıldırım-Deren), ve *21. Yüzyılın Usul Hukuku Sorunları*, s. 65, 68-70; Eberhard Schilken, "*Medeni Yargılamada Hâkimin Rolü*", (Çev.: Nevhis Yıldırım-Deren), ve *İlkeler İşğ Altında Medeni Yargılama Hukuku*, (Der.: M. Kamil Yıldırım), s. 57-66.

daşmaması gerekçesi ile istinaf mevcut değildir.

Alman birliğinin sağlanmasının ardından Alman medeni muhakeme teşkilatı 01.10.1879 tarihinde yürürlüğe giren kanun tarafından düzenlenmiştir. İlk devirlerde Almanya'da istinaf kanunuyolu, ilk derece muhakemenin tamamen yeni baştan gerçekleştirildiği, ilk derecede ileri sürülen dava malzemesi yanında yeni dava malzemesi ikamesinin gerçekleştirildiği ve tam istinaf olarak tarif ettiğimiz bir sistemi ifade etmekte idi. Fakat ilerleyen süreçlerde yeni malzeme getirilme imkânının sürekli kısıtlanması eğilimi söz konusu olur. 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren reform öncesine kadar sistem şu şekilde idi: İlk derece muhakemesinde dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi esas olmakla birlikte, hâkime tarafların dava malzemesini tam ve eksiksiz sunmasını sağlayacak şekilde yönlendirici olarak etkin olma hak ve yükümlülüğü verilmekte idi. İstinaf muhakemesinde ise ilk derecede toplanmış delillerde bir eksiklik görüldüğü veya vakialara ilave yapılması gerekli görüldüğü takdirde yeni malzeme imkânı söz konusu olmaktaydı. Yani nispeten hızlı ilerleyen ilk derece muhakemesi ve esaslı istinaf muhakemesi yapılanması söz konusu idi. Fakat bu sistemin gerek taraflarda ve gerekse de hâkimlerde ilk dereceye gereken önemi göstermeme sonucunu doğurduğundan bahisle sistemde reform gerçekleştirilmiştir. 2002 yılındaki değişiklik ile ilk derece mahkemesi esas muhakeme safhası olarak görülmekte ve kısıtlı bir istinaf muhakemesi öngörülmektedir. İlk derece hâkimine, tarafları yönlendirme yetki ve yükümlülüğü verilmektedir. İstinaf muhakemesi ise kural olarak ilk derece muhakemesindeki malzemelere dayanmakta; ancak ilk derece mahkemesi tarafından göz ardı edilmiş, ciddiye alınmamış, usul hatası dolayısıyla değerlendirilmemiş dava malzemeleri ile tarafların ihmali olmaksızın değerlendirilememiş dava malzemeleri yeni malzeme olarak ileri sürülebilmektedir. Böylece de istinaf, ilk derece kararının maddi ve usulî hukuka uygunluğunu denetleyen bir kontrol mekanizması görünümüne sahip olmaktadır.

### 3. İstinaf Kanunuyolunun Leh ve Aleyhindeki Görüşler

İstinaf kanunuyolunun hukukumuz içerisinde yer almasına ramak kala söz konusu kanunuyolunun varlığına ilişkin olarak ileri sürülen olumlu ve olumsuz görüşleri aktarmakta fayda görmekteyiz.<sup>97</sup>

**İstinafın Tarihçesi Üzerinden Hareket Eden Görüş:** Bir kısım müellif, istinaf kanunuyolunun var olması yönündeki fikirlerine gerekçe olarak, tarihin en eski çağlarından beri ve her gelişmiş adli teşkilat içerisinde bir davanın tekrar tetkik edilmesi vakasına rastlandığını belirtmektedir.<sup>98</sup> Gerçekten istinaf, bugünkü içerik ile olmasa da Roma'da, Fransa ve Almanya'da ve İslam Hukuku içerisinde mevcuttu.

Tarihçi izah karşısında, istinaf kanunuyolunun yerel mahkemelerin yetkisini zayıflatmak amacı ile hukuki değil, siyasi gayeler ile kurulduğuna işaret ederek istinaf aleyhinde görüş bildiren müellifler de mevcuttur.<sup>99</sup>

<sup>97</sup> Görüşler için bkz.: Erem; s. 9-15; Necip Bilge, *Üst Mahkemeler*, s. 68-81. Kunter-Yenisey, s. 1129-1149; Şensoy, s. 67-1072; Köksal Bayraktar, *İstinaf ile İlgili Tartışmalara Kısa Bir Bakış*, s. 37-41; Ejder Yılmaz, *İstinaf*, s. 23-30; Süha Tanrıver, *Adliye Mahkemeleri ile Üst Mahkemelerin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Tasarısı ile İlgili Düşünceler*. Batıder; Haziran-Aralık 1995, Cilt XVIII, Sayı 1-2, s. 152-155. Sami Selçuk, *"Konumu Açısından Yargıtay ve Üst (İstinaf) Mahkemeleri Sorunu"*, Yargıtay Dergisi, 1976/4, s. 45-50; Saim Üstündağ, *"Yargı Organlarının Sorunları ve Çözüm Yolları"*, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 48, Sayı 5-8, Yıl 1974, s. 283-284; Hikmet Sami Türk, *"İstinaf Mahkemeleri"*, [http://www.hukukveyasam.org/turkce/konu\\_detay.aspx?id=14](http://www.hukukveyasam.org/turkce/konu_detay.aspx?id=14), s. 2-3 (18.10.2007). Başak Şahin, *"Medeni Hukuk Alanında İstinaf Mahkemeleri ve Bölge Adliye Mahkemelerinin Teşkilatları"*, <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=418>, s.3-4 (18.10.2007).

<sup>98</sup> "... Durum İlkçağ'da böyle olduğu gibi Ortaçağ'da da aynı olmuştur; zamanımız Türkiye'sinde de bu teşkilatın kurulmasında bu itibarla isabet vardır." Bilge, s. 69.

<sup>99</sup> "İstinafın hukuken müdafaası güçtür... Yargılama işlerine, bir çeşit müdahale ve itimsizliğin ifadesi olması hasebiyle istinaf, halk adaletinin tecellisine terk edilmiş sahalardan hariç bırakılmıştır." Erem, s. 11. Bu makalede yer alan ve Rocco'ya atfedilen şu söz ilginçtir: "İstinaf, Ortaçağ adalet anlayışının bakıyesidir." Görüşün eleştirisi için bkz.: Selçuk, s. 49; Bilge, s. 70; Kunter-Yenisey, s. 1129-1130.

***İstinafin Bugünkü Durumu Üzerinden Hareket Eden Görüş:*** İstinaf kanunyolunun lehinde görüş bildiren müelliflerin bir kısmı, söz konusu kanunyolunun pek çok ülkede uygulanıyor olmasının onun faydalı olduğuna karine olabileceğini ifade etmektedir.<sup>100</sup>

Bu görüşün karşısında, istinaf kanunyolunun pek çok ülkede kaldırılması yönünde çalışmaların olduğu ifade edilmektedir.<sup>101</sup>

***Yerel Tesirlerin Etkisi İmkânından Hareket Eden Görüş:*** Bu görüş sahipleri, istinaf kanunyolu ile yerel mahkeme kararları üzerindeki yerel etkilere açık olma halinin, daha kalabalık yerlerde kurulacak istinaf kanunyolu mekanizması ile giderilebileceğini ifade etmektedirler.<sup>102</sup>

Bu görüşe karşılık olarak, yerel tesirler altında kalmama halinin her hâkimde aranan bir özellik olduğu ifade edilmekte ve söz konusu görüş eleştirilmektedir.<sup>103</sup>

***İstinafta Uyuşmazlığın Olgunlaşacağı Görüşü:*** İstinaf kanunyolu ile yerel mahkemede gereksiz olanları ayıklanan malzemeler üzerinde yoğunlaşma imkânı ile uyuşmazlığın olgunlaşacağını ve daha sağlıklı kararlar verileceğini ifade etmişlerdir.<sup>104</sup>

Bu görüşe karşılık olarak, istinaf kanunyolunda mahkeme sayısının azlığı sebebiyle yoğunlaşma imkânının olmayacağı gerekçesi

ileri sürülmüştür.<sup>105</sup> Ayrıca uyuşmazlığın hukuki mesele açısından istinaf aşamasında olgunlaşmasının kabul edilebileceği, fakat maddi meselenin olgunlaşmasının yerel mahkemede gerçekleşmesi gerektiği ifade edilmektedir.<sup>106</sup>

***İstinafin Teminatı Sağlayacağı Görüşü:*** Müellifler, uyuşmazlık üzerindeki maddi ve hukuki mesele açısından üst mahkeme tarafından yapılacak ikinci muhakeme faaliyetinin, istinaf kanunyolu gerçekleşecek olmasının hem taraflar hem de toplum için teminat olduğunu ifade etmektedir.<sup>107</sup> Ayrıca daha fazla sayıda ve daha bilgili ve tecrübeli hâkimler tarafından ikinci muhakemenin gerçekleştirilecek olması, istinafin kabulünün teminat sağlaması açısından ileri sürülen lehte görüşler arasındadır.<sup>108</sup>

Karşı görüş ise, ikinci muhakemenin teminat teşkil edebilmesi için ilk muhakemeden daha iyi tarzda cereyan etmesi gerektiği, fakat uygulamada incelemenin evrak üzerinden yapıldığı, bu halin ise gerekli teminatı sağlamayacağı ifade edilmektedir. Ayrıca bilgili ve tecrübeli hâkimlerin doğrudan yerel mahkemelere atanması ile istinaftan vazgeçilmesi önerilmiştir.<sup>109</sup>

***İstinafin Yerel Mahkeme Üzerindeki Etkisine İlişkin Görüş:*** İstinaf kanunyolu ile yerel mahkeme hâkimlerinin, hükümlerinin denetlenebileceği endişesi karşısında daha dikkatli hüküm tesis edeceği ifade edilerek istinafin lehinde görüş belirtilmektedir.<sup>110</sup>

Buna karşılık olarak, hâkimlerin denetlenme korkusu ile değil de, haksızlık etme korkusu ile hareket etmesi gerektiği ifade edilmektedir. Aksine üst mahkeme denetimi varlığının, yerel mahkeme hâkimlerini ataletle sevk edebileceği ve yerel muhakemenin arzu-

<sup>100</sup> "Batı demokrasilerinin hemen hemen hepsinde bulduktan başka, otoriter sisteme bağlı devletlerde bile mevcut olması, onun faydalı olduğuna bir karine teşkil etse gerektir." Bilge, s. 71.

<sup>101</sup> Erem, s. 12. Görüşün eleştirisi için bkz.: Selçuk, s. 48; Kunter-Yenisey ise "... Bütün gelişmiş ülkelerde kabul edilmiş olduğu gerekçesi ile, istinaf Türkiye'de de kabul edilemeyeceği gibi, görünüşlerinden biri (dar manada istinaf) aleyhinde bir cereyan bulunduğu için ret de edilemez." Kunter-Yenisey, s. 1130-1131.

<sup>102</sup> "İlk mercilerde mahalli tesirleri tamamen bertaraf etmek mümkün olmadığına göre, bu gibi etkilere daha az mâruz ve mukavemet imkânı daha çok olan bir müessesse ile, adaleti gölgeleyici tesirleri etkisiz hale getirmek her halde faydalı olur." Bilge, s. 73. Buna karşılık "Bölgesel kuruluş kabul edilirse, istinaf mahkemesinin mahalli baskılardan uzak olması bir sonuç olacaktır. Sırf bu gaye ile istinaf mahkemelerinin bölgesel esasa göre kurulması düşünülemez." Kunter-Yenisey, s. 1136.

<sup>103</sup> Erem, s. 12.

<sup>104</sup> Bilge, s. 73-74; Kunter-Yenisey, s. 1134.

<sup>105</sup> Bkz.: Bilge, s. 73.

<sup>106</sup> Erem, s. 12.

<sup>107</sup> Bilge, s. 75-77; Kunter-Yenisey, s. 1135; Selçuk, s. 46-47.

<sup>108</sup> Bilge, s. 77-78; Şensoy, s. 1067; Selçuk, s. 47-48. Buna karşılık "Birden fazla derecenin kabulü, yüksek derece hâkimin daha iyi karar verdiği düşüncesine dayandırılmamalıdır. Derecenin birden fazla olması, hükmün kolektif verilmesini ve objektif olmasını sağlar." Kunter-Yenisey; s. 1135.

<sup>109</sup> Erem, s. 13-14.

<sup>110</sup> Bilge, s. 75; Kunter-Yenisey, s. 1136.

lanan yeterlilikte gerçekleşmeyeceği, yerel mahkemenin tarafların gözünde küçülerek, formalite bir muhakeme halini alacağı da bu konuda belirtilmektedir.<sup>111</sup>

**İstinafın Yargıtay'ın Konumu ve İşlevi Üzerindeki Etkisine İlişkin Görüş:** Müellifler, istinaf kanunyunun kabulü ile Yargıtay'a intikal eden hükümlerin azalacağı, maddi meselenin tetkik edilmiş olması sebebiyle Temyiz kanunyunun hukuki meseleye hasredileceği ve bu çerçevede Yargıtay'ın hukuki birliği sağlama temel görevini ifa edebileceği belirtilmektedir.<sup>112</sup>

Sırf Yargıtay'ın iş sayısını azaltmak adına istinafın kabul edilemeyeceği, karşı görüş tarafından dile getirilmektedir.<sup>113</sup> Hatta istinafın kabulü ile işlerin daha da çoğalacağı ve sürüncemede kalacağı ifade edilmektedir.<sup>114</sup>

**İstinafın Davanın Süresi Üzerindeki Etkisine İlişkin Görüş:** İstinafın kabulü ile taraflara daha yakın mesafede olma ve daha fazla sayıda bulunma ile her bir istinaf kanunyu mahkemesine düşen iş sayısının azlığı sebebi ile davaları daha kısa sürede sonuçlanabileceği ifade edilmektedir.<sup>115</sup>

Aksi yönde olarak istinafın kabulü ile davaların uzayacağı ve adaletin pahalı bir hal alacağı belirtilmektedir.<sup>116</sup>

İstinaf lehinde oyumu kullanıyorum. Çünkü kanunyu mekanizması hak arama özgürlüğünün tecelli etmesi için var olması gereken bir kurumdur. Bu çerçevede yerel mahkemelerin birbirinden ayrılması güçlük arz eden maddi ve hukuki meseleler üzerindeki değerlendirmelerini tekrar inceleyecek, denetleyecek olması bireylere hakkın tesisi açısından güvence sağlayacak olması, istinafın var olma amacıdır. İstinafa ilişkin leh veya aleyhte görüşlere temel alınan sebepler belli ölçüde

gerçeklik payı içerse de, asıl sebep hukuk devletinde anayasal bir hak olan kanunyunu başvuru hakkının görünümünden birini gerçekleştirme arzusudur.

## 5236 SAYILI KANUNA GÖRE İSTİNAF KANUNYOLU<sup>117</sup>

### 1. Genel Olarak

5236 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun<sup>118</sup>, Türk Hukuk sistemine istinaf kanunyunu getirmektedir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun "Hükümlere Karşı Müracaat Yolları" başlığını taşıyan Üçüncü Bap başlığı "Kanunyu" olarak değiştirilmekte ve Birinci Fasal başlığı da "İstinaf" ismini almaktadır. (5236 Sayılı Kanun, madde 15) İstinafa ilişkin hükümler, kanunun mevcut sistematüğını bozmamak için 426A-426U maddeleri arasında yer almaktadır. Söz konusu 5236 Sayılı Kanun'un yürürlük tarihi, 5328 Sayılı Kanun<sup>119</sup> ile değişik 22. maddede 1 Haziran 2005 tarihi olarak belirtilmektedir. Fakat Geçici 2. maddede "*Bölge adliye mahkemelerinin göreve başlama tarihine kadar, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun temyize ilişkin yürürlükteki hükümlerinin uygulanmasına devam olunur.*" hükmüne de yer verilmektedir.

5235 Sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun<sup>120</sup> ise istinaf kanunyu muhakemesini yapacak Bölge Adliye Mahkemelerini 25 vd. maddelerinde düzenlemektedir. 5235 Sayılı Kanun'un da yürürlük tarihi 5328 Sayılı Kanun ile değiştirilmek suretiyle 1 Haziran 2005 olarak belirtilmekte, fakat Geçici 2. maddede "*Adalet Bakanlığı, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç iki yıl içinde 25 inci maddede öngörülen bölge adliye mahkemelerini*

<sup>111</sup> Erem, s. 13; Tanrıver, s. 155.

<sup>112</sup> Bilge, s. 78-79; Şensoy, s. 1067; Üstündağ, s. 283-284; Kunter-Yenisey, s. 1146-1149.

<sup>113</sup> Tanrıver, s. 155.

<sup>114</sup> Bkz.: Selçuk, s. 49-50. Yazar, söz konusu görüşü eleştirmektedir.

<sup>115</sup> Bilge, s. 80; Kunter-Yenisey, s.1144.

<sup>116</sup> Erem, s. 14.

<sup>117</sup> Çalışma 5236 Sayılı Kanun çerçevesinde gerçekleştirilmekle birlikte Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda istinaf kanunyunu ilişkin öngörülen değişiklikler metne işlenmiştir.

<sup>118</sup> Kabul Tarihi: 26.09.2004, RG. Tarihi: 07.10.2004.

<sup>119</sup> Kabul Tarihi: 31.03.2005, RG. Tarihi: 31.05.2005.

<sup>120</sup> Kabul Tarihi: 26.09.2004, RG. Tarihi: 07.10.2004.

*kurar. Bölge adliye mahkemelerinin kuruluşları, yargı çevreleri ve tüm yurttta göreve başlayacakları tarih, Resmî Gazete’de ilân edilir.”* ibaresine yer verilmektedir.

Dolayısıyla 5236 Sayılı Kanun’da yer alan istinafa ilişkin hükümler, Bölge Adliye Mahkemeleri’nin en geç kurulma tarihi olan 1 Haziran 2007 tarihi sonrasında yürürlüğe girmesi gerekmekte idi. Fakat henüz Bölge Adliye Mahkemeleri kurulup *Resmî Gazete’de* ilan edilmediğinden istinaf kanunyolu sistemi yürürlüğe girememektedir. Bu çerçevede 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda yer alan temyiz hükümleri yürürlüklerine devam etmektedir.

İstinaf kanunyolu devreye girene kadar “karar düzeltme” kurumunun yürürlüğü hususu, doktrinde tartışmalı idi.<sup>121</sup> 5236 Sayılı Kanun’un 20. maddesinde, HUMK’ta karar düzeltme kurumunu düzenleyen 440-444. maddelerinin yürürlükten kaldırıldığı ifadesi karşısında, herhangi bir geçiş hükmüne yer verilmemiş olması tartışmalara yol açmaktaydı. Söz konusu bu tartışma, 5348 Sayılı Kanun’un 1. maddesi ile geçici 2. maddesinde yapılan ve karar düzeltme kurumunu istinaf kanunyolunun hayatiyet kazanacağı tarihe kadar uygulanacağını belirten şu değişiklik ile sona ermiştir:

“Bölge adliye mahkemelerinin, 26.09.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanununun geçici 2’nci maddesi uyarınca *Resmî Gazete’de* ilan edilecek göreve başlama tarihinden önce aleyhine temyiz yoluna başvurulmuş olan kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 26.09.2004 tarihli ve 5236 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki 427 ila 454’üncü madde hükümlerinin uygulanmasına devam olunur.”

<sup>121</sup> Zafer Ergün, *İstinaf- Bölge Adliye Hukuk Dairelerinde Yargılama Usulü*, Kazancı Yayınları, İstanbul 2005, s. 42-43. Yazar, çalışmasında, henüz istinaf kanunyolunun yürürlüğe girmesinden önce karar düzeltme kurumunun kaldırılmasını doğru bulmamakta, “Bölge adliye mahkemeleri kuruluş tarihine kadar Yargıtay denetiminden geçmiş dosyaların taraflarına Yargıtay’da karar düzeltme hakkının tanınmaması, Anayasa’nın eşitlik prensibine aykırı bir düzenleme olmuştur.” demektedir.

## 2. İstinaf Kanunyoluna Başvuru Şartları

İstinaf kanunyoluna başvuru şartları, istinaf talebi üzerinden muhakeme yürütülebilmesi için aranan şartları ifade etmektedir.

### a. Karara İlişkin Olarak Aranılan Şartlar

#### 1) Kararın İlk Derece Mahkemesi Kararı Olması

5236 Sayılı Kanun ile HUMK’ya eklenen 526A/I’de istinafa konu teşkil edecek kararın, ilk derece mahkemesince verilmiş bir karar olması gerektiği ifade edilmektedir. Bu çerçevede ilk derece yargılama makamı konumunda bulunan sulh hukuk, asliye hukuk, tüketici mahkemesi, icra mahkemesi gibi genel veya özel bütün mahkemelerce verilen nihai kararlara karşı istinaf kanunyolu açık konumdadır.

#### 2) Kararın Son Karar Olması

5236 Sayılı Kanun ile HUMK’ya eklenen 526A/I’de istinaf muhakemesine konu teşkil edebilecek kararın, ilk derece mahkemesinin son kararı olması gerektiği belirtilmektedir. Son karar, nihai karar; yargılama makamının dosyadan el çekmesi sonucunu doğuran kararı; ara karar ise yargılama makamınca yürütülen muhakeme sırasında verilen, yargılama faaliyetini sonlandırmayan kararı ifade etmektedir.<sup>122</sup>

İlk derece mahkemesinin istinaf kanunyolu açık kararları için getirilen nihâi karar kıstası, usule veya esasa ilişkin veya çekişmeli/çekişmesiz yargıya ilişkin bütün son kararları kapsamaktadır.<sup>123</sup>

<sup>122</sup> Tanım için bkz.: Alangoya-Yıldırım-Yıldırım; s. 464; Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 539-543. Ara kararlara ilişkin olarak bkz.: Hilmi Şeker, *“Strazburg Pratiği Ve İç Hukukta, Ara Kararların Örtülü Etkinliği, Ara Kararlarının Kişiliğinde Adil ve Güvenli Yargılamanın Güvencesi”*, Legal HD Yıl 3, Sayı 25, Ocak 2005, s. 89-99.

<sup>123</sup> Bkz.: Halûk Konuralp, *“Bölge Adliye Mahkemelerinde Uygulanacak Usul (Hukuk Davaları Açısından), İstinaf Mahkemeleri”* Uluslararası Toplantı, 7-8 Mart 2003, s. 1-2. Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 572. Muhammet Özekes, *“Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Kanunyolu İncelemesi - Özellikle İstinaf”*, Legal HD, Yıl 2, Sayı 23, Kasım 2004, s. 3104; Haşmet Sırrı Akşener, *“İs-*

Kanun hükmünün istinaf başvurusunun son karara yönelik olduğunu belirtmesi, ilk derece mahkemesinin ara kararlarına karşı tek başına istinaf başvuru imkânını kapamaktadır. Böylece de ara kararlar, son kararın verilmesi anına kadar kontrol dışı kalmaktadır. Hâlbuki bireysel hakların daha iyi korunması için ara kararlar için de istinaf kanunyolu veya diğer bir kanunyolu tesisi ile hak arama imkânı tanınmalıdır.<sup>124</sup> Bu yöndeki eleştiriler çerçevesinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz ve delil tespiti taleplerinin reddi kararları ile bu taleplerin kabulü halinde itiraz üzerine verilen kararlara karşı istinaf kanunyolu imkânı açılmaktadır.<sup>125</sup>

Bu konuda Almanya Medeni Usul Kanunu madde 511/II'nin, istinaf kanunyolunun ilk derece mahkemesinin nihai kararlarına yönelik olduğunu belirttiği, fakat 512. maddede bu kanun çerçevesinde kesin nitelik taşımayan veya acele şikâyet yoluna da tâbi olmayan ara kararlara karşı istinaf kanunyoluna başvurulabileceğinin ilave edildiği belirtilmektedir.<sup>126</sup>

Türk Hukuku'nda özellikle ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbir taleplerinin reddi kararlarına karşı kanunyolu imkânının olmaması eleştiril-

miş, bu çerçevede 2004 Sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda değişiklik yapan 4949 Sayılı Kanun ile 258. maddeye "İhtiyati haciz talebinin reddi halinde alacaklı kanunyoluna başvurabilecektir." şeklinde bir fıkra eklenmiştir. Bu değişikliğe ilişkin maddede geçen "kanunyolu" ifadesinin, "temyiz" işaret ettiği Hükümet Gerekçesi'nin 61. maddesinde belirtilmektedir.<sup>127</sup> Fakat istinaf kanunyolu kurumunun yürürlüğe girmesi halinde ne olacaktır? Bu hususta "kanunyolu" ibaresinin istinaf kurumu yürürlüğe girinceye kadar "temyiz", istinafin yürürlüğe girmesi halinde de "istinaf" şeklinde anlaşılması gerektiği belirtilmektedir.<sup>128</sup> Bu konuda Almanya'da<sup>129</sup> ise dosya üzerinden incelenen ihtiyati haciz taleplerinin reddi kararlarına karşı ayrı bir kanunyolu kurumu (basit şikâyet) öngörülmekte, duruşma açılmak suretiyle incelenen ihtiyati haciz taleplerinin reddi kararlarına karşı ise son karar olmaları sebebiyle istinaf kanunyolu tanınmaktadır. Türk Hukuku'nda da yukarıda belirtilen görüş gereği Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'na da yansıyan, bütün ihtiyati haciz taleplerinin reddi kararlarına karşı istinaf kanunyolunun açık olmasının bazı sakıncalar doğurabileceği ifade edilmektedir.<sup>130</sup> Bu konuda belki de kanunyolu imkânlarımızı artırmamız gerekebilir. Ayrıca belirtmelidir ki, ihtiyati haciz talepleri için söz konusu olan kanunyolu mekanizması, hak arama özgürlüğünün tesisi adına ihtiyati tedbir talepleri için de tanınmalıdır.

**İstinaf Olağan Kanunyolu ve 5237 Sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun Üzerine Bir İnceleme**, Legal HD Yıl 3, Sayı 26, Şubat 2005, s. 615.

<sup>124</sup> Aynı görüş için bkz.: Alangoya-Yıldırım-Yıldırım; s. 557. Konuralp, s. 2; Pekcanitez-Atalay-Özekes; s. 572; Nevhis Yıldırım-Deren, "4949 Sayılı Ve 17.07.2003 Tarihli Kanun İle Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde İhtiyati Haciz Kararlarının Hukuki Niteliği ve Kontrolü", Yeditepe Üniversitesi HFD C. 1, S. 2, Y. 2005, s. 431-443.

<sup>125</sup> Bu yönde bkz.: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı madde 345/I: "İlk derece mahkemelerinden verilen nihai kararlar ile ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz ve delil tespiti taleplerinin reddi ve bu taleplerin kabulü halinde, itiraz üzerine verilecek kararlara karşı istinaf yoluna başvurulabilir." Ayrıca İcra İflas Kanunu'nda madde 258/III: "İhtiyati haciz talebinin reddi halinde alacaklı istinaf yoluna başvurabilir. Bölge adliye mahkemesi bu başvuruyu öncelikle inceler ve verdiği karar kesindir." ve madde 265/N: "İtiraz üzerine verilen karara karşı istinaf yoluna başvurulabilir. Bölge adliye mahkemesi bu başvuruyu öncelikle inceler ve verdiği karar kesindir. İstinaf yoluna başvuru, ihtiyati haciz kararının icrasını durdurmaz." şeklinde değişiklikler yapılmıştır.

<sup>126</sup> Bilgi için bkz.: Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 556.

### 3) Malvarlığına İlişkin Kararın Belli Bir Değerde Olması

5236 Sayılı Kanun ile HUMK'ya eklenen 526A/II'de istinaf kanunyoluna başvurabilmek için, malvarlığı davalarına ilişkin kararlar açısından bir alt sınır getirilmektedir. Miktar veya değeri bin Yeni Türk Lirasını geçmeyen malvarlığı davalarına ilişkin olarak verilen kararlar, kesin hüküm kabul edilmektedir. Yani belli değer altındaki malvarlığına ilişkin ilk derece mahkemesi kararı, değiştirilemez nitelikte

<sup>127</sup> İhtiyati haciz talebinin reddi kararı için temyiz kanunyolunun kabulünün eleştirisi için bkz.: Yıldırım-Deren, s. 439-443.

<sup>128</sup> Yılmaz, *İstinaf*, s. 56.

<sup>129</sup> Bkz.: Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 557.

<sup>130</sup> Bkz.: Yıldırım-Deren, s. 440-443.

şekli anlamda kesin hüküm sıfatına sahip olmaktadır.<sup>131</sup> Bu alt sınır tespit edilirken, dava edilen uyuşmazlığın, yani dava konusunun değeri açısından değil, istinafa başvuran tarafın menfaati açısından değerlendirme yapılmaktadır.<sup>132</sup> Yani aynı hukuki ilişkiden doğan alacağın bir kısmı dava edilmiş olsa bile, alacağın tamamı dikkate alınacaktır. (HUMK, madde 426A/III) Alacağın tamamı dava edilmiş ise asıl isteminin reddedilen kısmı bin Yeni Türk Lirasını geçmeyen taraf için son karar, kesin hüküm niteliğinde olacaktır. (HUMK, madde 426A/IV)

Bu hüküm karşısında diyebiliriz ki, ülkemizde değere bağlı istinaf sistemi söz konusudur. Yani belli miktar altında değer ifade eden malvarlığı davalarına ilişkin kararlar için kanun yolu imkânı kapalı olacaktır. Kanun yoluna başvuru olarak somutlaşan hak arama özgürlüğüne getirilen bu sınırlandırma, Anayasa Mahkemesi kararlarına göre<sup>133</sup> davaları hızlandırmak ve Yargıtay'ın iş yükünü hafifletmek için kamu yararı amacıyla getirilen sınır olma özelliğine sahiptir. Fakat her sınırlandırmanın da bir sınırı mevcuttur. Bu da en genel şekliyle Anayasa madde 13'te ifadesini bulan "Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzenine ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama ve hakkın özüne dokunmama"dır. Bu ilkeler ışığında hak arama özgürlüğünü tesis etmek adına, söz konusu değerler altında yer

alsa da birtakım davalar için kanun yolu imkânı tanınmalıdır.<sup>134</sup> Kanun yolu imkânı açısından izne/kabule bağlı istinaf sistemi önemli bir fonksiyon icra edecektir.<sup>135</sup> Böylece değer olarak belirtilen sınırın altında olsa da hukuki bakımdan önem arz edebilecek davalara karşı da kanun yolu imkânı tanınabilecektir.

Almanya Medeni Usul Kanunu 511/II-2'de malvarlığına ilişkin olan kararlar için 600 €'luk değer aşılması kriteri üzerinden değere bağlı istinaf sistemi yanında son kararı veren ilk derece mahkemesinin iznine bağlı olarak "izne bağlı istinaf" kurumunu da kabul etmektedir.<sup>136</sup> Böylece de maddi değeri az olsa da hukuk sistemine katkıda bulunabilecek kararlara karşı da kanun yolu mekanizması öngörülmektedir.

Dolayısıyla belirtmeliyiz ki, malvarlığı davaları dışındaki davalar için istinafa başvuru açısından değer üzerinden herhangi bir sınırlandırma mevcut değildir.

## b. Şahsa İlişkin Olarak Aranılan Şartlar

Özel hukuka hâkim olan bireysel hakların etkin korunması amacı çerçevesinde uyuşmazlığın tarafı konumundaki ilk derece mahkemesindeki muhakemenin tarafları istinafa başvurabilecektir. Çünkü son karardan bireysel hakları etkilenen kural olarak, taraflardır.

Kanun metninde, hakkında lehe hüküm verilen tarafın kanun yoluna başvurup vuramayacağına ilişkin herhangi bir açıklama mevcut değildir. Burada da "temyiz" kanun yolu sisteminde öngörülen (HUMK, madde 427/II) "hukuki yarar"<sup>137</sup> şartına bağlı olarak son karar

<sup>131</sup> Her uyuşmazlık, hukuki barış ve güvenliği sağlamak adına bir kesin hüküm ile sona ermelidir. Kesin hüküm, şekli anlamda kesin hüküm ve maddi anlamda kesin hüküm olarak iki fonksiyona sahip bulunmaktadır. Şekli anlamda kesin hüküm, hükmün değiştirilemez, dokunulamaz kabul edilmesini; maddi anlamda kesin hüküm ise hükmün içerik olarak bağlayıcı olması, hüküm ile çelişik kararların verilememesi ve hükme konu uyuşmazlığın tekrarlanamamasını ifade etmektedir. Bkz.: Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 811-828. Üstündağ, s. 693-724. Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 594-609. Ergun Önen, *Medeni Yargılama Hukuku*, Ankara 1979, s. 327-335; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 508-521.

<sup>132</sup> Kuru-Arslan-Yılmaz; *Başvuru Hakkı*, s.139.

<sup>133</sup> Anayasa Mahkemesi Kararı T: 20.01.1986, E: 1985/23 K: 1986/2 (AMKD S. 22, C.1; Y. 1987, s. 12 vd.); Anayasa Mahkemesi Kararı T: 23.05.2001, E: 2001/232, K: 2001/89 (AMKD S. 37, C. 1, Y. 2002, s. 541 vd.). Karar değerlendirmeleri için bkz.: Alangoya, s. 17-48. Yılmaz, *"Başvuru Hakkı"*, s. 131 vd.; Özbek, s. 62-74; Ökçesiz, s. 75-78.

<sup>134</sup> "HUMK madde 427'deki sınır altında kalan kararlara karşı, bunların 'keyfi' olmaları veya Anayasa'da tanınmış bulunan yargısal temel hakları ağır ihlalleri halinde, temyiz yolunun açılması, aksi takdirde hak arama hürriyetinin özüne dokunulmuş olacağı sonuçlarına varılmaktadır." Alangoya, *Anayasal Temel*, s. 48. "... miktar veya değer sınırlaması, yeknesak hukuk uygulamasından ayrılan mahkeme kararlarının temyizen incelenmesine engel olmadığı takdirde ve ölçüde kabul edilebilecektir." Özbek, s. 68.

<sup>135</sup> Aynı yönde bkz.: Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 558.

<sup>136</sup> Bkz.: Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 558, dipnot 64; Yılmaz, s. 62, dipnot 64.

<sup>137</sup> Geniş bilgi için bkz.: Yıldırım, Nevhis Deren; *"Dava Şartı Olarak Hukuki Hımaye İhtiyacına Eleştirel Bir*



lehinde olan taraf da istinaf kanunyolu mekanizmasını çalıştırabilmelidir.<sup>138</sup>

Hakkında hüküm tesis edilemeyen (HUMK, madde 57) fer'i müdahilin katıldığı taraftan bağımsız olarak tek başına kanunyoluna başvurup başvuramayacağı tartışmalıdır.<sup>139</sup> Bu çerçevede davaya katılan taraf, istinaf hakkından feragat etmiş<sup>140</sup> ise veya istinaf süresini geçirmiş ise fer'i müdahil istinafa başvuramayacaktır.<sup>141</sup> Fakat fer'i müdahil talebi reddedilen üçüncü kişi, bu ara karara karşı, katıldığı taraf istinafa başvurmasa da, istinaf kanunyoluna başvurabilir.<sup>142</sup> Ayrıca kendi üzerine hüküm tesis edilemeyeceği kuralı ihlal edilerek hakkında hüküm tesis edilmiş fer'i müdahilin de istinafa başvurabileceği kabul edilmektedir.<sup>143</sup>

Yargılama birliği mevcut olmakla birlikte her birinin davasının bağımsızlığını koruduğu ihtiyari dava ortaklığında, her ortak birbirinden bağımsız olarak istinaf kanunyoluna başvurabilecektir.<sup>144</sup> Böylece de kanunyoluna başvurmayan taraf için hüküm kesinleşecektir.

Zaruri dava ortaklığında ise taraflardan birinin tek başına istinafa başvurup başvuramayacağı tartışmalıdır. Alangoya v Üstündağ, ortaklardan birinin istinafa müracaatının diğer ortaklar hakkında da hüküm tesis edeceğini kabul ederken;<sup>145</sup> Kuru-Arslan-Yılmaz ve

Pekcanitez-Atalay-Yılmaz ise taraf teşkilinin mümkün olmadığından bahisle tek bir ortağın istinafa başvuramayacağını kabul etmektedir.<sup>146</sup>

### c. Süreye İlişkin Olarak Aranılan Şartlar

5236 Sayılı Kanun ile HUMK'ya eklenen 426E maddesi, istinaf kanunyoluna başvuru süresini 15 gün olarak belirtmektedir. Bu sürenin başlangıç tarihi, son kararın taraflardan her birine tebliği tarihi olmaktadır. Yani taraflar için tebliğ tarihine bağlı olarak ayrı ayrı işleyen süreler söz konusu olacaktır.

İstinafa başvuru süresi, aynı maddede 08.01.1943 tarihli ve 4353 Sayılı Kanun'a tâbi kamu kurumları için 30 gün olarak ifade edilmektedir. Davanın taraflarından birinin kamu kuruluşu olması haline bağlı olarak taraflar arasında böyle bir ayırım yapmak, eşitlik ilkesine, özel olarak adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil etmektedir.<sup>147</sup> Bu çerçevede de Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda gerekli düzenleme yapılmıştır.<sup>148</sup>

rın her biri tarafından yapılması halinde diğer ortaklar bakımından da etkili olması"nı kabul eden Türk doktrin ve içtihadının (8. HD 12.09.1995 94/5172 YKD 1995/11 s. 1774) etkili olduğunu belirtmektedir.

<sup>146</sup> Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 570; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 573.

<sup>147</sup> Bkz.: Anayasa Mahkemesi T: 2.12.2004, E: 2001/216, K: 2004/120. Kararda şu ifadelere yer verilmektedir: "Hukuk davalarında, davacı veya davalı ister gerçek, ister tüzel kişi veya kamu tüzel kişisi ya da hazine olsun, netice itibarıyla 'taraf' sıfatını alır. 'taraf' olma itibarıyla davacı veya davalının hukuki durumları aynıdır. İtiraz konusu düzenleme ile hukuki konuları aynı olduğu halde, 4353 Sayılı Kanun kapsamındaki kamu idare ve kuruluşları ile davanın diğer tarafını teşkil eden, fakat anılan kanun kapsamı dışında kalan kuruluş ve kişiler arasında farklı kurallar getirilerek bir taraf lehine ayrıcalık tanınmaktadır." Geniş bilgi için bkz.: Seyithan Deliduman, "Anayasa Mahkemesi'nin HUMK Madde 195/II ve Madde 432/I'e İlişkin 02.12.2004 Tarih, 2001/216 E., 2004/120 K. Sayılı Kararı'nın Değerlendirilmesi ve Eleştirisi", Legal HD, Yıl 4, Sayı 45, Eylül 2006, s. 2703-2710.

<sup>148</sup> Söz konusu eleştiriler çerçevesinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı madde 349: "İstinaf yoluna başvuru süresi onbeş gündür. Bu süre, ilâmın usulen taraflardan her birine tebliğiyle işlemeye başlar. İstinaf yoluna başvuru süresine ilişkin özel kanun hükümleri saklıdır." şeklinde düzenlenmiştir.

**Bakış**", YD Yıl 1995, (Kısaltma: Hukuki Himaye İhtiyacı), s. 224 vd.

<sup>138</sup> Bkz.: Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 574; Özekes, s. 3105.

<sup>139</sup> Bkz.: Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 727; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 573. Yargıtay kararları.

<sup>140</sup> Pekcanitez, fer'i müdahilin, taraf feragat etmediği sürece kanunyoluna başvurabileceğini belirtmektedir. Pekcanitez, s. 573.

<sup>141</sup> Bkz.: Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 567, dipnot 111-112.

<sup>142</sup> Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 567 ve 170; Üstündağ, s. 863-864; Kuru-Arslan-Yılmaz. Yargıtay kararları.

<sup>143</sup> Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 567 ve 170. Yargıtay kararı.

<sup>144</sup> Bkz.: Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 567-568 ve 152; Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 570 Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 573.

<sup>145</sup> Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 568; Üstündağ, s. 375. Alangoya, bu sonuca varmada "müddeabih üzerinde tasarruf sonucu doğurmayan usuli işlemlerin ortakla-

Almanya, İsviçre ve Avusturya Medeni Usul Hukukları, istinafa başvuru süresini 30 gün kabul etmektedir. Kanun Tasarısı'nda 30 gün olan başvuru süresinin kısaltılmasının yerinde olmadığı kanaatindeyim.<sup>149</sup> Çünkü ileride göreceğimiz gibi istinaf kanun yoluna başvuru sürecinde istinaf sebep ve gerekçelerinin dilekçede gösterilmesi istenmekte (HUMK, madde 426B/II-6) ve istinaf kanun yolu muhakemesi de taraflarca ileri sürülen bu sebepler üzerinden gerçekleşmektedir. (HUMK, madde 426O) İstinaf sebep ve gerekçelerini belirtme eylemi zaman gerektiren bir eylemdir. Bu çerçevede Alman Medeni Usul Kanunu, istinafin gerekçelendirilmesi için taraflara son kararın tebliğinden itibaren beş aylık süre vermektedir.<sup>150</sup>

İstinaf başvurusu tebliğ tarihinden itibaren 15 günlük (4353 Sayılı Kanun'a tâbi kamu kurumları için 30 gün) süre içerisinde yapılması gerektiğinden istinaf başvuru tarihinin tespiti önem arz etmektedir. İstinaf başvurusunda bulunma tarihini tespit açısından HUMK madde 178 yürürlüktedir. (HUMK, madde 426C/III) Söz konusu HUMK madde 178 hükmünün Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 06.02.1984 tarihli kararı<sup>151</sup> ile birlikte düşünülmesi ile gerekli harç ve giderlerin yatırıldığı tarih, istinaf dava ikame tarihi olacaktır. Fakat ilgilinin dava dilekçesini daha sonraki bir tarihte kaleme teslim ettiğinin belgelenmesi halinde, kaleme kayıt tarihi, dava ikame tarihi olarak kabul edilecektir.

İstinaf başvurusuna cevap dilekçesi de istinaf dilekçesinin tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde yetkili makamlara verilmelidir. (HUMK, madde 426G/II) Cevap dilekçesine ilişkin süre için 4343 Sayılı Kanun'a tabi kamu kuruluşları için herhangi bir özel düzenlemeye yer verilmemiştir.

#### **d. Şekle İlişkin Olarak Aranılan Şartlar**

5236 Sayılı Kanun ile HUMK'ya eklenen 426B/I'de, istinaf kanun yoluna başvuru şekli

<sup>149</sup> Aynı yönde bkz.: Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 566. Aksi yönde bkz.: Ergün, s. 12.

<sup>150</sup> Bkz.: Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 566.

<sup>151</sup> Yargıtay Büyük Genel Kurulu İBK. T: 06.02.1984, E: 1983/7, K: 1984/3, YKD: 1984/4, s. 513-522.

olarak yazılı şeklin, dilekçe usulünün benimsendiği görülmektedir.

İstinaf dilekçesinde bulunacak hususlar şunlardır:

- Başvuran ile karşı tarafın davadaki sıfatları, adı, soyadı ve adresleri,
- Varsa yasal temsilci ve vekillerinin adı, soyadı ve adresleri,
- Kararın hangi mahkemeden verilmiş olduğu ve tarihi ile sayısı,
- Kararın başvurana tebliğ edildiği tarih,
- Kararın özeti,
- Başvuru sebepleri ve gerekçesi,
- İstem sonucu,
- Başvuranın veya varsa yasal temsilci yahut vekilinin imzası.

Yukarıda belirtilen hususlar, istinaf dilekçesinde bulunması arzulanan, ideal bir dilekçede yer alması öngörülen hususlardır. İstinaf dilekçesi, başvuranın kimliği ve imzası ile başvurunun konusu olan kararı yeteri kadar belli edecek kayıtları taşıması halinde HUMK madde 426O maddesi çerçevesinde inceleme kapsamına alınmaktadır. (HUMK, madde 426B/III) Yani bu asgari içerikteki dilekçe, istinaf kanun yolu talebinin kabule şayanlığı için yeterli olmaktadır. HUMK 426O maddesi de istinaf incelemesinin, kamu düzenine aykırılık durumu dışında dilekçede belirtilen istinaf sebepleri ile sınırlı olarak yapılacağını belirtmektedir. Dolayısıyla inceleme için yeterli görülen asgari dilekçe içeriği ile ilk derece mahkemesi kararı, ancak kamu düzenine aykırılık üzerinden inceleme konusu olacaktır.

HUMK 426B maddesi 426O maddesi ile birlikte düşünüldüğünde, bireyin istinaf muhakemesinde etkin olabilmesi için istinaf sebep ve gerekçelerini, istinaf dilekçesinde belirtmesi gerekmektedir.

İstinaf sebepleri konusunda HUMK sessiz kalmaktadır. İstinaf sebeplerinin açıkça gösterilmemesi kimi yazarlar tarafından eleştirilmekte<sup>152</sup>, kimileri tarafından da istinafin nite-

<sup>152</sup> Yılmaz, s. 62.

liği açısından uygun bulunmaktadır.<sup>153</sup> İstinaf sebeplerinin gösterilmesinin aranmasının arka planında yargılamanın hızlandırılması ilkesi bulunmaktadır. İstinaf sebeplerinin taraflarca gösterilmesinin yargılamayı hızlandırıp hızlandırmayacağı üzerinden büyük tartışmalar yaşandığı belirtilmektedir.<sup>154</sup>

İstinaf sebeplerini daha iyi anlamlandırma da yardımcı olabileceği için Avusturya örneğine yer vermeyi uygun buluyorum.<sup>155</sup>

Avusturya Medeni Usul Kanunu, istinaf sebeplerini tüketici bir şekilde saymamakta; doktrin ise istinaf sebeplerini dört ana başlık altında incelemektedir. Bunlar şu şekilde ifade edilmektedir:

- Mahkeme tarafından re'sen dikkate alınması gereken ağır usul hataları,
  - Taraf tarafından ileri sürülmesi gereken önemli usul hataları,
  - Fiili meselenin yanlış tespit edilmiş olması,
  - Hukuki değerlendirmenin hatalı olması.
- Ağır usul hataları,
- *Ağır yargılama hataları*; yargı hakkının olmaması, kanun yolunun kabule şayan olmaması, kesin yetkiye aykırılık, davaya bakması yasak olan hâkimin davaya bakması gibi”,
  - *Tarafların davaya katılmasına yönelik temel esaslara aykırılık*; taraf veya dava ehliyetinin bulunmaması, kanuni temsildeki hatalar, vekâletinin bulunmaması, iki taraflı yargılama esasına aykırılık gibi,
  - *Dava konusuna ilişkin hatalar*; kesin hüküm ve feragat rağmen davanın görülmesi şeklinde,
  - *Adil yargılamaya ilişkin hatalar*; hukuki dinlenilme hakkına aykırılık, aleniyet ilkesinin ihlali, çelişik hükümler gibi,

hatalar olarak sayılmaktadır.

<sup>153</sup> Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 573.

<sup>154</sup> Lanfers, *Die Berufungsbegründung nach neuen Zivilprozessrecht*, Koblenz 1936, s. 8 vd'den naklen, Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 559.

<sup>155</sup> Bilgi için bkz.: Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 562-563. Almanya örneği için bkz.: Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 563-566.

Önemli usul hataları, nispi nitelikte yani hükme tesiri ölçüsünde dikkate alınacak sebeplerdir. *Doğrudanlık ilkesinin ihlaline*, hâkimin davayı maddi açıdan sevk yetkisinin ihlali gibi durumlar örnek verilmektedir.

*Fiili meselenin takdirinde hata*, delillerin yanlış değerlendirilmesi veya tecrübe kurallarının yanlış uygulanması sebebiyle vakianın hatalı değerlendirilmesi olarak ifade edilmektedir.

*Hukuki değerlendirmenin hatalı olması ise* hukuk kuralının doğru yorumlanmaması, yanlış hukuk kuralının uygulanması olarak ifade edilmektedir.

HUMK, istinaf gerekçesinin unsurları, gerekçede hangi hususların yer alması konusunda da sessiz kalmaktadır. Bu konuda da istinaf gerekçesinin unsurlarına yer veren Alman Medeni Usul Kanunu'na değineceğim.<sup>156</sup>

Alman Medeni Usul Kanunu madde 520/III'te istinaf gerekçesinin unsurlarına yer vermektedir. Buna göre istinaf gerekçesinde şu hususlar bulunmalıdır:

- Hükümün hangi kısmının iptal edilmek istendiği ve hükümde hangi değişikliklerin talep edildiğine (istem sonucu) ilişkin açıklama,
- Hükümün hukuka aykırılığına neden olan vakıalar ile bunların iptali istenen karar üzerindeki etkilerine ilişkin açıklama,
- Hükümün doğruluğu ve bütünlüğü hakkında kuşku uyandıran ve bu nedenle yeni bir tespit yapılmasını gerektiren somut dayanak noktalarına ilişkin açıklama,
- Bozulması istenen hükme ilişkin olarak yeni iddia ve savunma sebepleri.

Görülmektedir ki, taraf, istinaf gerekçesinde istem sonucu ile bu talebi doğuran vakıaları ve vakıaların karar üzerindeki etkisini açıklayıcı ifadelerle dilekçesinde yer vermelidir.

HUMK, istinaf dilekçesinde yer alacak olan “istem sonucu”na ilişkin de herhangi bir belirleyici hüküm içermemektedir. Hâlbuki istem sonucu, hükümün istinaf başvurusuna konu

<sup>156</sup> Bilgi için bkz.: Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 559-562.

olan bölümünü ve kararda hangi değişikliğin istendiğini belirleyen unsur olmaktadır.<sup>157</sup> İstem sonucu, tarafın iradesinin net bir şekilde açıklandığı, dolayısıyla da taraf iradesine göre şekillenen istinaf muhakemesini de belirleyecek olan önemli bir unsurdur.

Yukarıda belirttiğimiz hususlar, katılma yolu ile istinaf dilekçesi için de geçerlidir. Cevap dilekçesi de istinaf dilekçesinde yer alan istinaf sebep ve gerekçelerine cevap niteliğinde ifadeler yanında HUMK madde 426B/II'de yer alan hususları taşıması uygun olacaktır.<sup>158</sup>

Bunlara ilave olarak belirtmeliyiz ki, cevap dilekçesi veya katılma yolu ile istinaf dilekçesinde karşılık dava, davaya katılma, davanın ıslahı, HUMK madde 45/I hükmü saklı kalmak kaydıyla davanın birleştirilmesine ilişkin herhangi bir talebe yer verilemez. (HUMK, madde 426R/I)

Ayrıca bölge adliye mahkemelerinin yer bakımından yetkisine ilişkin taraflar arasında yetki sözleşme yapılamaz, yapılmış bir sözleşme de hüküm ifade etmeyecektir. (HUMK, madde 426R/II)

### e. Harç ve Giderlerin Yatırılmasına İlişkin Olarak Aranılan Şartlar

İstinaf dilekçesi yetkili makama verilirken harç ve diğer giderlerin yatırılması gerekmektedir. Muhakeme masraflarının eksik yatırılması halinde ise, kararı veren mahkeme, ilgiliye eksik giderlerin yedi (7) günlük kesin süre<sup>159</sup> içerisinde tamamlanması, aksi halde istinaf talebinin yapılmamış sayılacağına ilişkin olarak karar verileceğini bildirir. Eksik giderlerin yatırılmaması halinde kararı veren mahkemeye, istinaf başvurusunun yapılmamış sayılmasına karar verilir. Bu karara karşı istinaf kanun yolu açıktır. (HUMK madde 426D)

<sup>157</sup> Rosenberg-Schwab-Gottwald, Rdnr. 40A'den naklen, Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 570. Bkz.: Yıldırım, s. 126-127; Konuralp, s. 4; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 576; Özekes, s. 3107.

<sup>158</sup> Yılmaz, s. 67.

<sup>159</sup> **Kesin Süre:** Hâkim tarafından dahi değiştirilemez, azaltılıp çoğaltılamaz süreyi ifade etmektedir. Mahkeme tarafından re'sen göz önüne alınır. Bilgi için bkz.: Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 861-862.

## 3. İstinaf Kanun yoluna Başvuru ve Sonuçları

### a. İstinaf Kanun yoluna Başvuru

İstinaf kanun yoluna başvuru, dava açılması şeklinde gerçekleşmektedir.<sup>160</sup> İstinaf, asıl muhakeme içerisinde bir tali davadır. Bir uyuşmazlığın çözümlenmesi isteniyorsa, bunun dava şeklinde yargılama makamı önüne getirilmesi gerekmektedir. Çünkü "Davasız yargılama olmaz."

İstinaf kanun yolu dava ikamesinde istinaf dilekçesi, kararı veren ilk derece mahkemesi veya herhangi bir yer ilk derece mahkemesine verilebilir. Dilekçenin verileceği makam açısından herhangi bir sınırlama mevcut değildir, Bölge Adliye Mahkemesi'ne sunma zorunluluğu söz konusu değildir. Böyle bir düzenlemenin sebebinin basitliği sağlamak olduğu kadar, üst mahkeme yoluna başvurmanın gerçekleştirdiği "kesinleşmeyi önleme sonucu" nun bir an önce etkisini göstermesi olduğu ifade edilmektedir.<sup>161</sup>

İstinaf dilekçesi verilirken tebliğ giderleri de dâhil olmak üzere gerekli harç ve giderler ödenir. (HUMK, madde 426D)

Dilekçeyi alan mahkeme, dilekçeyi kendi nezdinde bulunan Bölge Adliye Mahkemesi Başvuru Defteri'ne kaydeder ve başvuran kişiye ücretsiz "alındı belgesi" verir. Dilekçenin teslim edildiği mahkeme, kararı veren mahkeme değilse, dilekçeyi başvuru defterine kaydettikten sonra, dilekçeyi örnekleri ile birlikte kararı veren mahkemeye gönderir ve bu durum "derhal" kararı veren mahkemeye bildirilir. (HUMK, madde 426C/I-II) Gecikmenin önlenmesi konusunda hassasiyetini dile getiren "derhal" ifadesi, "en kısa süre" şeklinde anlaşılmalıdır.

İstinaf kanun yolu dava ikamesi tarihi HUMK madde 178 hükmü çerçevesinde tespit edilecektir. (HUMK, madde 426C/III) Da-

<sup>160</sup> İstinaf'ın, genel ifade ile kanun yolunun dava olarak kabulü için bkz.: Nurullah Kunter-Feridun Yenisey-Ayşe Nuhoğlu, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 1251-1252; Ergün, s. 9.

<sup>161</sup> Selçuk Öztekin, s. 108.

va ikamesi ile taraflar ve mahkeme arasında usulî bir ilişki başlar, yani muhakeme başlar

Kararı veren mahkeme tarafından istinaf dilekçesinin karşı tarafa tebliği üzerine (HUMK, madde 426G/I) karşı taraf, istinaf kanunyuoluna başvurma hakkına sahip olmasa veya istinaf süresini geçirmiş olsa da cevap dilekçesi ile katılma yolu ile istinaf başvurusunda bulunabilir. (HUMK, madde 426H/I) Katılma yolu ile istinaf başvurusu için cevap dilekçesi için öngörülen süreye uymak gerekmektedir. Katılma yolu ile istinaf, asıl istinaf isteminde bulunan tarafın hakkında başvurduğu hükme yönelik olmalıdır.<sup>162</sup> Asıl istemin yöneldiği hüküm, birden fazla netice-i talep içerdiği durumda, istinaf isteminin yönelmediği netice-i talep hakkında katılma yolu ile istinaf mümkündür.<sup>163</sup>

Katılma yolu ile istinaf, "kanunyuolu" olarak ifade edilemez.<sup>164</sup> Çünkü katılma yolu ile istinaf talebi, asıl istinaf başvurusuna bağlı bir süreçtir. Asıl istinaf talebinde bulunan taraf, bu talebinden vazgeçer/feragât eder<sup>165</sup> veya talebi esasa girilmeksizin reddedilirse, katılma yolu ile istinaf başvurusu hükümsüz kalır (HUMK, madde 426H/II) Ayrıca taraflar, kabul veya sulh<sup>166</sup> ile ilk derece mahkemesindeki uyuşmazlığı sona erdirirlerse de katılma yolu ile istinaf başvurusu hükmünü yitirir.<sup>167</sup> Yani katılma yolu ile istinaf, asıl istinaf talebinin esastan incelenmesine bağlı olarak muhakeme kapsamına alınmaktadır. Cevap dilekçesi ile birlikte katılma yolu ile istinaf istemi, kararı veren mahkeme veya bu mahkemeye gönderilmek üzere başka bir yer mahkemesine verilebilir. (HUMK, madde 426G/II)

Kararı veren mahkeme nezdinde hazırlanan dosya, istinaf dilekçesinde gösterilen daire ile bağlı olunmaksızın yer bakımından yetkili bölge adliye mahkemesine gönderilir. (HUMK, madde 426C/IV) Bu çerçevede Bölge Adliye Mahkemesi Başkanlar Kurulu tarafından belirlenecek iş bölümü<sup>168</sup>, ilk derece mahkemelerine doğru yetkili makama gönderme yapmaları için bildirilmelidir. İstinaf kanunyuolu için yer bakımından yetki, kamu düzenine ilişkin bir konudur.<sup>169</sup> Bölge adliye mahkemesi, kararı veren ilk derece mahkemesi kendi yer bakımından yetkisi kapsamında değilse, duruşma yapmaksızın dosyayı yetkili bölge adliye mahkemesine gönderecektir. (HUMK, madde 426M/b.I-3) Ayrıca taraflar, bölge adliye mahkemesine ilişkin olarak yetki sözleşmesi yapamaz. (HUMK, madde 426R/II) Gerçi ilk derece mahkemesine ilişkin yapılan yetki sözleşmesi, dolaylı olarak bölge adliye mahkemesi açısından da etkili olsa da, bağımsız olarak bölge adliye mahkemesinin yer bakımından yetkisini etkileyici herhangi bir sözleşme hüküm ifade etmeyecektir.

İstinaf başvurusunda bulunma hakkına sahip olan taraflar, bu haklarından feragat edebilirler. Fakat öncelikle kanunyuoluna başvuru hakkının doğmuş olması gerekir, yani ilk derece mahkemesi kararının var olması ve tarafa tebliğ edilmiş olması gerekmektedir.<sup>170</sup> (HUMK, madde 426I/I) Feragat, istinaf yoluna başvurulduktan sonra da yapılabilir. Bu halde dosya henüz Bölge Adliye Mahkemesi'ne gönderilmemişse kararı veren mahkemece, gönderilmiş ve henüz karara bağlanmamış ise Bölge Adliye Mahkemesi'nce istinaf talebinin

<sup>162</sup> Rosenber-Schwab-Gottwald, ...Rdnr.19'den naklen, Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 571.

<sup>163</sup> Örnek için bkz.: Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 571, dipnot 136.

<sup>164</sup> Yılmaz, s. 68; Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 571, dipnot 130.

<sup>165</sup> Feragât ile vazgeçme(geri alma) kavramlarının farklı tanımları içerdiğine ilişkin olarak bkz. Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 451. Aksi yönde bkz.: Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 620. Kavramlar için bkz.: Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 450-456; Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 620-624.

<sup>166</sup> Her iki kavram için bkz.: Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 456-460; Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 625-636.

<sup>167</sup> Ergün, s. 14.

<sup>168</sup> Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun madde 35/I: "Bölge adliye mahkemesi başkanlar kurulunun görevleri şunlardır: 1. Bölge adliye mahkemesi hukuk ve ceza dairelerinin numaralarını ve aralarındaki işbölümünü belirlemek, daireler arasında çıkan iş bölümü uyuşmazlıklarını karara bağlamak"

<sup>169</sup> Bkz.: Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 574-575; Yılmaz, s.64; Özekes, s. 3106; Konuralp, s. 2.

<sup>170</sup> "... Davanın taraflarının istinaf yoluna başvurma hakkından feragat edebilmeleri için ilâmın kendilerine tebliğ edilmiş olması koşulu öngörülmüştür. Böylece, bir hak doğmadan ondan feragat edilemeyeceği kabul edilmiştir." Madde Gerekçesi'nden. Ayrıca bkz.: Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 525.

reddi kararı verilir. (HUMK, madde 426İ/II) Medeni muhakemede uyuşmazlık üzerinde, taraf/ tarafların iradesinin etkinliğini gösteren feragat kurumu dışındaki aynı etkinliğe sahip olan kabul, sulh ve vazgeçme kurumları da feragat kurumuna kıyasla uygulanabilir.

### ***b. İstinaf Kanun yoluna Başvuru Sonuçları***

İstinaf kanun yoluna başvuru ile bir dava ikame edilmiş olmaktadır.<sup>171</sup> Yani bir uyuşmazlık dile getirilmektedir. Fakat bu uyuşmazlık, ilk derece mahkemesi önüne getirilen asıl uyuşmazlıktan farklılaşmakta, tali nitelik arz etmekte, yargılama makamı faaliyetine ilişkin olmaktadır.

İstinaf kanun yoluna ilişkin dava ikamesi ile yeni bir muhakeme faaliyeti başlamaktadır. Taraflar arasında ve taraflar ile mahkeme arasında usulî bir ilişki doğmaktadır. İstinaf muhakemesinde bir tarafı, ilk derece muhakemesindeki taraflardan biri olarak ifade edersek, diğer taraf ilk derece muhakemesinde yer alan karşı taraf ile ilk derece mahkemesi olmaktadır.<sup>172</sup> Başlayan muhakeme, tam anlamıyla bağımsız, tek başına bir muhakeme değildir. İlk derece mahkemesi önünde uyuşmazlığın dile getirilmesi ile başlayan asıl muhakemenin devam ettiği tali bir muhakeme söz konusudur.<sup>173</sup>

İstinaf kanun yoluna başvurunun en önemli sonucu, ilk derece mahkemesi kararı üzerindeki erteleyici etkisidir. İstinaf başvurusu ile ilk derece mahkemesi kararının şekli anlamda kesin hüküm niteliğini kazanması ertelenmektedir, yani kararın kesinleşmesi önlenmektedir.<sup>174</sup>

Erteleyici etkinin kapsamına, kararın icraî etkisi girmemektedir. Yani kural olarak istinaf başvurusuna konu teşkil eden karar, icra edilebilir. Bu hüküm ile amaç, hükmün icrasının yani etkinliğinin gecikmesindeki sakıncanın

önüne geçmektir.<sup>175</sup> Tabi ki bu çerçevede İcra ve İflas Kanunu 36. maddeye göre icranın geri bırakılması talep edilebilir. Fakat nafaka kararları hakkında icranın geri bırakılması kararı verilemez. (HUMK, madde 426J/I)

Erteleyici etki, kişiler ve aile hukuku ile taşınmaz mal ve bununla ilgili aynî haklara ilişkin kararlarda icranın durdurulması sonucunu doğurmaktadır. (HUMK, madde 426J/II)

İstinaf kanun yoluna başvurunun diğer sonucu ise ilk derece mahkemesi kararının istinaf sebepleri ve kamu düzenine ayrılık noktaları üzerinden bölge adliye mahkemesince muhakeme edilmesi, yani karar üzerindeki “geliştirici-aktarıcı etki”dir.<sup>176</sup> Aktarıcı etki kapsamındaki muhakeme, hem olgu hem de hukuk açılarından gerçekleştirilecektir. Kararın ikinci bir mahkeme tarafından muhakeme edilmesi, muhakeme faaliyetinin kolektifliğini sağlamakta ve yargılama faaliyetine olan güveni artırmaktadır.

İstinaf kanun yoluna başvuru ile “aleyhe bozma yasağı” olarak ifade edilen, kanun yoluna başvuran aleyhine karar verememe evrensel ilkesi yürürlük kazanabilmektedir. Fakat ilkenin uygulanabilmesi için tek bir tarafın istinafa başvurmuş olması gerekmektedir. Diğer tarafın da istinafa başvurması halinde aleyhe bozma yasağı devreye giremeyecektir.

## **4. İstinaf Kanun yolu Muhakemesi**

### ***a. Kararı Veren Mahkeme Nezdinde Muhakeme***

#### **1) Genel Olarak**

İstinaf kanun yolu dava ikamesinin ardından kararı veren mahkeme önünde de bir muhakeme süreci yaşanmaktadır.

Kararı veren mahkeme, istinaf dilekçesini üç nokta üzerinden inceler. Bunlar:

- Süre açısından
- Kesinlik açısından

<sup>171</sup> Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, s. 1251-1252.

<sup>172</sup> Geniş bilgi için bkz.: Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, s. 1252.

<sup>173</sup> Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, s. 1251-1252.

<sup>174</sup> Bkz.: Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 577; Konuralp, s. 4-5; Özekes, s. 3109.

<sup>175</sup> Konuralp, s. 5; Ergün, s. 15.

<sup>176</sup> Bkz.: Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 578; Konuralp, s. 5; Özekes, s. 3108.

- Harç ve diğer giderlerin ödenmesi açısından

İstinaf dilekçesi, yasal süre geçtikten sonra verilmiş ise veya kesin olan bir karara ilişkin başvuru söz konusu ise kararı veren mahkeme, istinaf dilekçesinin reddi kararı verecektir. Bu karara karşı kararın ilgiliye tebliği tarihinden itibaren yedi (7) gün içerisinde istinaf kanunyu imkânı tanınmaktadır. Bu red kararına ilişkin olarak istinaf kanunyuoluna başvurulur ve gerekli giderler de yatırılırsa dosya, bölge adliye mahkemesine gönderilir. Bölge adliye mahkemesi yapacağı yargılamada red kararını yerinde görmezse, istinaf dilekçesi çerçevesinde istinaf kanunyuoluna yargılamasını gerçekleştirecektir. (HUMK, madde 426F)

İstinaf başvurusu sırasında yatırılması gereken giderler üzerinden yapılan yargılamada giderlerin eksik yatırıldığı görülürse, ilgiliye ödemeyi tamamlaması için yedi (7) günlük kesin süre verildiği, aksi halde istinaf başvurusunun yapılmamış sayılacağı bildirilir. Kesin süre içerisinde eksik giderilmezse, istinaf başvurusu yapılmamış sayılma kararı verilir. Bu karara karşı da, kararın tebliği tarihinden itibaren yedi (7) günlük süre içerisinde istinaf kanunyuoluna başvuru imkânı mevcuttur. İstinaf başvurusunun yapılmamış sayılması kararına ilişkin istinaf kanunyuoluna başvurulur ve gerekli giderler de yatırılırsa, dosya bölge adliye mahkemesine gönderilir. Bölge adliye mahkemesi, istinaf başvurusunun yapılmamış sayılma kararını yerinde görmezse, istinaf dilekçesi çerçevesinde istinaf kanunyuoluna yargılamasını gerçekleştirir. (HUMK, madde 426D)

## 2) Dilekçeler Teatısı

İstinaf dilekçesinin yetkili makama verilmesi ile başlayan istinaf kanunyuoluna muhakemesinin yürütmesinde taraf eylemlerini ifade eden dilekçeler teatısı, kararı veren mahkeme nezdinde gerçekleştirilecektir.

Kararı veren mahkemece, ilk derece mahkemesindeki uyuşmazlığın karşı tarafını oluşturan kişi sayısınca verilen istinaf dilekçesi örnekleri, karşı tarafa tebliğ edilir. Karşı taraf, dilekçenin tebliğinden itibaren on beş (15) gün içerisinde cevap dilekçesini kararı veren mahkemeye veya bu mahkemeye gönderil-

mek üzere diğer bir yer mahkemesine verebilecektir. (HUMK, madde 426G/I-II)

HUMK içerisinde istinaf kanunyuoluna aşamadaki cevap dilekçesinin içeriğine ilişkin herhangi bir açıklama mevcut değildir. Bu konuda istinaf dilekçesi içeriğinin uygun olduğu ölçüde cevap dilekçesi için de yürürlükte olduğu kabul edilmektedir.<sup>177</sup>

Kendisine istinaf dilekçesi tebliğ edilen taraf da istinaf dilekçesine bağlı olarak katılma yolu ile istinaf kanunyuoluna başvurabilir. (HUMK, madde 426H/I) Karşı taraf, istinaf kanunyuoluna başvuru hakkına sahip olmasa veya başvuru süresini kaçırmış olsa da cevap dilekçesi ile belirteceği istinaf sebep ve gerekçeleri<sup>178</sup> ile istem sonucu üzerinden istinaf kanunyuoluna başvurabilir. Katılma yolu ile istinaf başvurusuna karşı, asıl istinaf isteminde bulunan taraf da dilekçenin kendisine tebliğinden itibaren on beş (15) gün içerisinde cevap dilekçesi verebilecektir. (HUMK, madde 426H/I)

Kararı veren mahkeme önündeki muhakeme aşamasında gerçekleşen dilekçeler teatısı, katılma yolu ile istinaf imkânı göz önüne alınmazsa, her iki taraf için birer dilekçeden ibaret olacaktır.<sup>179</sup>

Kararı veren mahkeme, dilekçeler verildikten veya bunun için belirtilen sürelerin geçmesinin ardından, dizi listesine göre dosyayı, istinaf dilekçesinde gösterilen daire ile bağlı kalmaksızın yer bakımından yetkili bölge adliye mahkemesine gönderir. (HUMK, madde 426G/III ve HUMK, madde 426C/IV)

## b. Bölge Adliye Mahkemesi Nezdinde Muhakeme

### 1) Genel Olarak

Bölge adliye mahkemesi tarafından gerçekleştirilecek istinaf kanunyuoluna muhakeme-

<sup>177</sup> Bkz.: Yılmaz, s. 67.

<sup>178</sup> İstinaf sebep ve gerekçelerinin cevap dilekçesi ile yapılan istinaf başvurusunda gösterilmemesi halinde, bölge adliye mahkemesi, bu istinaf istemini, sadece kamu düzenine aykırılık üzerinden inceleyecektir (HUMK madde 4, 260'dan kıyasen).

<sup>179</sup> Konuralp, s. 6.

sine ilişkin genel kural, HUMK madde 426U'da ifade edilmektedir. Bu hükme göre "Bu fasılda aksine hüküm bulunmayan hallerde ilk derece mahkemesinde uygulanan yargılama usulü, bölge adliye mahkemesinde de uygulanır."

Söz konusu hüküm, istisnai atıf hükmü niteliğinde görünse de, HUMK'nın istinafa ilişkin hükümleri arasında istinaf muhakemesini ayrıntılı olarak düzenleyen hükümler yer almadığından genel hüküm niteliğindedir.<sup>180</sup> Yani bölge adliye mahkemesi nezdindeki istinaf kanunyolu muhakemesi, kural olarak, ilk derece mahkemesinde uygulanan yargılama usulü üzerinden yürütülecektir. Tabii ki, istinaf kanunyolu muhakemesinin özelliklerine uygun olanlar uygulanma imkânı bulacaktır. HUMK'da yer alan istinaf muhakemesine ilişkin hükümler de özel hüküm olarak genel kuralı sınırlandırıcı nitelikte olacaktır.

Bu çerçevede bölge adliye mahkemesinin istinaf muhakemesini yürütme basamaklarını, ilk derece muhakeme basamakları üzerinden dilekçeler teatisi aşaması, kabule şayanlık inceleme aşaması (ön inceleme), tahkikat (inceleme) aşaması, sözlü yargılama aşaması ve hüküm aşaması olarak belirtebiliriz. Fakat dilekçeler teatisi aşaması, kararı veren ilk derece mahkemesi nezdinde gerçekleşeceğinden bölge adliye mahkemesinde bu süreç yaşanmayacaktır.

Özel olarak ifade edilmektedir ki, bölge adliye mahkemelerinde yürütülecek istinaf muhakemesinde karşılık dava açılmaz, davaya katılma isteminde bulunulamaz, davanın ıslahı ve HUMK madde 45/1 hükmü saklı kalmak kaydıyla davaların birleştirilmesi istenemez, bölge adliye mahkemesince re'sen göz önüne alınacaklar dışında, ilk derece mahkemesi önünde ileri sürülmeyen iddia ve savunmalar dinlenemez, yeni deliller getirilemez. Ancak ilk derece mahkemesinde usulüne uygun olarak gösterildiği halde incelenmeden reddedilen veya mücbir bir sebeple gösterilmesine olanak bulunmayan deliller, bölge adliye mahkemesince değerlendirilebilecektir. Ayrıca bölge adliye mahkemeleri için taraflar arasında yetki sözleşmesi yapılamaz. (HUMK, madde 426R)

<sup>180</sup> Bkz.: Konuralp, s. 6.

## 2) Ön İnceleme (Davanın Görülebilirlik Şartları) Aşaması

Bölge adliye mahkemesi, dilekçeler teatisi tamamlanmış bir şekilde kendisine gönderilen dosya üzerinde, istinaf talebinin görülebilir, esasına girilebilir olup olmadığı hususlarında ön inceleme gerçekleştirecektir. Ön inceleme, kolaylıkla tespit edilebilecek bazı temel hususların eksikliği halinde davayı süratle sonuçlandırmak ve davanın bölge adliye mahkemesi nezdinde uzun süre beklemesini önlemek için gerekli kararın öncelikli olarak verilmesi imkânını sağlamaktadır.<sup>181</sup>

Ön inceleme; HUMK madde 426L gereği görev bakımından yetki, başvuru şartları ile istinaf sebep ve gerekçelerinin gösterilme noktaları üzerinden yapılmaktadır. Bölge adliye mahkemesi söz konusu noktalar üzerinde öncelikle gerekli kararı verecektir. Bölge adliye mahkemesinin yapacağı ön inceleme neticesinde kanundaki ifadesi ile vereceği "gerekli karar" kavramı tartışmalı bir husustur.<sup>182</sup>

Görev bakımından yetki üzerinden yapılacak inceleme, istinaf muhakemesinin bölge adliye mahkemesi daireleri arasında yapılan iş bölümü çerçevesinde hangi dairece yapılması gerektiğine ilişkin incelemeyi ifade etmektedir. Yapılacak inceleme neticesinde istinaf muhakemesi, başka bir dairenin görev alanına giriyor ise, kanaatimce ilgili daireye gönderme kararı verilecektir.<sup>183</sup>

Başvuru şartları açısından inceleme ise yukarıda "İstinaf Kanunyoluna Başvuru Şartları" başlığı altında incelediğimiz şartlara ilişkin incelemeyi ifade etmektedir. Bu kapsama istinaf kanunyoluna konu teşkil eden kararın kesin olup olmadığı, istinaf kanunyoluna başvuru süresinin geçip geçmediği, dilekçenin asgari şartları taşıyıp taşımadığı yönünden yapılan incelemeler girmektedir. Zaten HUMK madde 426F çerçevesinde kararı veren ilk derece mahkemesi de kararın kesinliği ve

<sup>181</sup> Bkz.: HUMK 426L madde gerekçesi Bkz.: Zekeriya Yılmaz, *Gereğe ve Tutanaklarla İlk Derece ve Bölge Adliye Mahkemeleri İle HUMK'da İstinafa Dair Kanunlar*, Adalet Yayınları, Ankara 2005, s. 264); Öztekin, s. 109.

<sup>182</sup> Bkz.: Yıldırım, s. 130; Konuralp, s. 7; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 578; Özekes, s. 3109.

<sup>183</sup> Bkz.: Ergün, s. 1



başvuru süresi açılardan inceleme yapmakta, böylece de bu şartlara uygunluk daha önceki aşamada denetlenmektedir. Fakat kararı veren ilk derece mahkemesi, bu konuda bir karar vermemiş ise, bölge adliye mahkemesi yapacağı ön inceleme neticesinde başvuru şartları açısından bir eksiklik görürse, istinaf talebi reddedilecektir.<sup>184</sup>

İstinaf muhakemesinin kapsamını belirleyecek olan istinaf sebep ve gerekçesi de bölge adliye mahkemesi tarafından ön inceleme konusu yapılmaktadır. Yapılacak ön inceleme sonucunda istinaf sebep ve gerekçelerinin gösterilmediği anlaşılırsa, bölge adliye mahkemesi, istinaf talebini sadece kamu düzenine aykırılık üzerinden inceleyecek ve bu çerçevede gerekli kararı verecektir.<sup>185</sup> Görülmektedir ki, istinaf dilekçesinde istinaf sebep ve gerekçelerinin gösterilmemesi, asıl incelemeye, davanın esasına girmeye engel değildir. (HUMK, madde 426O) Bu halde inceleme, kamu düzenine aykırılık üzerinden gerçekleştirilmektedir. Yani istinaf sebep ve gerekçeleri üzerinden yapılan ön inceleme, kabule şayanlık incelemesi konumunu aşmakta, istinaf talebi, kamu düzenine aykırılık sebebi üzerinden asıl inceleme konusu yapılmaktadır.

Ön incelemeye ilişkin olarak dikkati çeken diğer bir husus, kararı veren ilk derece mahkemesinin, istinaf talebinin yönlendirildiği bölge adliye mahkemesi yargı alanı içerisinde yer almaması konusunun asıl inceleme kapsamında duruşmasız olarak değerlendirileceği hususudur. (HUMK, madde 426M/I-3) Kamu düzeninden olan bölge adliye mahkemesinin yer bakımından yetkisi konusu, davanın görülebilirliği incelemesi çerçevesinde ön inceleme kapsamında yer alması gereken bir konudur.<sup>186</sup>

Bölge adliye mahkemesi tarafından gerçekleştirilecek ön inceleme aşaması, var ise

katılma yolu ile istinaf başvurusu üzerinden de gerçekleştirilmelidir.<sup>187</sup>

### 3) Asıl İnceleme (Tahkikat) Aşaması

#### a) Genel Olarak

Bölge adliye mahkemesince yapılacak ön inceleme sonucu, eksiklik bulunmadığı anlaşılan dosya üzerinde "inceleme" safhasına geçilmektedir. HUMK madde 426N maddesinin başlığını oluşturan "inceleme" kavramının Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 213 vd. yer alan "tahkikat" safhasını ifade ettiği, madde gerekçesinde belirtilmektedir. Tahkikat; mahkemenin, tarafların karşılıklı iddia ve savunmaları ile bunların ispatı için gösterilen delilleri toplaması ve incelemesidir.<sup>188</sup> Yani bu safhada tarafların ileri sürdüğü istinaf sebeplerinin gerçekliği tahkik ve tespit edilmektedir.

Tahkikat aşaması, davanın özelliğine, inceleme konusunun önem ve kapsamına göre heyet tarafından veya görevlendirilecek üye tarafından gerçekleştirilecektir. (HUMK, madde 426N ve madde gerekçesinden)

Tahkikat aşaması, istinaf dilekçesinde/katılma dilekçesinde belirtilen istinaf sebepleri ile sınırlı olarak yapılacaktır. (HUMK, madde 426O) Yani tahkikat aşamasının çerçevesini istinaf sebepleri belirleyecektir. Bu hal, medeni muhakemeye hâkim olan taraf iradesinin göstergelerinden biridir. İnceleme, gerek istinaf dilekçesi gerek katılma yolu ile istinaf dilekçesinde belirtilen istinaf sebeplerinin doğruluk derecesi üzerinden ilk derece mahkemesi kararının hukuka uygunluğunun araştırulmasını ifade etmektedir. Bölge adliye mahkemesi istinaf sebepleri yanında, taraflar tarafından ileri sürülmemiş dahi olsa kamu düzenine ilişkin hususları re'sen inceleme konusu yapacaktır. (HUMK, madde 426O)

Tahkikat aşamasının istinaf sebepleri ile sınırlı olmasının sebebi, HUMK madde 426O madde gerekçesinde, bölge adliye mahkemesinin ilk derece mahkemesi kararında hukuka aykırılık bulması halinde, kural olarak yapacağı

<sup>184</sup> Bkz.: Özkes, s. 3110; Yıldırım, s. 572.

<sup>185</sup> HUMK madde 426N Gerekçesinden (Bkz.: Zekeriyâ Yılmaz, s. 265).

<sup>186</sup> "426L hükmü, dosya önüne gelen istinaf mahkemesinin yetkili olmaması hali düzenlenmemiştir. Kanımızca, anılan hüküm bu durumda da kıyasen uygulanarak dosya ilk derece mahkemesine geri gönderilmeli." Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 735; Yılmaz, s. 71.

<sup>187</sup> Habscheid, ZPR, Rdnr. 793'ten naklen Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 572.

<sup>188</sup> Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 310.

uyuşmazlık hakkında yeniden karar verme faaliyetinin sınırlarını çizmek olduğu ifade edilmektedir.

İstinaf sebepleri ile sınırlı olarak yürütülecek muhakemenin işleyişine ilişkin net açıklayıcı hükümler mevcut değildir. İstinaf sebebi doğrultusunda taraf iradelerinin şekillendireceği muhakemede, taraf isteminin açık olarak ifade edileceği istem sonucunun rolü konusunda açık bir hüküm mevcut değildir. Yani bölge adliye mahkemesi, tarafın talebi ile bağlı mıdır? HUMK madde 426O'da yer alan sebep ile sınırlı incelemeyen de netice-i talebe ilişkin herhangi bir anlam çıkarılamamaktadır.<sup>189</sup> Bu soru karşısında medeni muhakemeye hâkim olan tarafın tasarruf ilkesi ve ilk derece muhakemesine ilişkin HUMK madde 74<sup>190</sup> hükmü çerçevesinde, bölge adliye mahkemesinin tarafın istem sonucu ile bağlı olduğunu ifade edebiliriz.

Açık olarak ifade edilmektedir ki, istinaf kanun yolunda bölge adliye mahkemesi tarafından re'sen göz önüne alınacaklar dışında ilk derece mahkemesi önünde ileri sürülme-yen iddia ve savunmalar ileri sürülemez ve yeni delillere de dayanılamayacaktır. (HUMK, madde 426R/I) Ancak ilk derece mahkemesinde usulüne uygun olarak gösterildiği halde incelenmeden reddedilen veya mücbir bir sebeple gösterilmesine olanak bulunmayan deliller, bölge adliye mahkemesince değerlendirilebilir. (HUMK, madde 426R/III) Bu hüküm, istinaf kanun yolunda yeni dava malzemesi yasağının varlığını göstermektedir. Fakat bu yasağın, birtakım deliller için delinmekte; ilk derece mahkemesi tarafından incelenmeden reddedilen veya mücbir bir sebeple gösterme olanağı bulunmayan deliller, istinaf kanun yoluna getirilebilmektedir.

HUMK madde 426R hükmündeki ifade-den, yeni dava malzemesi getirme yasağının, ilk derece mahkemesi nezdinde dile getirilen uyuşmazlığa ilişkin olduğu kanaatine sahibim.

<sup>189</sup> Yıldırım, s. 127.

<sup>190</sup> HUMK madde 74: "Kanunu Medeni ile muayyen haller mahfuz olmak üzere hâkim, her iki tarafın iddia ve müdafaaları ile mukayyet olup ondan fazlasına veya başka bir şeye hüküm veremez. Tahakkuk edecek hale göre talepten noksan ile hüküm caizdir."

Amaç, istinaf kanun yolunu, tarafların hatalarını düzeltebilecekleri, eksikliklerini tamamlayabilecekleri bir kanun yolunu değil, yargılama makamı hatalarının inceleme konusu yapıldığı kanun yolu kılmaktır. Yani istinafa sebep teşkil eden vakia, ilk derece mahkemesi eylemi ise bu doğrultuda dava malzemesi ileri sürülebilir ve değerlendirilmede kullanılabilir.

İnceleme aşaması, kural olarak ilk derece mahkemesinde uygulanan yargılama usulü üzerinden yürütülecektir. (HUMK, madde 426U) Dolayısıyla tahkikat aşamasında taraf dinlenilmesi, taraf isticvabı, tanık dinleme, keşif incelemesi, bilirkişi incelemesi gibi pek çok tahkikat işlemi, istinaf kanun yolu muhakemesinin bünyesine uyduğu ölçüde ve şekilde uygulanma sahası bulacaktır. Ayrıca bölge adliye mahkemelerinin birden fazla ili kapsayıcı yargı çevresine sahip olma özelliği, tahkikat işlemleri açısından hakkın korunması talebi ile zaman-emek kaybı arasında çelişkiye neden olabilecektir. Mesela keşif, bilirkişi incelemesi gibi olay mahallinde yapılması gereken işlemlerin yapılacağı yerin, bölge adliye mahkemesi yargı çevresi içerisinde bulunmakla beraber, onun kurulmuş olduğu il merkezi dışında yer alması halinde ne yapılabileceği istinafa yöneltilen eleştiriler içerisinde yer almaktadır.<sup>191</sup> Hakkın korunması talebi de en kısa zamanda en tatmin edici kararı vermeyi gerektirdiğinden, iki hususu gerçekleştiren nitelikte olabilecek istinabe kurumunun, istinaf kanun yolu muhakemesinde de yürürlük kazanması, HUMK madde 426N/II'de hükme bağlanmıştır. Bu doğrultuda bölge adliye mahkemesi, tahkikat işlemleri için aynı yargı çevresindeki ilk derece mahkemeleri ile farklı yargı çevresi içerisindeki bölge adliye mahkemesi ile ilk derece mahkemesine yönelik istinabe kurumunu çalıştırabilecektir. Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, muhakemeye hâkim ilkeler gereği (doğrudanlık, dolaylı delillerin hâkim tarafından serbestçe değerlendirilmesi, yargılamaya katılanların dinlenmesi gibi) özellikle keşif, bilirkişi incelemesi, tanık dinlenmesi, taraf isticvabı gibi delillerin ikamesinde hüküm mahkemesi olan ilk dere-

<sup>191</sup> Bkz.: HUMK madde 426N/II madde gerekçesi (Zekeriya Yılmaz, s. 265).

ce mahkemesinin istinabe edilmesinin yerinde olacağını ifade etmektedirler.<sup>192</sup>

Tahkikat aşaması, kural olarak duruşma yapılmak suretiyle gerçekleştirilecektir. (HUMK, madde 426P) Fakat HUMK 426M maddesinde sayılan hallerin varlığında, yargılamayı hızlandırmak adına duruşma yapılmasına gerek olmaksızın tahkikat süreci tamamlanabilmektedir.

#### b) Duruşma Yapılmasına Gerek Olmaksızın Tahkikat

Tahkikat aşamasının duruşma yapılmaksızın gerçekleşebileceği haller, HUMK madde 426M hükmünde usule ve esasa ilişkin sebepler içeren iki bent halinde incelenmektedir.

**Usule İlişkin Haller:** HUMK madde 426M/I'de yer alan haller, önemli, ağır usulî hata ve eksiklikleri ifade etmektedir. Bölge adliye mahkemesi, bu bentte sayılan hususların varlığına hükmederse, ilk derece mahkemesi kararını kaldırarak, davanın yeniden muhakeme edilmesi için kararı veren ilk derece mahkemesi veya kendi yargı çevresinde başka bir yer mahkemesine veya görevli veya yetkili mahkemeye gönderme kararı verir. Bunlar şu şekilde sıralanmaktadır:

- Davaya bakması yasak olan hâkimin karar vermiş olması,
- İleri sürülen haklı ret istemine rağmen reddedilen hâkimin davaya bakmış olması,
- Mahkemenin görevli ve yetkili olmasına rağmen görevsizlik veya yetkisizlik kararı vermiş olması veya mahkemenin görevli ya da yetkili olmamasına rağmen davaya bakmış bulunması veyahut mahkemenin bölge adliye mahkemesinin yargı çevresi dışında kalması,
- Taraf ve dava ehliyeti ya da davayı takip yetkisi bulunmayan veya vekil ve temsilci olmayan kimseler önünde davaya bakılmış ve karar verilmiş olması,<sup>193</sup>

<sup>192</sup> Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 573.

<sup>193</sup> Bkz.: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı madde 357/I-a-4: "Diğer dava şartlarına aykırılık bulunması" şeklinde düzenlenmiştir.

- Mahkemece usule aykırı olarak davanın veya karşılık davanın açılmamış sayılmasına, davaların birleştirilmesine veya ayrılmasına, merci tayinine karar verilmiş olması,
- Mahkemece, tarafların davanın esasıyla ilgili olarak gösterdikleri delillerin hiçbirini toplanmadan veya gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olmasıdır

Burada dikkati çeken hususlardan biri, 1. bentte yer alan ve kabule şayanlık şartları içerisinde ön inceleme konusu yapılması gerektiği kanaatini taşıdığım, istinaf inceleme konusunu oluşturan kararı veren ilk derece mahkemesinin, incelemeyi gerçekleştirecek bölge adliye mahkemesi yer bakımından yetkisi dışında yer alması halinin tahkikat aşamasında inceleme konusu yapılmasıdır.

Diğer bir husus da, 6. bentte yer alan taraflarca ileri sürülen delillerin ilk derece mahkemesince hiç toplanmamış veya hiç değerlendirilmemiş olması haline özgülenen gönderme kararıdır. Delillerin eksiksiz toplanması ve doğru olarak değerlendirilmesi, esas olarak ilk derece mahkemesinin görev alanına girer. Çünkü deliller ile en yakın zamanda ve doğrudan muhatap olma imkânına ilk derece mahkemesi daha yakındır. Bu hüküm çerçevesinde diyebiliriz ki, delil toplanma ve değerlendirme işlemi yetersiz de olsa gerçekleşmişse gönderme kararı verilemeyecektir.<sup>194</sup> Bu halde HUMK madde 426M hükmü dışında bir durum söz konusu olduğundan duruşma üzerinden inceleme yapılacaktır. Fakat bu durumun bölge adliye mahkemesinin iş yükünü artıracığı, Mukayeseli Hukuk'taki eğilimin ispat hususuna yeterli özen gösterilmemesi halinde ilk derece mahkemesine gönderme şeklinde olduğu ifade edilmektedir.<sup>195</sup>

HUMK madde 426M/I hükmü çerçevesinde verilen kararlar, kesin hüküm niteliğindedir.

<sup>194</sup> Aksi görüş için bkz.: Ergün, s. 33. Yazar, hükmü geniş yorumlayarak delillerin önemli bölümü toplanmamış veya delille değerlendirilerek bir hüküm kurulmamış ise gönderme kararı verileceğini ifade etmektedir.

<sup>195</sup> Yıldırım, s. 131, dipnot 17.

**Esasa İlişkin Haller:** HUMK madde 426M/II'de sayılan hallerde, bölge adliye mahkemesi, duruşma yapmaksızın esas hakkında karar verebilmektedir. Söz konusu hal-ler şu şekilde ifade edilmektedir:

- İncelenen mahkeme kararının usul veya esas yönünden hukuka uygun olduğu anlaşılmaması halinde başvurunun esastan reddine,
- Yargılamada eksiklik bulunmamakla beraber, kanunun olaya uygulanmasında hata edilip de yeniden yargılama yapılmasına ihtiyaç duyulmaması veya kararın gerekçesinde hata edilmiş ise düzeltilerek yeniden esas hakkında,
- Yargılamada bulunan eksiklikler duruşma yapmaksızın tamamlanacak nitelikte ise bunların tamamlanmasından sonra yeniden esas hakkında,

duruşma yapılmadan karar verilir.

1. bentte ifade edilen inceleme konusu kararın hukuka uygun olması halinde "*istinaf talebinin esastan reddine*" karar verilir. Bu hükmün, bölge adliye mahkemesinde duruşma yapılması imkânını gereğinden fazla engelleyeceği için eleştirildiği ifade edilmektedir.<sup>196</sup> Alman Hukuku'nda da istinaf başvurusunun başarısız olacağı veya hukuka aykırılık iddiasının yerinde olmadığı veya hukukun gelişmesi ve hukuk birliğinin gerçekleşmesi amacıyla istinafa gerek olmayan hallerde, oy birliği ile verilecek karar ile istinaf başvurusunun esastan reddedilebileceği ifade edilmektedir.<sup>197</sup> Fakat söz konusu ret kararı öncesinde başvurunun görüşünün alınması zorunluluğu mevcuttur. Alman Hukuku'ndaki bu düzenlemeye sakıncalı olabileceği gerekçesiyle tereddütle yaklaşılmaktadır.<sup>198</sup>

2. bentte belirtilen hallerde ise inceleme konusu karar, düzeltilerek yeniden esas hakkında hüküm verilir.

3. bentte yer alan halde ise söz konusu yargılama eksikliklerinin tamamlanmasından sonra yeniden esas hakkında hüküm verilir.

<sup>196</sup> Özbek, s.110.

<sup>197</sup> Bkz.: Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 574-575.

<sup>198</sup> Bkz.: Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 575, dipnot 156-157.

2. ve 3. bent çerçevesinde bölge adliye mahkemesi kararının ilk derece mahkemesi kararının hüküm sonucu ile aynı olması, o kararın bölge adliye mahkemesi kararı olma niteliğini zedelemeyiz. Fakat bu inceleme sonucunda bölge adliye mahkemesinin kararı, ilk derece mahkemesi kararından farklı olacak ise duruşmasız tahkikat yapılmaması gerekir. Özellikle yargılama eksikliklerinin giderilmesi hususunda duruşmasız tahkikat ile tarafların karar sürecine katılımını engellemek, hak arama özgürlüğüne aykırılık teşkil edebilecektir.<sup>199</sup> Söz konusu iki bentte de geçen "yeni-den esas hakkında" ifadelerinin, bölge adliye mahkemesi kararının, kararı veren mahkemenin hüküm sonucu ile aynı olması halini anımsattığını belirtmeliyim. Dolayısıyla bu yargının kabulü halinde, bölge adliye mahkemesi hüküm sonucu farklı içerikte olacak ise duruşmasız tahkikat söz konusu olmayacaktır. Tabi ki bu durum, uygulama sürecinde belirginlik kazanacaktır.

HUMK madde 426M/II hükmü çerçevesinde verilen kararları ise kesin nitelikte olmayıp temyiz kanun yolu açıktır.

### c) Duruşma Yapmak Suretiyle Tahkikat

HUMK madde 426M'de belirtilen haller dışında bölge adliye mahkemesi nezdinde tahkikat, kural olarak duruşmalı olarak yapılmaktadır. Duruşmanın fonksiyonu, tarafların da tahkikat aşamasına, soruşturma aşamasına katılımını sağlamak; tarafları, muhakemenin sonunu belirleyecek tahkikat aşamasında etkin kılmaktır.<sup>200</sup>

Bölge adliye mahkemesi, tahkikat aşamasını duruşmalı olarak yapacağına karar vermiş ise duruşma günü belirlenir ve taraflara tebliğ edilir. (HUMK, madde 426P) Taraflara gönderilen çağrı kâğıtlarında, duruşmada hazır bulunmadıkları takdirde araştırmanın yokluklarında yapılarak karar verileceği hususu ile ayrıca başvuran tarafa çıkartılacak çağrı kâğıdında, yapılacak tahkikatla ilgili olarak bölge

<sup>199</sup> Bkz.: Ergün, s. 36. Ayrıca bkz.: Yıldırım, s. 132. Yazar, bölge adliye mahkemesinin kararının ilk derece mahkemesi kararından farklı olması halinde, bu kararı "bozma kararı" olarak nitelendirmekte ve dosyanın ilk derece mahkemesine gönderileceğini ifade etmektedir.

<sup>200</sup> Bkz.: Özbek, s. 111.

adliye mahkemesince belirlenen gideri duruşma gününe kadar avans olarak yatırması gerektiği açıkça belirtilir. Çağrı kâğıdında yer alan muhtemel gidere ilişkin ödeme talebi ile tahkikatın gerekli masrafların yapılamaması sebebi ile gecikmesini engellenmek ve olabildiğince hızlı yapılmasını sağlamak amaçlanmaktadır.<sup>201</sup>

Başvuran, kabul edilebilir bir mazerete dayanarak duruşmaya gelemediğini bildirdiği takdirde, yeni bir duruşma günü tayin edilerek taraflara bildirilir.

Başvuran, mazeretsiz olarak duruşmalara katılmadığı veya tahkikatla ilgili giderler süresi içinde yatırılmadığı takdirde, dosyanın mevcut durumu üzerinden karar verilir. Şu kadar ki, öngörülen tahkikat yapılmaksızın karar verilmesine olanak bulunmayan hâllerde başvuru reddedilir. (HUMK, madde 426S) Yani tarafların katılımı ile arzulan soruşturma aşaması gerçekleştirilmeksizin karar verilmesi imkânsız ise, başvuranın istinaf istemi reddedilir. Kanaatimce bu kararı ile mahkeme, esasa girerek inceleme yapmaksızın istinaf istemini reddetmekte, dolayısıyla bu karar ile katılma yolu ile istinaf istemi de reddedilecektir.

HUMK madde 426U çerçevesinde istinaf kanun yolunda tahkikat süreci, özel hüküm bulunmayan hallerde HUMK'un tahkikata ilişkin hükümleri (HUMK, madde 213 vd.) üzerinden yürüyecektir.

Tahkikat hâkimi, tahkikatın hüküm için yeterli olduğu kanaatine sahip ise tahkikat sürecinin bittiği yönünde karar verir. (HUMK, madde 217/I) ve dosyayı muhakemenin hükme ulaşmasını sağlamak için mahkeme heyetine sunar. (HUMK, madde 375)

#### 4) Sözlü Yargılama Aşaması

Sözlü yargılama aşaması, muhakeme prosedüründe tahkikat aşaması sonrasında gelen ve tahkikat aşaması sonuçlarının muhakemenin makamlarınca değerlendirilerek hükme ulaşılan aşamayı ifade etmektedir. Fakat HUMK içerisinde yer alan istinafa ilişkin hükümlerde sözlü yargılamaya ilişkin herhangi bir hükme rastlanmamaktadır. Bu

durumda birtakım tereddütleri beraberinde getirmektedir.

**Özkes**, tahkikat aşamasında duruşma yapılmasına gerek görülmeyen hallerde sözlü yargılama yapmanın da gerekmediğini belirtmektedir. Çünkü duruşma yapılmasının gerekli görülmediği hallerde dosya içeriği yeterli görülmekte ve herhangi bir aşamaya ihtiyaç duyulmadan doğrudan dosya üzerinden karar verilmektedir. Tahkikat aşamasında duruşma yapılmasına karar verilmesi halinde ise sınırlı da olsa ilk dereceye benzeyen, örneğin tahkikatın genişletilmesi imkânının mevcut olduğu istinaf kanun yolunda sözlü yargılama aşamasının bulunmasının uygun olacağını belirtmektedir.

**Konuralp** ise sözlü yargılama aşamasının varlığının HUMK madde 426U'nun yorumuna bağlı olduğunu, kanun yolu muhakemesinin ilk derece muhakemesinden daha farklı ve daha kısa olacağını kabulü halinde sözlü yargılama aşamasının bulunmayacağını belirtmektedir.

#### 5) Hüküm Aşaması

##### a) Genel Olarak

Söz konusu uyuşmazlığı gidermek için istinaf muhakemesi bir hüküm ile sona erecektir. Yukarıda belirtilen muhakeme süreçleri sonrasında istinaf kanun yolunda hükmün nasıl verileceğine ilişkin herhangi bir kural HUMK'ta yer almamaktadır. HUMK madde 426U çerçevesinde hareket ederek, bölge adliye mahkemesi, ilk derece muhakemesinde yaşandığı gibi HUMK madde 381 gereği, mahkeme heyet halinde tarafların iddia ve savunmalarını dinledikten sonra yargılamanın sona erdiğini bildirerek kararı tefhim eder. Kararın tefhimi ise en az hüküm sonucunun okunması suretiyle gerçekleştirilir. (HUMK, madde 381/II) Zorunlu nedenlerle sadece hüküm sonucunun tefhim edildiği hallerde, gerekçeli karar on beş gün içerisinde açıklanmalıdır. (HUMK, madde 381/III)

##### b) Şekli Açından Hüküm

Bölge adliye mahkemesi, istinaf muhakemesi sonucunda HUMK madde 426T'de belirtilen hususları içeren bir hükme ulaşacaktır. Bu hususlar şunlardır:

<sup>201</sup> Ergün, s. 38.

- Kararı veren bölge adliye mahkemesi hukuk dairesi ile başkan, üyeler ve tutanak kâtibinin ad ve soyadları, sicil numaraları.
- Tarafların ve davaya ilk derece mahkemesinde katılanların kimlikleri ile varsa yasal temsilci ve vekillerinin adı, soyadı ve adresleri.
- Tarafların iddia ve savunmalarının özeti.
- İlk derece mahkemesi kararının özeti.
- İleri sürülen istinaf sebepleri.
- Taraflar arasında uyuşmazlık konusu olan veya olmayan hususlarla bunlara ilişkin delillerin tartışması, ret ve üstün tutma sebepleri, sabit görülen olaylarla bunlardan çıkarılan sonuç ve hukuki sebep.
- Hüküm sonucu ile varsa kanun yolu ve süresi.
- Kararın verildiği tarih, başkan ve üyeler ile tutanak kâtibinin imzaları.

Hüküm sonucu kısmında, gerekçeye ait herhangi bir söz tekrar edilmeksizin, istem sonuçlarından her biri hakkında verilen hüküm ile taraflara yüklenen borç veya tanınan hakların, tereddüde yer vermeyecek şekilde açıkça gösterilmesi gereklidir.

Görülmektedir ki, hükmün şekli içeriği konusunda ilk derece muhakemesi son kararına ilişkin HUMK madde 388 hükmü, birkaç zorunlu ilave ile tekrar edilmektedir.

### c. Hüküm Fıkrası Açısından Hüküm

Bölge adliye mahkemesi nihai kararının şekli açıdan taşıması gereken şartları yukarıdaki gibi belirten HUMK, son karar türlerini, yani hüküm sonucu türlerini net bir şekilde açıklayan herhangi bir düzenleme içermektedir. Bölge adliye mahkemesinin vereceği kararların hüküm sonuçlarına ilişkin çeşitli açıklamalar mevcuttur.<sup>202</sup> Bu açıklamalar arasında yer alan bölge adliye mahkemesi kararlarını, onama-bozma şeklinde tanımlamayı doğru bulmamaktayım. Çünkü onama

<sup>202</sup> Bkz.: Ergün, s. 1-2; Konuralp, s. 11-12; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 583-584; Özekes, s. 3113-3114; Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 576-577; Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 740-741; Yılmaz, s. 79-81; Yıldırım, s. 130-132.

veya bozma kararı, muhakemeyi maddi ve hukuki mesele açısından yeniden muhakeme eden bir süreç için söz konusu olmayacağı kanaatine sahibim. En basit şekliyle diyebiliriz ki, bölge adliye mahkemesi, istinaf istemini ret eder veya kabul eder veya gönderme kararı verir. İstinaf isteminin reddi çeşitli durumlarda söz konusu olduğu gibi, kabulü halinde de çeşitli durumlar ortaya çıkabilmektedir.

**İstinaf İsteminin Reddi Kararı:** Bölge adliye mahkemesi, istinaf istemini çeşitli hallerin varlığında ret edecektir.

- Bölge adliye mahkemesi, henüz ön inceleme aşamasında yapacağı inceleme sırasında, istinaf isteminde bulunan karar, kesin karar ise istemin reddi kararı verilecektir. (HUMK, madde 426L)
- Bölge adliye mahkemesi yine ön inceleme sırasında istem konusu kararın süresi içerisinde istinaf edilmediğini görürse istinaf isteminin reddi kararı verecektir. (HUMK, madde 426L)
- Ön incelemede istinaf başvuru için aranan şartların yerine getirilmediği görülürse, istinaf isteminin reddi kararı verilecektir. (HUMK, madde 426L)
- Ön inceleme sırasında istinaf dilekçesinde istinaf muhakemesinde inceleme kapsamını belirleyecek olan istinaf sebep ve gerekçeleri hiç gösterilmemiş ve kamu düzeni üzerinden inceleme söz konusu olmayacak ise, istinaf isteminin reddi kararı verilecektir. (HUMK, madde 426L)
- Yukarıda belirttiğimiz hallerde ön inceleme sonrası herhangi bir muhakeme süreci yaşanmaksızın, muhakeme bu kararlar ile sona erecektir. Ön inceleme sonunda verilen istinaf isteminin reddi kararları, kesin hüküm niteliğine sahiptir.<sup>203</sup>
- İstinaf talebinden bölge adliye mahkemesi nezdinde henüz karar verilmeden önce feragat edilirse, istinaf isteminin reddi kararı verilecektir. (HUMK, madde 426İ/II) Kabul, sulh, vazgeçme beyanlarının varlığı da feragat gibi sonuç ifa eder. Yani istinaf istemi reddedilir.

<sup>203</sup> Bkz.: Ergün, s. 34.

- İstinaf istemi gerek duruşmalı gerekse de duruşmasız inceleme (HUMK, madde 426M/II-1) ile haksız bulunur ise, yani ilk derece mahkemesi kararı usul ve esas yönünde hukuka uygun bulunursa istinaf isteminin esastan reddi kararı verilecektir.<sup>204</sup>
- İstinaf istemi duruşmalı tahkikat üzerinden incelenecek olması halinde başvuran tarafa gönderilen çağrı kâğıdı ile taraftan talep edilen giderlerin yatırılmaması halinde, öngörülen tahkikat yapılmaksızın karar verilmesi mümkün olmayan hallerde istinaf istemi red kararı verilir. (HUMK, madde 426S/III)
- Katılma yolu ile istinaf talebi hakkında da asıl istinaf talebinde bulunan feragat eder veya istemi esasa girilmeksizin reddedilirse, katılma yolu istinaf isteminin reddi kararı verilir. (HUMK, madde 426H/II)
- Yukarıda belirtilen bu kararlara karşı temyiz kanunyu açık bulunmaktadır.

**Dosyanın Gönderilmesi Kararı:** Bölge adliye mahkemesi, aşağıda belirtilen durumlarda dosyanın gönderilmesi kararı verecektir.

- Bölge adliye mahkemesi hukuk dairesi, ön inceleme sırasında söz konusu istinaf isteminin kendi iş bölümü sahasına girmediğini görürse, dosyanın görevli bölge adliye mahkemesi hukuk dairesine gönderilmesi kararı verecektir. (HUMK, madde 426L)
- Ön inceleme sonucu verilen bu karar, kesin hüküm niteliğindedir.<sup>205</sup>
- Bölge adliye mahkemesi, istinaf istemine konu kararı veren ilk derece mahkemesi kendi yargı çevresi (yer bakımından yetki) içerisine girmiyor ise yer bakımından yetkili bölge adliye mahkemesine gönderme

kararı verecektir.<sup>206</sup> (HUMK, madde 426M/I-3)

- Bölge adliye mahkemesi, HUMK madde 426M/I'de sayılan hallerin varlığında, esas yönünden bir inceleme yapmaksızın, ilk derece mahkemesi kararının kaldırılması ve davanın yeniden görülmesi için mahkemesine gönderilmesi kararı verecektir.

HUMK madde 426M/I çerçevesinde verilecek karar<sup>207</sup> doğrultusunda, dosya kararı veren mahkemeye veya yargı çevresi içerisinde başka bir yer mahkemesine ya da görevli ve yetkili mahkemeye gönderilecektir.<sup>208</sup>

Bu kararlara karşı kanunyu açık bulunmamaktadır. Dolayısıyla kesin olan bu kararlarda yapılan tespitler, maddi anlamda kesin hüküm çerçevesinde dosyayı tekrar inceleyecek olan ilk derece mahkemesini bağlayacaktır.

**Yeniden Esas Hakkında Karar:** Bölge adliye mahkemesi, istinaf istemini yerinde bulursa, ilk derece mahkemesi kararını kaldırarak, ilk derece mahkemesi önünde dile getirilen uyuşmazlık hakkında yeni bir hüküm verecektir.

HUMK madde 426M/II-2 ve 3. bentte yer alan haller karşısında verilecek karara özel olarak yer verilmiştir.

- Yargılamada eksiklik bulunmamakla beraber, kanunun olaya uygulanmasında hata

<sup>204</sup> Bkz.: Alangoya-Yıldırım-Yıldırım, s. 577, dipnot 167; Yıldırım, s. 131; Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 740; Yılmaz, s. 79. Yazarlar, söz konusu esastan ret kararını "onama" kararı olarak tanımlamaktadır. Karşı görüş için bkz.: Ergün, s. 34; Pekcanitez-Atalay-Özkes, s. 583; Özkes, s. 3113. Konuralp ise, teknik anlamda "onama" kararı olmadığını, fakat nitelik olarak benzediğini ifade etmektedir. Konuralp, s. 11.

<sup>205</sup> Ergün, s. 34. Ergün, bu kararı, "aidiyet kararı" olarak adlandırmaktadır. Bkz.: Ergün, s. 1.

<sup>206</sup> Bkz.: Konuralp, s. 2. Yazar, kararı veren mahkemenin bölge adliye mahkemesi yargı çevresi dışında olması halinde yetkisizlik değil, yetkisizlik sebebiyle gönderme kararı verileceğini ifade etmektedir.

<sup>207</sup> Yıldırım, HUMK madde 426M/I çerçevesinde verilen gönderme kararının bozma kararı niteliğinde olduğunu belirtmektedir. Yıldırım, s. 130-132. Aksi görüş için bkz.: Konuralp, s. 12.

<sup>208</sup> HUMK madde 426M/I'de hâkime tanınan mahkeme tayini hususuna eleştiri için bkz.: Ergün, s. 36-37. Yazar, madde metninin "...dosyanın kararı veren mahkemeye veya..." ifadesinden sonra "hâkimin davaya bakmaktan yasaklı olması veya hâkimin haklı bir sebeple reddedilmiş ve ret kararı kabul edilmiş ve o mahkeme yargı çevresinde davaya bakacak başka bir hâkim olmadığı takdirde kendi yargı çevresinde uygun göreceği başka bir yer mahkemesine" şeklinde değiştirilmesini önermektedir. Bu öneriyi katılmıyorum. Çünkü dosyaya aşına olan kararı veren mahkemeye dosyanın gönderilmesi esas olmalı, zorunlu bırakım hallerin varlığında başka bir yer mahkemesi dosyayı inceleyebilmelidir.

edilip de yeniden yargılama yapılmasına ihtiyaç duyulmadığı takdirde veya kararın gerekçesinde hata edilmiş ise düzeltmek suretiyle yeniden esas hakkında karar verilir. (HUMK, madde 426M/II-2)

- Yargılamada bulunan eksiklikler duruşma yapılmaksızın tamamlanacak nitelikte ise bunların tamamlanmak suretiyle yeniden esas hakkında karar verilir. (HUMK, madde 426M/II-3)
- HUMK'da diğer hallere ilişkin herhangi bir açıklama mevcut değildir. Ama istinafin maddi ve hukuki mesele üzerinde tekrar değerlendirme yapan kanunyolu türü olması, istinaf isteminin kabulü halinde yeniden esas hakkında karar vermesini gerektirmektedir. Bu hususta ilk derece mahkemesinde davacı ve davalı sıfatına sahip olan taraflar için ayrı ihtimaller düşünebiliriz.
- Bölge adliye mahkemesi tarafından ilk derece muhakemesinde davacı sıfatına sahip olan kimsenin talebi haklı bulunur ise, ilk derece kararının kaldırılarak yeniden esas hakkında (davanın kısmen veya tamamen kabulü kararı) karar verecektir..
- Bölge adliye mahkemesi, ilk derece mahkemesinde davalı sıfatına sahip kimsenin istinaf istemini kabul eder ise, ilk derece mahkemesi kararının kaldırılması ve yeniden esas hakkında karar (davanın kısmen veya tamamen reddi) verecektir.

## İSTİNAF KANUNYOLU KARŞISINDA TEMYİZ KANUNYOLU

### 1. Genel Olarak

Temyiz kanunyolu muhakemesi, dereceli yargılama içerisinde esas olarak hukuki denetim muhakemesi işlevine sahiptir. Fakat Türk Medeni Muhakeme Hukuku'nda ilk derece mahkemelerinin, uyuşmazlık konusu olayı/vakıyı değerlendirme faaliyetleri için herhangi bir denetleme muhakemesi bulunmadığından dolayı temyiz kanunyolu, HUMK madde 428/I-5 bent gereği maddi mesele değerlendirmesini de incelemektedir. İstinaf kanunyolu muhakemesinin dereceli yargılama

sürecine katılması ile temyiz kanunyolu muhakemesinin asli fonksiyonu olan hukuki denetim muhakemesi olma özelliğinin tekrar kazandırılması amaç edinilmektedir.

### 2. Temyiz Edilebilen Kararlar

Bölge adliye mahkemesinin temyiz edilebilen nihai kararları ile hakem kararlarına karşı temyiz yolu açık bulunmaktadır. (HUMK, madde 427/I)

Bölge adliye mahkemesinin temyiz edilebilen kararları, HUMK madde 428/I'de altı bent şeklinde belirtilen kararlar dışında kalan nihai kararları olmaktadır.

- Miktar veya değeri beş milyar lirayı geçmeyen davalara ilişkin kararlar,
- HUMK madde 8'de gösterilen davalar ile (Kat Mülkiyeti Kanunundan doğup gayrimenkulün aynına ilişkin olan davalar hariç) özel kanunlarda sulh hukuk mahkemesinin görevine girdiği belirtilen davalarla ilgili kararlar,
- Yargı çevresi içinde bulunan ilk derece mahkemeleri arasındaki yetki ve görev uyuşmazlıklarını çözmek için verilen kararlar ile merci tayinine ilişkin kararlar,
- Çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararlar,
- İrs ve soybağına ilişkin sonuçlar doğuran davalar hariç olmak üzere, nüfus kayıtlarının düzeltilmesine ilişkin davalarla ilgili kararlar,
- Yargı çevresi içindeki ilk derece mahkemeleri hâkimlerinin davayı görmeye hukuki veya fiili engellerinin çıkması halinde, davanın o yargı çevresi içindeki başka bir mahkemeye nakline ilişkin kararlar.

Böylece istinaf kanunyolu üzerinden dereceli yargılamadan geçmiş bulunan birtakım kararlar için temyiz kanunyolu kapatılmak suretiyle Yargıtay'ın iş yükü hafifletilmek istenmektedir.<sup>209</sup>

*Hakem kararları* için de temyiz kanunyolu açık durumdadır ve bu kararlar için herhangi

<sup>209</sup> HUMK madde 428 Gereği'nden (bkz.: Zekeriya Yılmaz, s. 268).



bir sınırlama mevcut değildir. Taraflar, hake-me başvuru ile uyuşmazlığın çözümlenmesi faaliyeti konusunda hakemi yetkili kılmaktadır. Hakem kararları için istinaf kanunyunun tanınması, dolayısıyla bölge adliye mahkemesinin uyuşmazlık hakkında yeniden karar verebilme ihtimali, tarafların iradesine aykırılık teşkil edecektir.<sup>210</sup> Hakem kararlarına karşı temyiz yolunun açık olması ise tahkim muhakemesinin hukuka uygunluğu denetlenmek suretiyle hukukun üstünlüğünün tesisi amaç edinmektedir.

### 3. Temyiz Kanunyu Muhakemesi

Temyiz kanunyu muhakemesi, kural olarak dosya üzerinden yapılmaktadır. (HUMK, madde 435/II) Fakat Yargıtay, tüzel kişiliğin feshine veya genel kurul kararlarının iptaline, evlenmenin butlanına veya iptaline, boşanma veya ayrılığa, velayete, soybağına ve kısıtlamaya ilişkin davalar ile miktar veya değeri on milyar lirayı aşan alacak ve aynı davalarda taraflardan birinin istemi halinde duruşma yapmak suretiyle inceleme yapacaktır. (HUMK, madde 435/II) Bunlar dışında Yargıtay, bilgi almak üzere re'sen de duruşma yapılmasına karar verebilmektedir. (HUMK, madde 435/IV)

Temyiz muhakemesi, taraflar tarafından ileri sürülen sebepler ile bağlı olmaksızın, kanun hükümlerine aykırılık görülen her hususu içerecek şekilde gerçekleştirilir. (HUMK, madde 435/I)

Yargıtay, temyiz muhakemesini esas olarak, HUMK madde 437'de dört bent halinde "bozma sebepleri" olarak sayılan sebepler çerçevesinde gerçekleştirilir. Bu sebepler şunlardır:

- Hukukun veya taraflar arasındaki sözleşmenin yanlış uygulanmış olması,
- Dava şartlarına aykırılık bulunması,
- Taraflardan birinin davasını ispat için dayandığı delillerin kanuni bir sebep olmaksızın kabul edilmemesi,

- Karara etki eden yargılama hatası veya eksiklikleri bulunması.

Görülmektedir ki, temyiz kanunyu, bölge adliye mahkemesi ve hakem/hakem heyeti faaliyetlerinin hukuka uygunluğunu denetleyen bir muhakeme olmaktadır.

### 4. Temyiz Kanunyunda Hüküm

Temyiz kanunyu muhakemesi sonucunda verilebilecek karar türlerini onama kararı, düzelterek onama kararı ve bozma kararı olarak ifade edebiliriz.

Onama kararı, inceleme konusu kararın hukuka uygun olduğunu ifade etmektedir. Yargıtay, onama kararlarını hukuka uygunluk gerekçeleri ile birlikte açıklamak zorundadır. (HUMK, madde 436/I) Bu şekilde formül onama olarak ifade edilen gerekçeden uzak onama kararlarının önüne geçilmek istenmektedir. Böylece de Yargıtay, hukuk üretme, içtihat mahkemesi olma özelliği göstermiş olacaktır.

Düzelterek onama kararı ise, kanunun olaya uygulanmasında hata edilmiş olması halinde, fakat yeniden yargılama yapmaya gerek görülmeyen hallerde söz konusu olmaktadır. Yargıtay, inceleme konusu kararı, değiştirerek ve düzelterek onama kararı vermektedir. Tarafların kimliklerine ait yanlışlıklarla, yazı, hesap veya diğer açık ifade yanlışlıklarının varlığı halinde de inceleme konusu karar değiştirilerek, düzeltilerek onama kararı verilir. Karar, usule ve kanuna uygun olup da gösterilen gerekçe doğru bulunmaması halinde de gerekçe değiştirilerek ve düzeltilerek, inceleme konusu karar onanır. (HUMK, madde 436/II-III-IV)

Bozma kararı ise, HUMK madde 437'de belirtilen sebeplerin varlığı halinde kısmen veya tamamen bozma şeklinde söz konusu olmaktadır.

Temyiz muhakemesi sonucunda verilen bozma kararı üzerine, dosya ya ilk derece mahkemesine ya da bölge adliye mahkemesine gönderilmektedir. Temyiz talebi, bölge adliye mahkemesinin "esastan ret" kararına ilişkin ise, bozma kararı sonrasında dosya, kararı veren ilk derece veya uygun görülen

<sup>210</sup> Bkz.: HUMK madde 427 Gerekçesi'nden (bkz.: Zekeriya Yılmaz, s. 268).

diğer bir ilk derece mahkemesine gönderilecektir. (HUMK, madde 439/I) Temyiz incelemesine konu karar, bölge adliye mahkemesinin “düzelterek yeniden esas hakkında karar” veya “yeniden esas hakkında karar” ise, bozma kararı üzerine dosya, kararı veren bölge adliye mahkemesi veya uygun görülen diğer bir bölge adliye mahkemesine gönderilir. (HUMK, madde 439/II)

Dava dosyası önlerine gelen ilk derece veya bölge adliye mahkemesi, bozma kararına uymak suretiyle yeni bir karar verirse, ilk derece mahkemesi tarafından verilmiş de olsa, bu karara karşı temyiz yoluna başvurulabilecektir. (HUMK, madde 439/IV)

İlk derece mahkemesi veya bölge adliye mahkemesi, Yargıtay’ın bozma kararına direnmek suretiyle yeni bir karar verirse, bu karara ilişkin temyiz yoluna gidilebilecek, fakat inceleme Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından gerçekleştirilecektir. (HUMK, madde 439/V)

## SONUÇ

Öncelikle belirtmeliyiz ki, istinaf kanunyolu, yargılamanın hızlandırılması hususundan ziyade hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı bağlamında güvence sağlayan bir kurum olma özelliğine sahiptir.

Bu genel tespitin ardından, 5236 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunun 20. maddesi ile yürürlükten kaldırılan, fakat yaşanan tartışmalar ve hak arama sürecindeki önemi binaen HUMK’nın Geçici 2. maddesinde yapılan değişiklik ile yürürlüğü devam edecek olan karar düzeltme kurumuna ilişkin kanaatlerimizi kısaca açıklamak istiyorum.

Karar düzeltme mekanizması, bölge adliye mahkemeleri kuruluncaya kadar yürürlükte kalmaya devam edecektir. Üç dereceli yargılama sistemini hayata geçirmeye çalışırken, iki dereceli sistemin tamamlayıcısı niteliğindeki karar düzeltme kurumunu, henüz istinaf kanunyolu işlemeden yürürlükten kaldırılması zaten mümkün olamazdı. Hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkını daha iyi gerçekleştirmek adına getirilmek istenen istinaf kanunyolu yürürlüğe girmeden, dava tarafları-

nı mevcut hukuki denetim aracından yoksun kılmak söz konusu haklara aykırılık teşkil edecekti. Ayrıca üçüncü derece güvence sistemi yürürlüğe girmeden karar düzeltme kurumunu kaldırmak, 5236 Sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesi öncesi ve sonrasında temyiz incelemesine tabi olan davalar arasında eşitliğe aykırı bir durumun ortaya çıkmasına sebep olacaktı.

5236 Sayılı Kanun ile hukukumuzda girecek olan istinaf kanunyolu muhakemesine ilişkin hükümler, temyize ilişkin hükümlerin uyarlanması niteliğindedir. Fakat istinaf, amaç ve görev açısından temyiz kanunyolundan farklı niteliklere sahip olduğundan üzerinde özel olarak düşünmeyi gerektirmektedir.

İstinaf kanunyolu ile medeni muhakemenin amacını teşkil eden subjektif hakların temini amaç edinilmekte ise sadece denetim mekanizmalarını zenginleştirmek yeterli olmayacaktır. Bunun yanında Türk Medeni Muhakemesi’nde ilk derece muhakemesine hâkim olan ilke ve kuralları da irdelememiz gerekmektedir.

İstinaf kanunyolu, yeni dava malzemesi getirmenin yasak olduğu bir süreçtir. Yani ilk derece mahkemesinin vakiaları ile bağlı olarak inceleme yapılmaktadır. Bunun için ilk derece muhakemesinde vakıa tespitleri, bireysel hakların temini açısından yeterli ölçüde gerçekleşmelidir. Fakat Türk Medeni Muhakemesi’nde geçerli olan yazılı yargılama ve bu usulün tamamlayıcısı niteliğindeki teksif ilkesi sebebiyle, dilekçeler teatisi sırasında sunulması gereken vakıalar, ıslah kurumu ve taraf rızası gibi kurumlar dışında değiştirilememektedir. Yani taraflar, istem sonuçlarını elde etmek için gerekli bütün vakıaları henüz dava ikamesi aşamasında ileri sürmelidirler. Bu ise, hukuk konusunda belli bir yetkinliği gerektirmektedir. Muhakeme sırasında hâkim de taraflara, ileri sürdükleri vakıa dışında başka vakıa getirmeleri konusunda herhangi bir hatırlatmada dahi bulunamamakta, sadece gerekli deliller konusunda yönlendirme yapabilmektedir. Zorunlu avukatlık sisteminin söz konusu da olmadığı medeni muhakeme sistemimizde, ilk derece muhakemesinde vakıa tespitleri taraf iradesine bırakılmaktadır. Bu durum da bireysel hakkın tesisine zarar verici olabilmektedir. Dolayısıyla sınırlı istinaf siste-

mi ile yeni malzeme yasağının söz konusu olduğu istinaf kanunyolu mekanizmamız açısından, ilk derece muhakemesinde vakia çerçevesini belirleme hususunda birtakım düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. Muhakemenin yargılama, iddia ve savunma şeklindeki üçayağının da muhakemedeki etkinliği artırılabilir. Sözlü yargılama usulü vurgulanabilir. Hâkim, bir arabulucu fonksiyondan ziyade davayı maddi bakımdan sevk yetkisi<sup>211</sup> olarak ifade edilen soru sorma, işaret etme, tartışma gibi yollarla vakıaların eksiksiz toplanmasını sağlayabilir. Taraflar, doğrudan soru sorma imkânına sahip olmalıdır. Sözlü yargılama ile malzeme getirmesi, karar aşamasına kadar mümkün olmalıdır. Burada söz konusu olabilecek davayı uzatma çabaları, hâkimin davayı sevk yetkisi ile bertaraf edilebilecektir. Burada muhakemenin üç sacayağı arasındaki güç dağılımını dengeli bir şekilde yapmak gerekmektedir.

İlk derece muhakemesinde bu tür değişiklikler, köklü bir değişiklik demektir. Bunun yerine zorunlu avukat sistemi ile dava malzemesi ikamesinin eksiksiz olması sağlanabilir. Bu kurum da taraflara ayrı bir yük getirecektir. Belki adli yardım kurumu ile bu zorluk aşılabilir. Fakat adli yardım kurumunun işlerliği de şüpheli bir durumdur. Bu sebeple sübjektif hakların tesisi adına en iyi çözüm ilk derece muhakemesinde köklü değişikliğe gitmek olacaktır.

Belirttiğimiz bu seçenekler, gerçekleştirilmesi zor olmakla birlikte yanında pek çok sorunları beraberinde getirebilecektir. İlk de-

rece muhakemesinde dava sayısını azaltarak, ilgililerin daha kısa sürede haklarına kavuşmasını sağlamak adına hak arama araçları olarak sadece mahkemeleri görmekten vazgeçmek, alternatif uyuşmazlık yöntemlerini de değerlendirme kapsamına almak gerekmektedir. Böylece uyuşmazlıklar, tarafların uyuştugu kişi/kişiler tarafından, uyuşmazlığa daha yakın bir zaman diliminde ve daha yakın mekânsal şartlarda çözümlenmiş olacaktır.

İlk ve ikinci derece muhakemede söz konusu olacak yeni malzeme getirme yasağı ile hükmün etkinliği (maddi anlamda kesin hüküm) dışında kalacak vakıalar, ikinci bir dava ile muhakeme edilebilir. Fakat bu şekilde birbiriyle bağlantılı vakıaların bölünmesi ile birtakım sorunlar ortaya çıkabilecektir. Yargılamanın yenilenmesi kurumu üzerinden tarafların, vakia ikamesindeki yetersizlikleri telafi edilebilir. Fakat en iyi çözüm ilk derece muhakemesinde maddi meseleye ilişkin vakıaların yeterli ikamesini sağlayıcı mekanizmaların devreye sokulmasıdır. Diğer hususlar, ancak yardımcı kurumlar olarak var olmalıdır.

İstinaf muhakemesi ile sübjektif hakların korunması, hukuki barış ve güvenlik amaçları birlikte değerlendirilmelidir. Bu çerçevede yeni dava malzemesi yasağı ile ilk derece muhakemesinin tekrarlanması engellenmek suretiyle hukuki barış ve güvenlik sağlanırken, bireysel hakların tesisi ve korunması için de dava malzemesi tespitinin ilk derecede eksiksiz yapılması sağlanmalıdır.

İstinaf muhakemesinde istinaf sebeplerinin dayanaklarını teşkil eden gerekçeler hususunda yeni malzeme getirme yasağı söz konusu olmamalıdır. Çünkü istinaf sebepleri ile yeni bir uyuşmazlık dile getirilmekte, mahkemenin faaliyetine ilişkin iddialar söz konusu olmaktadır. Gerçi 5236 Sayılı Kanun madde 426R'de yer alan yasak, ilk derece muhakemesindeki uyuşmazlığa ilişkin izlenimi verse de, bu hususun açık olarak düzenlenmesi yerinde olacaktır.

Değere bağlı istinaf sistemi yanında izne/kabule bağlı istinaf ile değer sınırlaması altında kalmakla birlikte hukuki öneme sahip kararların da denetimi sağlanmış olacaktır.

Sadece nihai kararlar değil, ara kararlar için de kanunyolu mekanizmaları devreye

<sup>211</sup> Kavram için bkz.: H. Walter Rechberher, *Avusturya Medeni Yargılamasında Yargılamanın Hızlandırılması*, in *İlkeler İşığı Altında Medeni Yargılama Hukuku*, Alkım Yayınları, 4. baskı, İstanbul 2003, s. 5 vd. Hâkimin muhakemedeki fonksiyonuna ilişkin geniş bilgi bkz.: H. Walter Rechberher, *Avusturya Medeni Yargılamasında Yargılamanın Hızlandırılması*, ve *İlkeler İşığı Altında Medeni Yargılama Hukuku*, Alkım Yayınları, 4. Baskı, İstanbul 2003, (Der.: M. Kamil Yıldırım), s. 1-16 (Çev.: M. Kamil Yıldırım); Eberhard- Ekkehard Becker, *"Dava Malzemesinin Taraflarca Getirilmesi İlkesinin Esasları ve Sınırları"*, ve *İlkeler İşığı Altında Medeni Yargılama Hukuku*, Alkım Yayınları, İstanbul 2003 (Der.: M. Kamil Yıldırım), s. 17-42 (Çev.: M. Kamil Yıldırım); Eberhard Schilken, *Medeni Yargılamada Hâkimin Rolü*, in *İlkeler İşığı Altında Medeni Yargılama Hukuku*, Alkım Yayınları, İstanbul 2003 (Der.: M. Kamil Yıldırım), s. 43-66 (Çev.: Yıldırım-Nevhis Deren).

sokulmalıdır. Çünkü mahkeme faaliyeti olma özelliğine sahip, hukuki konumları etkileyici olabilen ara kararların da denetimi zamanında gerçekleşmelidir.

5236 Sayılı Kanun madde 426U'da yer alan istinaf muhakemesini düzenleyen genel kuralın çerçevesi uygulama ile belirginlik kazanacaktır. Fakat bu hüküm farklı değerlendirmelere açık olması ile belirsizlik yaratabilecektir.

Kural olarak Haziran 2007 itibariyle yürürlüğe girmesi gereken bölge adliye mahkemelerine ilişkin, 2008'i de geride bırakmamıza rağmen bir ilerlemenin varlığını görememek endişe verici niteliktedir. Ama şunu belirtmeliyiz ki, hak arama özgürlüğü çerçevesinde anayasal hak niteliğine sahip dereceli yargılamayı gerçekleştirmek için istinaf kanun yolu mekanizması desteklenmelidir.

## Kaynakça

- A. Şeref Gözübüyük-A. Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Ankara 2004.
- Ahmet Akgündüz, *"Osmanlı Devleti'nde Adli Teşkilat Ve Yargılama Usulleri"*, *Yeni Türkiye*, Yargı Reformu Özel Sayısı, Temmuz-Ağustos 1996, Yıl 2.
- Ahmet Akman, *"Osmanlı Devleti'nde Hukuki Yapı Ve Adli Teşkilatta Tanzimat Sonrası Gelişmeler"*, *Yeni Türkiye*, Yargı Reformu Özel Sayısı, Temmuz-Ağustos 1996, Yıl 2.
- Ahmet Mumcu, *Divan-ı Hümayun*, 2. Baskı, Ankara 1986.
- Baki Kuru-Ramazan Arslan-Ejder Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku*, Genişletilmiş 17. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2006.
- Coşkun Üçok-Ahmet Mumcu, *Türk Hukuk Tarihi Ders Kitabı*, AÜHF Yayınları, Ankara 1976.
- Eberhard Schilken, "Medeni Yargılamada Hâkimin Rolü" ve *İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku*, Alkim Yayınları, İstanbul 2003 (Derleyen: Ömer Sivrihisarlı, *Hukuk Yargılamasında Maddi Hukuka İlişkin Temyiz Nedenleri ve Yargıtay Denetiminin Kapsamı*, İstanbul, 1978. M. Kamil Yıldırım), (Çev.: Nevhis Deren Yıldırım).
- Ejder Yılmaz, *"Hukuk Davalarında Yasayollarına Başvuru Hakkı ve Bu Hakkın Sınırlanılmasının Yerindeliği Sorunu"*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1988/1.
- Ejder Yılmaz, *İstinaf*, Yetkin Yayınları, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2005.
- Ekkehard Eberhard-Becker, *"Alman Medeni Usul Hukuku Reformu Hakkında"* ve 21. Yüzyılın Usul Hukuku Sorunları, (Derleyen ve çeviren: Nevhis Deren Yıldırım), Alkim Yayınları, İstanbul 2003.
- Ekkehard Eberhard-Becker, *"Dava Malzemesinin Taraflarca Getirilmesi İlkesinin Esasları Ve Sınırları" ve İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku*, (Derleyen ve çeviren: M. Kamil YILDIRIM), Alkim Yayınları, İstanbul 2003.
- Ekrem Buğra Ekinci, *Ateş İstidâsı – İslam-Osmanlı Hukuku'nda Mahkeme Kararlarının Kontrolü*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2001.
- Ergun Önen, *Medeni Yargılama Hukuku*, Ankara 1979.
- Fazıl Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, Ankara 1982.
- H. Yavuz Alangoya-M. Kamil Yıldırım-Nevhis Deren Yıldırım, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, 6. Bası, İstanbul 2006.
- Hakan Pekcanitez-Oğuz Atalay-Muhammet Özeker, *Medeni Usul Hukuku*, 5. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2006.
- Halûk Konuralp, *"Bölge Adliye Mahkemelerinde Uygulanacak Usul (Hukuk Davaları Açısından), ve İstinaf Mahkemeleri"* Uluslararası Toplantı, 7-8 Mart 2003, TBB Yayınları, Ankara 2003.
- Haşmet Sırrı Akşener, *"İstinaf Olağan Kanun Yolu ve 5237 Sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun Üzerine Bir İnceleme"*, Legal HD Yıl 3, S. 26, Şubat 2005.
- Hayrettin Ökçesiz, *"Yargıtay'ın İşyükünün Hafifletilmesinin Bir Aracı Olarak HUMK'nun 427. Maddesi Üzerine"*, Hukuk Araştırmaları, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ocak-Nisan 1987.
- Hilmi Şeker, *"Strazburg Pratiği Ve İç Hukukta, Ara Kararların Örtülü Etkinliği, Ara Kararlarının Kişiliğinde Adil Ve Güvenli Yargılamanın Güvence-si"*, Legal HD Yıl 3, S. 25, Ocak 2005.
- M. Kâmil Yıldırım, *Hukuk Devletinin Gereği: İstinaf*, Alkim Yayınları, İstanbul 2000.
- Mehmet Akif Aydın, *"Mahkeme"*, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 27.
- Mehmet Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, Hars Yayıncılık, İstanbul 2005.

- Mehmet Akif Tutumlu, *Bilimsel Görüşler ce Yargıtay Kararları Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Delillerin İleri Sürülmesi*, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2002.
- Muhammet Özekes, *"Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Kanunuyolu İncelemesi -Özellikle İstinaf-*", Legal HD, Yıl 2, S. 23, Kasım 2004.
- Mustafa Reşit Belgesay, *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 2. Bası, C. II, İstanbul.
- Mustafa Şentop, *Osmanlı Yargı Sistemi ve Kazas-kerlik*, Klasik Yayınları, İstanbul 2005.
- Mustafa Şentop, *Şer'iyte Mahkemelerinde Temyiz ve İstinaf*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1995.
- Nevhis Deren Yıldırım, *"4949 Sayılı ve 17.07.2003 Tarihli Kanun İle Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde İhtiyati Haciz Kararlarının Hukuki Niteliği ve Kontrolü"*, YÜHFD C. I, S. 2, Yıl 2005.
- Nevhis Deren Yıldırım, *"Dava Şartı Olarak Hukuki Himaye İhtiyacına Eleştirel Bir Bakış"*, YD Yıl 1995.
- Nurullah Kunter-Feridun Yenisey-Ayşe Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 15. Baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul 2006.
- Saim Üstündağ, *"Mukayeseli Hukukta Yargıtay Örnekleri ce Türk Yargıtayı"*, *Yargıtay Dergisi*, 1989, (Kısaltma: Yargıtay).
- Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku*, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 7. Baskı, İstanbul 2000.
- Selçuk Öztekin, *"Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin "Adaletin İşleyişini İyileştirmeye Yönelik Medeni Usul İlkeleri"*, Hukuk Araştırmaları, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, Ocak-Nisan 1986, (Kısaltma: Tavsiye Kararı).
- Sema Taşpınar, *Medeni Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu*, Faruk Erem Armağanı, TBB Yayınları, Ankara 1999.
- Seyithan Deliduman, *"Anayasa Mahkemesi'nin HUMK Madde 195/II ve Madde 432/I'e İlişkin 02.12.2004 Tarih, 2001/216 E., 2004/120 K. Sayılı Kararı'nın Değerlendirilmesi ve Eleştirisi"*, Legal HD, Yıl 4, S. 45, Eylül 2006.
- Süha Tanrıver, *"Adliye Mahkemeleri İle Üst Mahkemelerin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Tasarısı İle İlgili Düşünceler"*, BATİDER, Haziran-Aralık 1995, C. XVIII, S. 1-2.
- Walter H. Rechberher, *"Avusturya Medeni Yargılamasında Yargılamanın Hızlandırılması" ve İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku*, (Derleyen ve çeviren: M. Kamil Yıldırım), 4. Baskı, Alkim Yayınları, İstanbul 2003
- Wolfram Henckel, *"Yargılama Hukuku Kurallarının Adalet Değeri Üzerine"*, (Çev.: Ergun Önen), AÜHFD, C. 26, S. 1-4, Yıl 1969.
- Yavuz Alangoya, *"Kanun Yolunun Anayasal Temeli ve HUMK Madde 427 Hükmü İle Kanun Yolu Kapatılmış Olan Kararlara Karşı Kanun Yoluna Müracaat İmkânı"*, Baki Kuru'ya Armağan, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2004.
- Zafer Ergün, *İstinaf- Bölge Adliye Hukuk Dalrelerinde Yargılama Usulü*, Kazancı Yayınları, İstanbul 2005.
- Zekeriya Yılmaz, *Gerekçe ve Tutanaklarla İlk Derece ve Bölge Adliye Mahkemeleri İle HUMK'da İstinafa Dair Kanunlar*, Adalet Yayınları, Ankara 2005





# Türkiye’de Kur’an Kursları ve Din Eğitimi Raporu

Leyla DEMİR-Sezgin TUNÇ



## GİRİŞ

**D**in, tarihin bütün devirlerinde ve bütün toplumlarda daima kendisiyle karşılaşan evrensel bir olgu, insanı hem içten, hem dıştan kuşatan, onun düşünce ve davranışlarında kendini gösteren bir disiplindir.<sup>1</sup>

Tarih boyunca tüm toplumların, birbirinden farklı özellikler gösterebilirler bile bir şekilde din olgusu ile yaşadıkları, bireysel ve toplumsal ilişkilerinde olduğu gibi günlük hayatlarını kapsayan her alanda kabul ettikleri kurallar ve ritüellerle yaşadıkları bilinmektedir. Burada belirleyici olan husus, inanç sahibi olan her toplumun başka inançların hayat alanlarına müdahale etmeden kendi inanç, ibadet ve ritüellerini özgürce yerine getirebilmesidir. Bunu engellemeye ya da sınırlamaya dönük her adım, kural ya da yasak, hayatın olağan akışına ters düşeceği için toplum içinde huzursuzluğa yol açacak ve toplum barışını da zedeleyecektir.

Eğitim, insanın yaratılışında varolan bütün bilgi ve kabiliyetleri esas alarak onu yönlendirmek, geleceğe hazırlamak, hayatı boyunca gerekli bilgiyi nasıl elde edeceğini öğrenmesinde yardımcı olmaktır. Öğretim ise bilgiyi bulmak, kazanmak ve kazanılan bilgiyi hafızada tutarak yeri geldiğinde kullanabilmek için hatırlamaktır.<sup>2</sup> Bilindiği gibi eğitim aynı zamanda uygulamayı da içerir. Bu anlamda eğitim faaliyetlerinin düzenlenmesinde öğrenme ve uygulama özgürlüğüne dikkat edilmesi gerekir. Çocuklar söz konusu olduğunda da din

eğitimi, anne ve babanın isteği doğrultusunda sağlanmalıdır.

Anayasanın 90. maddesindeki “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulamaz*” hükmü ile ülkemizin imza attığı uluslararası antlaşmalar, sözleşmeler ve metinler iç hukukumuzda uygulanabilir kılınmış ve uygulamaların anayasaya aykırılığının dahi ileri sürülemeyeceği hükme bağlamıştır.

Bu çalışmada; öncelikle yaşadığımız çağda yürürlükte bulunan uluslararası hukuk ve yerel hukuk bağlamında Kur’an Kursları ve kaçınılmaz olarak din eğitimi mevzuunu ele almaya çalışacağız.

## ULUSLARARASI METİNLERDE EĞİTİM HAKKI VE DİN EĞİTİMİ

### 1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)’nin 9. maddesinin 1. fıkrasında,

“Herkes düşünce, din ve vicdan özgürlüğüne sahiptir. Bu hak din veya inancını tek başına veya topluluk halinde, aleni veya gizli olarak ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapma biçiminde açığa vurma özgürlüğünü de içerir. Dinini veya inançlarını açıklama özgürlüğü ancak kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlığın veya genel ahlâkın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda gerekli tedbir olarak yasayla sınırlanabilir.”

denilmektedir. Bu maddeden de anlaşılacağı üzere AİHS ile düşünce, din ve vicdan özgür-

<sup>1</sup> **İslam Ansiklopedisi**, Türkiye Diyanet Vakfı, c. 9, s. 417.

<sup>2</sup> Muharrem Balcı, *Eğitim ve Öğretimde Haklar ve Yükümlülükler*.

lûgü kabul edilmiştir. Daha da önemlisi bu özgürlüklerin topluluk halinde gizli veya açık olarak ibadet şeklinde yansımaya, öğretiminin yapılabilmesine ve uygulama biçiminde hayata geçirilebilmesine açıkça imkân verilmiş ve sınırlamaları daraltan bir sınır çizilmiştir.

Maddeden de anlaşılacağı üzere, din ve inanç özgürlüğünün varlığı, açığa vurulmasına bağlıdır. Komisyona göre 9. madde, içsel alanı korumaktadır. Fakat buna ek olarak da 9. madde, din veya inancın pratik yanları olan tapınma veya sofuca tutumlara sıkı sıkıya bağlı olan eylemleri koruduğu gibi söz konusu özgürlüğün bilinen bileşenlerini ve özellikle bireysel durumların etkisini de dikkate almaktadır.<sup>3</sup>

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Ek 1. Protokolün 2. maddesinde

“Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz. Devlet eğitim ve öğretim alanında yükleneyeceği görevlerin yerine getirilmesinde, ana babanın bu eğitimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasını sağlama haklarına saygı gösterir.”

denilmektedir.

Sözleşme, hiçkimsenin eğitim hakkından yoksun bırakılmayacağını ifade ederek devletin bu imkânı herkese sağlamakla yükümlü olduğunu vurgulamaktadır. Ayrıca, sözleşme hükmü ile devletlere, çocuğun eğitimi esnasında anne ve babanın eğitime yön vermesi ve talepte bulunabilmesi hakkı tanınmaktadır. Buna göre; anne ve baba, kendi dini ve felsefi inançlarına uygun olarak çocuğunun eğitim alması yönünde talepte bulunabilecek ve devlet de bu talebe saygı göstererek onların istek ve talepleri doğrultusunda çocuklarının eğitimini sağlayacaktır.

Hiç kimsenin eğitim hakkından yoksun bırakılmayacağı maddesi, aynı zamanda devlete, bu eğitimi sağlayacak koşulların hazırlanması ve sağlanması sorumluluğunu ve zorunluluğunu da yüklemektedir. Yine bu madde çerçevesinde; devlet, söz konusu talepleri karşılayacak özel veya kamuya ait eğitim kurumlarının kurulmasını, bu kurumlarda eğitim

verecek olan nitelikli öğreticilerin yetiştirilmesi ve istihdam edilmesini, bu eğitimin kişinin dini ve felsefi inançlarına uygun olarak herkese eşit olarak verilebilmesini temin etmek ve oluşabilecek engelleri ortadan kaldırmakla yükümlüdür.

Devlet ile anne ve babanın karşı karşıya gelmesi durumunda, uzlaşılacak ilk nokta, çocuğun eğitim hakkına engel olmamaktır. Ancak, eğitimin ve ortak çıkarların planlanması açısından devlete düşen ödev ile çocuklarının yetiştirilmesinde anne ve babaya düşen sorumluluğun bir ortak noktayı bulmadığı halde ise, özel eğitim kurumlarının önemi ortaya çıkmaktadır. Bu açıdan gerektiğinde anne ve babaya özel okul kurma ya da kurulmuş bir okulu seçme imkânı verecek olan düzenlemelerin yapılması gerekmektedir.<sup>4</sup>

## 2. Birleşmiş Milletler Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme

Birleşmiş Milletlerin Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin 16 Aralık 1966 tarihli Uluslararası Sözleşmesi'nin 13. maddesinde;

“Bu sözleşmeye taraf devletler, herkesin eğitim görme hakkına sahip olduğunu kabul ederler... Bu sözleşmeye taraf devletler, ana babalarının ya da kimi durumlarda vasilerinin, devlet tarafından kurulanların dışında devletçe konulmuş ya da onanmış belli eğitim ölçülerine uyan okullar seçme özgürlüklerine saygı göstermeyi ve çocukların kendi inançları doğrultusunda ahlak ve din eğitimi görmelerini sağlamayı üstlenirler.”

denilmiştir. AİHS'nin ilgili maddesinin açıklandığı bir önceki başlıkta yer alan değerlendirmeler burada da geçerlidir.

## 3. UNESCO Eğitimde Ayrımcılığa Karşı Sözleşme

UNESCO tarafından 14 Aralık 1960'ta benimsenen ve 22 Mayıs 1962'de yürürlüğe giren “Eğitimde Ayrımcılığa Karşı Sözleşmesi”nde;

<sup>3</sup> Nuri Yaşar, *İnsan Hakları Avrupa Sisteminde ve Türk Hukukunda Eğitim Hakkı ve Özgürlüğü*.

<sup>4</sup> Nuri Yaşar, a.g.e.



“Öğrencilerin ana babaları ya da yasal vasilelerinin isteklerine uygun bir eğitim verilmek üzere din ve dil gerekçeleriyle ayrı eğitim sistemi ve kurumların kurulması ya da sürdürülmesinin; bir ayrımcılık uygulaması olarak sayılamayacağı... Çocukların ana baba ve vasilelerinin inançlarına göre din ve ahlak eğitimi almalarını ve hiçbir kişi ya da grubun kendi inancıyla bağdaşmayan dinsel eğitim görmeye zorlanmamasını sağlama özgürlüğüne saygı göstermenin temel ilke olduğu”

belirtilmiştir.<sup>5</sup>

#### 4. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’nın düşünce, vicdan ve din özgürlüğü başlıklı 10. maddesinde;

“Herkes, düşünce, din ve vicdan özgürlüğüne hakkına sahiptir. Bu hak, din veya inancını değiştirme özgürlüğünü ve din veya inancını tek başına veya topluluk halinde, aleni veya gizli olarak ibadet etme, öğretme, uygulama ve gereklerine uyma şeklinde açığa vurma özgürlüğünü içerir.” denilmektedir.<sup>6</sup>

Nitekim bu metin, yakın zamanda kabul edilerek Avrupa Birliği’nin anayasası konumuna gelmiştir.

#### 5. Birleşmiş Milletler Din ya da İnanca Dayalı Her Türü Hoşgörüsüzlük ve Ayrımcılığın Kaldırılması Bildirgesi

25.11.1981 tarihli Birleşmiş Milletler Din ya da İnanca Dayalı Her Türü Hoşgörüsüzlük ve Ayrımcılığın Kaldırılması Bildirgesinin 1. maddesinde;

“Herkesin, düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne hakkı vardır. Bu hak bir dini ya da dilediği bir inancı benimseme ve din ya da inancını tek başına ya da topluca, açık veya özel olarak ibadet, gözetme, uygulama ve öğretme biçiminde açıklama özgürlüğünü de içerir.” denilmektedir. 5. maddesinde de; “Ana babalar ya da duruma göre çocuğun vasileri, aile yaşamını din ya da inancına göre ve ço-

cuğa verilmesi gerektiğine inandığı manevi eğitimi gözönünde bulundurarak düzenleme hakkına sahiptir.”

denilmektedir.

#### 6. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi

20 Kasım 1989 tarihli Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 14. maddesinde;

“1) Taraf Devletler, çocuğun düşünce, vicdan ve din özgürlükleri hakkına saygı gösterirler. 2) Taraf Devletler, anne-babanın ve gerekiyorsa yasal vasilerin; çocuğun yeteneklerinin gelişmesiyle bağdaşır biçimde haklarının kullanılmasında çocuğa yol gösterme konusundaki hak ve ödevlerine, saygı gösterirler. 3) Bir kimsenin dinini ve inançlarını açıklama özgürlüğü kanunla öngörülme ve gerekli olmak kaydıyla yalnızca kamu güvenliği, düzeni, sağlık ya da ahlakı ya da başkalarının temel hakları ve özgürlüklerini korumak gibi amaçlarla sınırlandırılabilir.”

denilmek suretiyle çocuk hakları bağlamında da din ve vicdan özgürlüğü koruma altına alınmıştır.

Türkiye’nin de taraf olduğu Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi, taraf olan devlete, yani Türkiye’ye, çocuğun din ve vicdan özgürlüğüne saygı yükümlülüğünü yüklemiştir. Elbette bu yükümlülük, çocuğun dini ve vicdani özgürlüklerinin koruma altına alınması ile birlikte, anne-babanın çocuğun yetiştirilmesi konusundaki haklarını kullanmaları önündeki engellerin kaldırılması anlamına da gelmektedir.<sup>7</sup> Ne var ki Türkiye, temel hak ve özgürlüklerin ifadesi olan ulusalüstü insan hakları belgelerinin öngördüğü, ana ve babanın çocuklarını kendi dini veya felsefi görüşleri doğrultusunda yetiştirme hakkını mevcut eğitim ve öğretim sistemi içinde yeterince sağlayamamaktadır.

Yukarıda uluslararası metinlerde eğitim hakkıyla beraber din ve vicdan özgürlüğü düzenlemeleri böyle bir görünüm arz etmektedir. Bu anlamda araştırmamıza konu olan Türkiye’deki uygulamaları, Anayasa başta olmak

<sup>5</sup> Muharrem Balcı, a.g.e.

<sup>6</sup> Mehmet Kalay, *Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı ve Türkiye*, Birikimler -I-.

<sup>7</sup> Sözleşme metni için bkz.: <http://www.mazlumder.org/sayfa.asp?sayfaID=11>.

üzere, mevzuattaki düzenlemeler ışığında inceleyerek aktaracağız.

## ULUSAL METİNLERDE DİN EĞİTİMİ VE KUR'AN KURLARI

Osmanlı'nın son dönemlerinde eğitim alanındaki çeşitlilik ve çoğulculuk, Cumhuriyetle birlikte son bulmuş ve 1924 yılında çıkarılan Öğretim Birliği Kanunu (Tevhid-i Tedrisat Kanunu) ile medreseler ve mektepler, mektep programları şeklinde birleştirilmiş ve Milli Eğitim Bakanlığı'nın kontrolüne verilmiştir. Cumhuriyet Dönemi, Tanzimat'tan beri süren dini eğitim-millî eğitim tartışmalarını, öğretimin birleştirilmesi ilkesi ile bir çözüme kavuşturmak istemiştir. Öğretim Birliği Kanunu, Türkiye sınırları içindeki bütün öğretim kurumlarını Milli Eğitim Bakanlığı'na bağlarken, ülkedeki din hizmetlerini yerine getirmek üzere eleman yetiştirilmesini sağlamak amacıyla okullar açılmasını da öngörmüştür.<sup>8</sup>

Türkiye Cumhuriyetinin kurulmasını müteakip sosyal, siyasi ve hukuki alanlar da dâhil olmak üzere, hayatın her alanında yeni düzenlemelere gidilmiştir. Türkiye'deki eğitimi ve öğretimi düzenleyen Tevhid-i Tedrisat Kanunu ve ilerleyen yıllarda eğitime getirilen düzenlemeler aşağıda ele alınmıştır. Tevhid-i Tedrisat Kanunu'nun yanısıra, dini eğitimin Anayasal hak niteliği bakımından, Türkiye Cumhuriyeti Anayasalarında söz konusu hakkın düzenlendiği maddeler de aktarılacaktır.

### 1. Tevhid-i Tedrisat Kanunu

3 Mart 1924 tarihinde kabul edilen Tevhid-i Tedrisat Kanunu 6 Mart 1924 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu kanunun ilk dört maddesinde;

“Türkiye dâhilindeki bütün müessesatı ilmiye ve tedsisiye Maarif Vekâletine merbuttur. Şer'îye ve Evkaf Vekâleti yahut hususi vakıflar tarafından idare olunan bilcümle medrese ve mektepler Maarif Vekâletine devir ve rapdedilmiştir. Şer'îye ve Evkaf Vekâleti bütçesinde mekatip ve medarise tahsis olunan mebalîğ Maarif bütçesine nakledilecektir.

Maarif Vekâleti, yüksek diniyat mütehasısları yetiştirmek üzere Darü'l-Funun'da bir İlahiyat Fakültesi tesis ve imamet ve hitabet gibi hıdemât-ı diniyyenin ifası vazifesi ile mükellef memurların yetişmesi için de ayrı mektepler küşad edecektir.”

denilmektedir.

### 2. 1924 Anayasası

1924 Anayasası'nın 80. maddesi,

“Hükümetin gözetimi ve denetlemesi altında ve kanun çerçevesinde her türlü öğretim serbesttir.”

hükümünü içermektedir. 1924 Anayasası'ndaki bu düzenleme, “her türlü öğretim” ifadesinin dini eğitimi de içerdiği düşünüldüğünde, dini eğitim hakkının kullanımı ve kapsamı bakımından en özgürlükçü anayasal düzenleme olduğunu söylemek mümkün.

### 3. 1961 Anayasası

1961 Anayasası'nda, dini eğitim konusu 19. maddede düzenlenmiştir. Madde metni şöyledir:

**Madde 19:** (20.9.1971-1488) (3) Herkes, vicdan ve dinî inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir.

Kamu düzenine veya genel ahlâka veya bu amaçlarla çıkarılan kanunlara aykırı olmıyan ibadetler, dinî âyin ve törenler serbesttir.

Kimse, ibadete, dinî âyin ve törenlere katılmaya, dinî inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz. Kimse, dinî inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz.

Din eğitim ve öğrenimi, ancak kişilerin kendi isteğine ve küçüklerin de kanûnî temsilcilerinin isteğine bağlıdır.”

1961 Anayasasının dini eğitim konusunda en dikkat çekici yönü, 1982 Anayasasında öngörülen devletin gözetim ve denetimi ile zorunlu okutulan din dersi konusunda herhangi bir düzenleme içermemesidir.

### 4. 1982 Anayasası

1982 Anayasası'nda, Türkiye'deki din ve vicdan özgürlüğü ile din eğitimi ve öğretimi,

<sup>8</sup> Nurullah Altaş, *Türkiye'de Örgün Eğitimde Dinin Yeri*, A. Ü. İlahiyat Fakültesi, 2000.

24. maddede devletin yetki ve sorumluluğu kapsamında açıklanmış ve garanti altına alınmıştır. Mezkur madde şöyledir:

- “1. Herkes, vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir.
2. 14. madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dini ayin ve törenler serbesttir.
3. Kimse, ibadete, dini ayin ve törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açılmaya zorlanamaz; dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz.
4. Din ve ahlak eğitim ve öğretimi Devletin gözetimi ve denetimi altında yapılır. Din kültürü ve ahlak öğretimi ilk ve orta öğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasında yer alır. Bunun dışındaki din eğitimi ve öğretimi ancak, kişilerin kendi isteğine, küçüklerin de kanuni temsilcisinin talebine bağlıdır.
5. Kimse, Devletin sosyal, ekonomik, siyasi veya hukuki temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasi ve ya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla her ne surette olursa olsun dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz.”

## 5. Türk Ceza Kanunu

Kur’an Kursları bakımından, “Kanuna Aykırı Eğitim Kurumu” başlığı altında Türk Ceza Kanunu’ndaki düzenlemelere dikkat çekmek gerekmektedir. Zira “Kanuna Aykırı Eğitim Kurumu” açan ya da işletenlere ceza verilmesini düzenleyen bu madde hükmü, uygulamada artık sadece kurumları değil, bireysel olarak kendi çocuğuna ya da komşusunun çocuğuna Kur’an öğretmenleri de cezalandırmaya imkan verecek şekilde yorumlanmaya çalışılmaktadır.

Yürürlükten kalkan 765 Sayılı Türk Ceza Kanununun 261. maddesinde;

“Kanun ve nizamlara aykırı olarak mektep veya dersane açanlar, açılan mektep veya dersane kapatılmakla beraber altı aydan iki seneye kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. Ruhsatsız öğretmenlik edenlerle bunları istihdam eyleyenlere de aynı ceza verilir. Mükerrirler hakkında verilecek ceza bir sene haptisten aşağı olamaz.”

denilmekteydi.

Hükümet tasarısında “Kanuna Aykırı Eğitim” başlığı altında 418. maddede ise;

“Kanun ve nizamlara aykırı olarak, okul veya dersane, okul öncesi eğitim kurumu, kurs, öğrenci yetiştirme ve çalıştırma veya eğitim merkezi ve benzeri kurumları açanlara ve burada öğretmenlik yapanlar ile bunları çalıştıranlara bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.

Yukarıdaki fıkrada gösterilen yerlerin kapatılmasına da karar verilir.”

ifadesine yer verilmişti.

Ancak, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 263. maddesinde ise düzenleme şu şekilde kabul edilmiştir;

“(1) Kanuna aykırı olarak eğitim kurumu açanlara, bunları çalıştıranlara ve bu kurumlarda Kanuna aykırı olarak açıldığını bildiği halde öğretmenlik yapanlara, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) Yukarıdaki fıkrada gösterilen yerlerin kapatılmasına da karar verilir.”

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 263. maddesinin madde gerekçesi gerçekten ilginçtir:

“Madde metninde kanuna aykırı eğitim suçu tanımlanmıştır.”

Millet adına yetki alıp temsili olarak yasama yetkisini kullanan ve yasama organı olan TBMM’nin kabul ettiği yasanın bu maddesinin gerekçesinin bu kadar kısa ve öz (!) olması açıklanabilir bir durum değildir. Çalışmamızın konusunu oluşturması bakımından başta bu madde olmak üzere, tüm kanun maddelerinin, ama özellikle hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren ve insanı dış dünyadan soyutlama sonucunu doğuran ceza maddelerinin hiçbir şüpheye mahal vermeyecek ve izahtan varesinde bir şekilde kaleme alınması gerekmektedir.

Mezkûr kanunun yürürlüğe girmesinin ve yoğun tartışmaların ardından, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 263. maddesi, 5377 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 29. maddesi ile şöyle değiştirilmiştir:

“Türk Ceza Kanununun 263’üncü maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Kanuna aykırı olarak eğitim kurumu açan veya işleten kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.”<sup>9</sup>

Son değişiklikle ilgili düzenleme, her ne kadar yumuşatılmış olsa bile, hapis cezasının tehdit olarak varlığını sürdürmesi, din ve vicdan özgürlüğü ile eğitim hakkının özünü zedeleyecek şekilde sınırlandırılmış olduğu açıktır.

Kişinin kendi çocuğuna özgürce din eğitimi verememesi veya eğitimi aldırılmaması sonucunu doğuran bu yaklaşım temel bir hakkın ihlal edilmesidir. Ayrıca, aşağıda örnekleri verilen gerekçeleri açık ve anlaşılır olmayan mahkeme kararları, bu yasanın uygulamada haksızlıklara yol açabileceği endişesi uyandırmaktadır.

## 6. Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun

Anayasanın 24. maddesi din ve vicdan özgürlüğünü genel anlamda düzenlemiştir. Ayrıca, din eğitiminin genel çerçevesini belirlemiştir. Genel anlamda, devletin yetki ve sorumluluğunda olan din eğitimi, özel anlamda, Kur'an Kursları ve diğer dini hizmetler ise, 22.06.1965 tarih ve 633 Sayılı Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun ile düzenlenmiştir. Kur'an Kursları ile ilgili olarak bu kanunda sadece Ek 3. madde ile çok genel bir düzenlemeye gidilmiş olup, uygulama tamamen Diyanet İşleri Başkanlığı'nın yönetmelik ve yönergelerine bırakılmıştır.

22.06.1965 tarih ve 633 Sayılı Kanunun (Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun) 1. maddesi şöyledir;

“İslam dininin inançları, ibadet ve ahlak esasları ile ilgili işleri yürütmek, din konusunda toplumu aydınlatmak ve ibadet yerlerini yönetmek üzere; Başbakanlığa bağlı Diyanet İşleri Başkanlığı kurulmuştur.”

Yine aynı kanunun ek 3. maddesinde (Ek: 22.07.1999-4415/1 madde) şöyle denilmektedir;

“İlk ve ortaöğretim kurumlarında okutulan zorunlu din kültürü ve ahlak bilgisi dersleri di-

şında, Kur'anı Kerim ve mealini öğrenmek, hafızlık yapmak ve dini bilgiler almak isteyenlerden ilköğretimi bitirenler için, Diyanet İşleri Başkanlığınca Kur'an kursları açılır. Bu kurslardaki din eğitimi ve öğretimi kişilerin kendi isteğine, küçüklerin de kanuni temsilcilerinin talebine bağlıdır. Ayrıca ilköğretimin 5'inci sınıfını bitirenler için tatillerde ve Milli Eğitim Bakanlığının denetim ve gözetiminde yaz Kur'an kursları açılır.

Kur'an kurslarının açılış, eğitim öğretim ve denetimleri ile bu kurslarda okuyan öğrencilerin barındığı yurt veya pansiyonların açılış ve çalışmalarına dair hususlar yönetmelikle düzenlenir.”

Kanunun 1. maddesi, İslam Dini'nin inanç, ibadet ve ahlak esasları ile ilgili işleri yürütmek üzere Diyanet İşleri Başkanlığı'nın kurulduğunu, Ek 3. maddesinde de Kur'an-ı Kerim ve mealini öğrenmek, hafızlık yapmak ve dini bilgiler almak isteyenlerden ilköğretimi bitirenler için, Diyanet İşleri Başkanlığınca Kur'an kursları açılacağını, bu kurslarla ilgili tüm düzenlemelerin ise yönetmelikle belirleneceğini ifade etmiştir.

## 7. Diyanet İşleri Başkanlığı Kur'an Kursları İle Öğrenci Yurt ve Pansiyonları Yönetmeliği

Kur'an kursları ve bu kurslarda yapılacak eğitim ile öğrencilerin barınma, ihtiyaç ve diğer hususları düzenleyen yönetmelik, 03.03.2000 tarih ve 23982 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Diyanet İşleri Başkanlığı Kur'an Kursları İle Öğrenci Yurt ve Pansiyonları Yönetmeliği'dir. Kur'an kursları ile ilgili tüm hususlar bu yönetmelikte yer almaktadır. Kur'an kurslarında verilen eğitim, eğitimde kullanılacak dökümanlar, katılım şartları, bina özellikleri, yurt ve pansiyonlar ile bu yerlerin denetimi konusunda ayrıntılı düzenlemeler içeren yönetmeliğin önem taşıyan maddelerine kısaca değineceğiz.

Yönetmeliğin 1. ve 2. maddesinde;

“Bu Yönetmeliğin amacı; Kur'an kurslarının, Kur'an kursu öğrenci yurt veya pansiyonlarının açılış ve çalışmaları, kurslarda verilen eğitim-öğretim hizmetleri ile bunların yönetilmesi ve denetlenmesi esaslarını belirlemektir. Bu Yönetmelik, Başkanlığa bağlı Kur'an kursları, Kur'an kursu öğrencileri, yurt

<sup>9</sup> <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5377.html>.

veya pansiyonları ile buralarda yürütülen hizmetleri kapsar.”

denilmektedir.

Hem kanun hükümlerinden hem de yönetmelik hükümlerinden açıkça anlaşılacağı üzere Türkiye’de Kur’an eğitimi sağlama ve bu eğitimle ilgili eğitim kurumlarını açma yetkisi ve görevi münhasıran Diyanet İşleri Başkanlığına verilmiştir.

Yönetmeliğin “Kursların amacı” başlıklı 5. maddesi şöyledir:

“Kur’an kurslarının amacı, nitelikleri uygun olan vatandaşlara;

- Kur’an-ı Kerim’i usulüne uygun olarak, yünden okumayı öğretmek,
- Kur’an-ı Kerim’i doğru bir şekilde okumayı sağlayıcı bilgileri (tecvid, tashih-i huruf ve talim) uygulamalı olarak öğretmek,
- İbadetler için gerekli sure, ayet ve duaları doğru olarak ezberletmek ve bunların meallerini öğretmek,
- Hafızlık yaptırmak,
- İslam dininin inanç, ibadet ve ahlak esasları ile Peygamberimizin hayatı ve örnek ahlakı (sireti) hakkında bilgiler vermektir.

Yine yönetmeliğin “Açılış Şartları” başlıklı 7. maddesinde:

“Bir yerde kurs açılabilmesi için;

- Yönetmeliğin 6’ncı maddesi esaslarına göre en az 20 öğrenci alabilecek kapasitede bir binanın hazırlanması,
- Milli eğitim ve sağlık müdürlüklerince bu binanın eğitim-öğretim ve sağlık açısından kurs binası olmaya elverişli olduğuna dair rapor düzenlenmesi,
- Eğitim-öğretim için gerekli araç ve gereçlerin temini ile bunların ilgili müftülükçe demirbaş kaydının yapılmış olması,
- Kurs açılması için en az 15 öğrencinin, öğrenciler küçük ise kanuni temsilcilerinin başvurusu,
- Kurs açılma teklifinin Başkanlığa ulaştırılması,
- Kurs açılması istenen bina hakkında Başkanlığa intikal eden mevcut bilgilerin ve çevrenin kursa ihtiyacı olup olmadığının Başkanlık müfettişleri veya Din Eğitimi Dairesi Başkanlığınca yerinde tetkik ve tespit

edilerek değerlendirilmesi, bu mümkün olmadığı takdirde Başkanlıkça verilecek yetkiye göre söz konusu değerlendirmenin ilgili il müftüsünce yapılması, gereklidir.

Başkanlıkça kursun açılması uygun görüldükten ve mahalline gerekli tebligat yapıldıktan sonra kurs açılmış olur.

Başkanlıkça açılan kurslara standart kurs tablosu asılır.

Diyanet İşleri Başkanlığı dışında vakıf ve dernekler dâhil hiçbir gerçek veya tüzel kişi tarafından kurs açılmaz.”

Buradan da anlaşılacağı üzere Kur’an Kursu açmak, sadece devletin tekelindedir.

Yönetmeliğin “Kayıt Şartları” başlıklı 8. maddesinde:

“Kursa kayıt olacaklarda aşağıdaki şartlar aranır:

- Türk vatandaşı olmak (yabancı uyruklu olanlar, Dışişleri Bakanlığının görüşü alındıktan sonra, Başkanlığın izni ile kursa kaydedilebilirler),
- İlköğretimi bitirmiş olmak. (yaz kursları için ise ilköğretimin 5’inci sınıfını geçtiğini gösteren karnenin okul yönetimince onaylanmış örneği).”

Yönetmeliğin “Kurslarda Bulundurulmayacak Yayınlar ve Yasak Faaliyetler” başlıklı 26. maddesinde;

“Kursta, Başkanlık ve diğer resmi kurum ve kuruluşların yayınları ile Başkanlıkça uygun görülmüş olan yayınların dışında basılı, sesli ve görüntülü yayınlar ve Diyanet İşleri Başkanlığı mührünü taşımayan Kur’an-ı Kerimler bulundurulamaz ve öğrencilere tavsiye edilemez. Kursta siyasi nitelikte etkinliklere izin verilmez.”

denilmiştir.

Yönetmeliğin “Yaz kursları” başlıklı 32. maddesinde

“(Değişik fıkra: 23/12/2003-25325 sayılı Resmî Gazete, Yönetmelik/4. madde) Okulların tatil olduğu zamanlarda, ilköğretimin 5. sınıfını tamamlayan öğrenciler için kanuni temsilcilerinin talebine bağlı olarak Kur’an-ı Kerim’i ve mealini öğrenebilmeleri ve dini bilgilerini geliştirebilmeleri amacıyla Millî Eğitim Bakanlığının denetim ve gözetiminde yaz Kur’an kursları açılır. Ancak, bu kursların süresi iki ayı ve haftada beş günü aşamaz.”

ifadelerine yer verilmiştir.

Yönetmeliğin "Kur'an Kursu, Yurt veya Pansiyonların Denetimi" başlıklı 44. maddesinde,

"Kur'an kursları ile yurt ve pansiyonların denetimi, Diyanet İşleri Başkanlığı müfettişleri, ilgili müftü ve müdürler tarafından yapılır. Ayrıca bu kurslar ile yurt ve pansiyonlar üzerinde, 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanununun 17. ve 56. maddeleri ile 22.07.1999 tarihli ve 4415 sayılı Kanuna göre Milli Eğitim Bakanlığının ve 5442 sayılı İl İdaresi Kanununa göre de vali ve kaymakamların gözetim ve denetim yetkileri saklıdır."

denilmektedir.

İlköğretimi bitirmiş olmak Kur'an Kursu öğrencisi olmaya yetmektedir. Ancak zorunlu ilköğretimin 8 seneye çıkmasıyla durum değişmiş ve eğitim alması öngörülen çocuğun yaşı yükselmiştir. Bu durumda ailelerin 12 yaş ve hemen sonrasında çocuklarıyla ilgili olarak din eğitimi almaları talebi hükümsüz kalmaktadır. Din eğitimi söz konusu olduğunda ilköğretimde 5. sınıf bile geç olabilirken, Yönetmeliğin 5. maddesinde yer alan ve önemli bir kısmı ezbere dayanan bu eğitimin çocuğun ilerleyen yaşlarında verilmesi güçleşmektedir. Nitekim ilköğretimin 4. ve 5. sınıflarında okutulan din dersinin bu sınıflardan/seviyelerden başlatılması da aynı kaygıların ya da pedagojik yaklaşımların milli eğitim müfredatında da gözetildiğini göstermektedir. Bu yüzden çocuklar için 8. sınıfa kadar Kur'an Kurslarından faydalanamamak, din eğitimi ve özgürlüğü bakımından önemli bir sorun teşkil etmektedir.

Ailenin din eğitimi ihtiyacını gidermek noktasında sadece devlete yetki tanıyarak özel kursların önünü tıkamak, eğitim hakkının özülle bağdaşmadığı gibi, bu eğitimin 8. sınıftan önce alınmasını önlemek de aynı nedenlerle yanlıştır. Üstelik bütün içeriği devlet tarafından belirlenen bir müfredata ve devlet organları tarafından sıkıca denetlenmesine rağmen Kur'an Kursları konusundaki bu engelleyici tavrı anlamak mümkün gözükmemektedir.

Ayrıca, Yönetmeliğin "Kur'an Kursu, Yurt veya Pansiyonların Denetimi" başlıklı hükmü ile denetim konusunda ikilikler yaşanmasına neden olduğunu belirtmek gerekiyor. Burada Milli Eğitim Bakanlığı tarafından ya da mülki

idare amirleri tarafından yapılan denetimlerde, Kur'an Kurslarındaki eğitim konusunda yeterli bilgi birikimine sahip olmayan müfettişlerin denetleme yapması, hem sorunlar yaratmakta, hem de Diyanet denetimi ile aralarında farklı yaklaşımlar sergilenmesine neden olmaktadır.

## KUR'AN KURLARI İLE İLGİLİ MAHKEME KARARLARI

Kanuni düzenlemeleri zikrettikten sonra Türkiye'deki uygulama şekline dair fikir vermesi bakımından bazı mahkeme kararlarına değineceğiz.. Anılan mahkeme kararlarından bazıları beraat ile sonuçlanırken, bir kısmı da tüm uluslararası hukuk ve sözleşmeler ile ulusal mevzuata açıkça aykırı bir şekilde mahkûmiyetle sonuçlanmıştır.

- Yapılan bir ihbar üzerine polis iki aydır kullanılmayan bir eve rıza beyanı olmadan baskın yapması ve bu evden birkaç defter ile boş bir çizelgeye el konulması üzerine hazırlık tahkikatı başlatılarak sanıklar hakkında kanuna aykırı eğitim kurumu açmak suçundan kamu davası açılmıştır. Sanıklar ve müdafinin eve rıza dışı girilmesinden dolayı ele geçen defterlerin mevzuatta düzenlenen kanuna aykırı delil olduğu, yasa maddesinin düzenlediği kanuna aykırı eğitim kurumu açmak gibi bir hususun vüku bulmadığı, dolayısıyla tek başına komşu çocuklarına Kur'an öğretmenin suç tanımına girmediği ve bu hususun kanun ve uluslararası hukuka aykırı olduğu şeklindeki savunmalarına rağmen tek başına komşu çocuklarına kendi evinde düzenli olmayan bir şekilde, herhangi bir kurs ya da dersane açmadan ve herhangi bir ücret almadan Kur'an öğreten sanığın mahkûmiyetine karar verilmiştir.

Eyüp 1. Asliye Ceza Mahkemesinin 2002/1136 E. ve 2006/392 K. sayılı kararında; sanıklar müdafinin delillerden defterlerin usul ve yasaya aykırı yapılan arama neticesinde ele geçirildiği ve bu nedenle hüküm kurulurken gözönüne alınmaması gerektiği ve bunların geçerli delil olmadığı savunmasının sanığın defterlerin kendisine ait olduğunu kabul etmesi karşısında kabul edilmemesine, defterlerden ve sanığın ik-

rarından sanığın evinde çok sayıda öğrenciye düzenli olarak Kur’an dersi verdiği, her ne kadar sanıklar müdafii 5237 Sayılı Kanununun 263. maddesindeki suçun oluşması için kanuna aykırı eğitim kurumunun açılması gerektiğini, oysa sanığın komşu çocuklarına ders verme eyleminin sanığın bir eğitim kurumu açması olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmişse de sanığın 263. maddedeki kanuna aykırı eğitim kurumu açma suçunu işlediği sabit görüldüğünden 6 ay hapsine, bu cezanın paraya çevrilerek 1.080 YTL adli para cezasına çarptırılmasına, sabikasızlığın gözönüne alınarak cezanın ertelenmesine karar verilmiştir.

Bu kararda göze çarpan en önemli ve haklar ve özgürlükler bakımından tehlikeli olan husus, kanunda tanımı yapılan yerin bir “eğitim kurumu” ya da “dershane” olmasına rağmen sanığın sadece bireysel bir şekilde komşu çocuklarına Kur’an dersi vermesinin suç tanımı kapsamına alınarak cezalandırılmasıdır. Bu düşünce ve takdir yöntemi, evde veya herhangi bir yerde kendi çocuğuna bile Kur’an öğretilmesinin suç sayılması sonucunu ortaya çıkarabilecektir.

- Sakarya 3. Asliye Ceza Mahkemesinin 2003/398 E. ve 2003/582 K. sayılı kararında; sanıklar hakkında yapılan arama sonunda tutulan tutanakta izinsiz Kur’an Kursu açıldığı belirtiltiği, sanıkların okuttuğu iddia edilen çocuklardan ücret alınıp alınmadığı konusunda çocukların ve vekillerinin öncelikle tespit edilmesinin gerekli olduğu, hazırlık aşamasında çocukların kimliklerinin belirlenmediği, bu aşamadan sonra belirlenmesinin mümkün olmadığı anlaşıldığından yasal unsurları oluşmayan suçtan sanıkların ayrı ayrı beraatlerine karar verilmiştir.
- Kocaeli 3. Asliye Ceza Mahkemesinin 2004/408 E. ve 2005/334 K. sayılı kararında; her ne kadar zabıtaca yapılan arama sonucunda zaptolunan birtakım kitaplar ve kasetler ile mahalde Kur’an kursu açıldığından ve Kur’an dersi öğretildiğinden bahisle sevk maddeleri gereğince kamu davası açılmış ise de, olay zamanı piknik yapmak ve ziyarette bulunmak amacıyla

sanıklardan birinin evine gittikleri, burada kimseye ders vermedikleri ve dersane açmadıkları, birlikte namaz kılmanın izinsiz dersane açmak ya da izinsiz öğretmenlik yapmak suçunun delili olmayacağı, evde bulunan çeşitli kitapların ve kasetlerin hukuki bir sakıncası bulunmaması nedeniyle piyasada alım satımının serbest olduğu, dolayısıyla bu kitaplar ve kasetlerin de atılı suçlara işaret edemeyeceği, bu nedenle toplanan delillerle atılı suçların sanıkların işlediğine dair mahkûmiyetlerine yeterli kesin ve inandırıcı deliller ile atılı suçların sanıkların işlediğine dair mahkûmiyetlerine yeterli kesin ve inandırıcı deliller elde edilmediği kanaatine ulaşıldığından tüm sanıkların atılı suçtan beraatlerine karar verilmiştir.

- Akyazı Asliye Ceza Mahkemesinin 2003/447 E. ve 2006/66 K. sayılı kararında; her ne kadar sanıkların izinsiz okul açmak ve öğretmenlik yapmak suçu işledikleri iddia edilmiş ise de, mahkemece iki kez bilirkişi raporu alınmış olup sanığın evinin eğitim kurumu olmadığı belirtilmiş, bilirkişi raporları ve tanık beyanları birlikte değerlendirildiğinde sanığın bu suçu işlediğine ve cezalandırılmasına dair yeterli delil olmadığı görülmüş, bu nedenle sanıkların üzerlerine atılı suçtan beraatlerine karar verilmiştir.

Bugün Türkiye’de ve tüm dünyada kişiler, kurs ve dersane açmadan başta dil dersi olmak üzere, estrüman dersi, okul dersleri ve sınavlara hazırlık anlamında dersler vermektedir ve bu fiillerin kanunda tanımı yapılan suç tipiyle hiçbir ilgisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla kurs veya dersane açmadan ya da bunlara benzer herhangi bir mekân sağlamadan, yaptığı bu dersler karşılığında da herhangi bir ücret almadan sadece ve sadece komşu çocuklarına Kur’an dersi verilmesinin, “Kanuna Aykırı Eğitim Kurumu” olarak kabul edilmesini ve bunun cezalandırılmasını anlamak mümkün değildir. Bir şahsın tek başına bırakın “Kanuna Aykırı Eğitim Kurumu” olarak kabul edilmesini, kurum olarak düşünülmesi bile hukuk, adalet ve akıl sınırlarını zorlamaktadır. Bu düşünce bizi, şahsın aynı anda hem “Kanuna Aykırı Eğitim Kurumu” olarak, hem de bu kanuna aykırı eğitim kurumunda “öğretmenlik” yaparak suçu işlediği sonucuna götür-

receptir ki, bunun kabulü mümkün değildir. Bunun yanı sıra, özellikle, mahkeme kararlarına yansıyan, Kur'an kurslarının "tehlikeli ve sakıncalı" olduklarına dair algıya da özellikle dikkat çekmek gerekmektedir. Tek parti döneminden kalma bu algı biçiminde, yapısal sorunların yanı sıra, bizzat uygulayıcıların algı ve yaklaşım biçimlerinin de etkili olduğunu belirtmekte fayda var.

Bu ve benzeri kanunların uygulayıcılar elinde farklı zaman aralıklarında farklı yorumlanarak pek çok mağduriyetlere yol açtığı bilinmektedir. Hâlbuki kişi hak ve özgürlükleri sahasına giren bu gibi konularda farklı yorumların yol açabileceği mağduriyetlere karşı devletin hak ve özgürlüklerden yana olması gerekir. Hatta kanun düzenlemeleri bu açıdan dikkatle yapılmalı ve özgürlüklerden yana yorumlanması sağlayacak açıklıkta olmalıdır. Nitekim bu ve benzeri durumlarda, hiç ceza almasa bile, bütün bu soruşturma ve mahkeme safhaları kişiler açısından oldukça incitici-  
dir.

## KUR'AN KURLARI İLE İLGİLİ SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Kur'an kursları ile ilgili olarak ülkemizde akademik ve pedagojik nitelikte ve kapsamlı çalışmalar maalesef çok azdır. Bu konu ile ilgili çalışmalar, dağınık bir görünüm arz etmekte olup yeniden araştırmaya muhtaç durumdadır.

Raporumuzun bu bölümünde, Kur'an kursları ile ilgili sorunlar, hem çok hem de dağınık olduğundan alt başlıklar halinde ve yukarıdaki tasnife benzer şekilde sadece genel hatları ile incelenecek ve somut önerilerde bulunulacaktır.

### 1. Kur'an Kurslarında Uygulanan Eğitim-Öğretim Yaşı Sınırlaması

Eğitim yaşı ile ilgili olarak, yaz kursları için ilköğretimin 5. sınıfının bitirilmesi, kış kursları için ilköğretimin bitirilmesinin mevzuatta şart olarak koşulmasının, siyasi maksatlar dışında, mantiki herhangi bir sebebi bulunmamaktadır.

Evrensel hukuk ilkeleri ve Türkiye'nin de taraf olduğu uluslararası sözleşme ve metinlerin de dikkate alınarak ebeveynlerin çocuğuna kendi din, inanç veya felsefi görüşlerini öğretme hakkının doğal bir sonucu olarak, yaş sınırlamasının tamamen kaldırılması ya da oluşacak bir komisyonun bilimsel incelemesi sonucu yaş sınırının daha makul seviyelere indirilmesi gerekmektedir.

### 2. Mevzuattan Kaynaklanan Hukuki Sorunlar

Kanuna aykırı eğitim kurumu başlığı altında Türk Ceza Kanunu'nda "Kanuna aykırı olarak eğitim kurumu açan veya işleten kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır" hükmü ile Kur'an eğitimi büyük sekteye uğramıştır.

Kanun maddesinin düzenleme amacı her ne kadar "Kanuna Aykırı Eğitim Kurumu" genel başlığı altında düzenlenmiş ise de, asıl amacın Kur'an kurslarına olan ilgiyi azaltmak yönünde olduğu, Kur'an eğitimi üzerinde "Demokles'in Kılıcı" gibi sallanmayı amaç edindiği aşikârdır. Bu nedenle, Kur'an kurslarının bu düzenlemenin kapsamı dışına çıkarılması gerekmektedir.

Ayrıca ülkenin siyasi yönetiminde yer alan bazı kesimlerin ve kurumların Kur'an kursu eğitimine yönelik önyargılı yaklaşımları, kamuoyu tarafından tepkiyle karşılanmakta, bu husus toplum içinde keskin ayrışmaların yaşanmasına sebep olmaktadır.

Hem uluslararası sözleşme ve metinlerde; hem de Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunu'nda ve buna bağlı yönetmeliklerde din eğitimi (Kur'an kursları eğitimi) düzenlemelerinin dikkate alınmıyarak, kimi kesimlerce "yasadışı" olarak nitelendirilmesi ve kapatılması gerektiği yönündeki beyanları hukuka aykırılık teşkil etmektedir. Burada yapılması gereken şey, uluslararası metinlerde ve ulusal mevzuatta yerini bulmuş olan Kur'an kurslarının, kapatılmasından ziyade, sorunlarını tespit etmek ve gereken çözüm yollarının gerçekleşmesi yönünden çaba sarfetmektir.

28 Şubat sürecinde, sekiz yıllık kesintisiz eğitimin zorunlu kılınması ve fiili olarak imam



hatip liselerinin ortaokul bölümlerinin kapanmasına neden olacak düzenlemelerle birlikte Kur’an kurslarına olan ilgi de azal(tıl)mıştır.

Hukuki, yasal ve toplumsal dayanakları olan din eğitimi hakkının ve özellikle Kur’an kursları eğitiminin önündeki engellerin kaldırılması, siyasi baskı ve tahakküme alet edilmemesi gerekmektedir. Örneğin Diyanet’ten alınan bir istatistikte, 1925-2000 tarihleri arasında Kur’an Kurslarının genel olarak sayıları belirtilmiştir.

- 1925 yılından 1934 yılına kadar 9-10
- 1934 yılından 1945 yılına kadar 14-41
- 1945 yılından 1950 yılına kadar 41-127
- 1950 yılından 1996 yılına kadar 127-5949
- 1996 yılından 2000 yılına kadar 5949-3305 arasındadır.

Bu istatistikten de anlaşılacağı üzere Kur’an kurslarının sayısı konusunda düzenli bir artış söz konusu iken bu ivme 1996-2000 yılları arasında ters yönde işlemeye başlamıştır. Bu istatistikte, 28 Şubat sürecinin olumsuz etkilerini unutmamak gerekmektedir. Yine Diyanet’ten alınan güncel verilere göre, 2000 yılından bu yana Kur’an Kursu ve bu kurslarda eğitim gören öğrencilerin sayısı aşağıdaki tablolarda belirtilmiştir.

#### Kur’an kursu sayıları:

Eğitim Öğretim Yılı	Açık Kur’an Kursu Sayısı
2000-2001	3368
2001-2002	3364
2002-2003	3852
2003-2004	4322
2004-2005	4447
2005-2006	4951
2006-2007	6033
2007-2008	7036
2008-2009	7657

#### Öğrenci sayıları:

Eğitim Öğretim Yılı	Kur’an Kurslarına Katılan Öğrenciler		
	Bay	Bayan	Toplam
2000-2001	13956	76397	90353
2001-2002	17364	86745	104109
2002-2003	16982	101353	118335
2003-2004	16729	117677	134406
2004-2005	17891	137394	155285
2005-2006	19588	164768	184356
2006-2007	19428	210869	230297
2007-2008	21934	228039	249973
2008-2009	23015	245721	268736

## SONUÇ

Yukarıdaki bilgi ve veriler ışığında, sonuç olarak aşağıdaki özet olarak aktarılan hususların dikkate alınarak, Türkiye’de Kur’an kursları ve din eğitimi konusunda gerekli düzenleme, değişiklik ve iyileştirmelerin yapılması, eğitim hakkı ile din ve vicdan özgürlüğünün önündeki engellerin kaldırılması bakımından önem taşımaktadır.

Bu bakımdan, elinizdeki çalışmada varılan sonuçlar kısaca şöyle özetleyebiliriz;

- Ebeveynlerin çocuğuna kendi din, inanç veya felsefi görüşlerini öğretme hakkının doğal bir sonucu olarak yaş sınırlamasının tamamen kaldırılması ya da oluşacak bir komisyonun bilimsel incelemesi sonucu yaş sınırının daha makul seviyelere indirilmesi,
- Kur’an Kursu açma şartlarını gerçekleştirebilen özel kişi ve kurumlara Kur’an Kursu açma imkânı tanınması yönünde yapılacak yasal düzenlemelerin başta din ve inanç özgürlüğü olmak üzere eğitim hakkı gibi hak ve özgürlüklerin önündeki engellerin kaldırılması suretiyle hakların daha etkin kullanılmasının sağlanması,

- Kur'an Kursu ve din eğitiminin mümkün olan en geniş bağlamda kişi hak ve özgürlükleri içinde mütalaa edilmesiyle bu konuda yürürlükteki mevzuatın gözden geçirilerek kişilerin evlerinde yapacakları faaliyetlerin suç kapsamından çıkarılması,
- Kur'an Kursları ve eğitimi konusunda Türk Ceza Kanunu'nda, öngörülen yasa maddelerinin yeniden gözden geçirilerek, mahkeme kararlarına yansıyan sorunlara neden olan hükümlerin değiştirilmesi ve bu kapsamda mağdur olan kişilere haklarının iade edilmesinin sağlanması,
- Din eğitimi konusunda devletin siyasi çıkar amacıyla dini kullanma ve kendince kamu yararı gözetme amacından vazgeçerek, konuyu kişi hak ve özgürlükleri bağlamında değerlendirmesi gerekmektedir.
- İşbu raporu kamuoyu ve ilgililerin dikkatine sunarız.

### **Kaynakça**

- Mehmet Kalay, "Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı ve Türkiye", *Genç Hukukçular Hukuk Okumaları Birikimler -I-*, Danışman Yay., İstanbul 2003.
- Muharrem Balcı, *Eğitim ve Öğretimde Haklar ve Yükümlülükler*, Danışman Yayınları, İstanbul 1998.
- Nuri Yaşar, *İnsan Hakları Avrupa Sisteminde ve Türk Hukukunda Eğitim Hakkı ve Özgürlüğü*, Yetkin Yayınları, Ankara 2000.
- Nurullah Altaş, *Türkiye'de Örgün Eğitimde Dinin Yeri*, A. Ü. İlahiyat Fakültesi, 2000.
- Türkiye Diyanet Vakfı, *İslam Ansiklopedisi*, c. 9, s. 417.



# Şemdinli Davası İnceleme Raporu

Yasin DIVRAK



## GİRİŞ

Şemdinli ilçesinde 9 Kasım 2005 günü patlayan bir bomba neticesinde Türkiye'nin ikinci Susurluk vakası olarak nitelendirilebilecek birtakım derin ilişkiler ortaya çıkmış; özellikle halk tarafından yakalanan faillerin asker kişiler olmaları bir anda tüm dikkatleri bu noktaya toplamıştır.<sup>(\*)</sup>

Olayın ardından bizzat başbakan ve muhafet liderlerinin olayın sıcaklığıyla yaptıkları "Ucu kime dokunursa dokunsun, olaylar mutlaka aydınlatılmalı" şeklindeki değerlendirmeleri sağduyulu tüm kesimlerce benimsenmiş; derin devlet olarak tabir edilen ve ilk kez Susurluk'ta ortaya çıkan bu neviden yapılanmaların ortaya çıkarılması için bir fırsat doğduğu düşünülmüştür.

Soruşturma safhasında yaşanan olaylar ve Van Cumhuriyet Savcısı'nın iddianamesiyle neticelenen sürecin sonunda savcının, dönemin Kara Kuvvetleri Komutanı Yaşar Büyükanıt'a kadar uzanan asker içinde birtakım yasa dışı yapılanmaların olduğu yönündeki iddiası ile olaylar çok daha başka bir boyut kazanmıştır. İddianameyi hazırlayan savcı HSYK kararı ile meslekten ihraç edilmiş; bu iddianameye dayanılarak yapılan yargılama neticesinde sanıklara verilen 39'ar yıllık hapis cezaları Yargıtay'ca görevsizlik nedeniyle bozulmuş ve dosya Askeri Ceza Mahkemesi'ne gönderilmiştir.

İddianame sonrası yaşanan süreçte birtakım çevrelerde bu olayların da önceden olduğu gibi aydınlatılamayacağı yönünde haklı bir endişe oluşurken, bazı çevrelerde ise iddia-

namenin askeri yıpratmak hatta Genelkurmay Başkanı olacak Yaşar Büyükanıt'ın önünü kesmek amaçlı bir siyasi komplo olduğu fikri oluşmuştur.

Biz buradaki değerlendirmemizde bu davayı hukuki boyutları ile ele alarak tespitlerimizi ortaya koymaya çalışacağız. Ancak Avrupa Birliği'nin dahi müdahil olduğu hatta bu olayın faillerinin cezalandırılmalarını Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne girişinin önkoşulu sayma noktasına varacak açıklamaları da düşünüldüğünde, burada yapılacak salt bir hukuki değerlendirme olayın kesin bir biçimde ortaya konulmasına engel olacaktır. Bu nedenle bu çalışmada olabildiğince objektif kalarak dava ile ilgili siyasal değerlendirmelere de zaman zaman yer verilecektir.

## BİRİNCİ BÖLÜM

### 9 Kasım Öncesi Şemdinli

Şemdinli olaylarını sağlıklı bir biçimde tahlil edebilmemiz için, olaylar öncesinde bölgede yaşanan gelişmelere ve mevcut duruma kısaca göz atmak gerekmektedir.

Olayın meydana geldiği 9 Kasım gününden evvel Hakkâri Merkez, Yüksekova ve Şemdinli ilçelerinde 15 Temmuz-10 Kasım tarihleri arasında 18 bombalama olayı meydana gelmiştir. Şemdinli İstihbarat Şube Müdür Vekili Hüseyin Keskinç'ın da ifadesinde belirttiği üzere PKK'nın etkin olduğu diğer başka bölgelerde bir iki istisna dışında bu ve buna benzer patlama olayları yaşanmadığı halde, dört ay gibi kısa bir sürede aynı bölgede meydana gelen patlamalar ve ardından gelişen olaylar yörede büyük huzursuzluğa yol açmıştır.

(\*) Bu Raporla, Yargıtay'ın sivil mahkeme kararını bozarak askeri mahkemenin görevli olduğuna karar vermesine kadar olan safha incelenmiştir.

Bölge hakkında özellikle bazı eylemlerin PKK süsü verilerek bizzat emniyet güçlerince tertip edildiği yönündeki evelden beri hâkim olan düşünce, emniyet mensupları hedef alınarak yapılmış bazı bombalama eylemlerindeki şüpheler ve halk arasında yayılan söylentiler 9 Kasım öncesi gerginliği had safhaya çıkarmıştır. Bu tarihlerde meydana gelen bombalama eylemlerinden sadece ikisinin PKK tarafından üstlenilmesi ve yine savcılığın iddianamesinde de belirttiği üzere üstlenilmeyen eylemlerden sadece ikisinin gerçekleştiriliş biçiminin PKK'nın eylemleri ile uyuşması diğer bombalamaların başkaları tarafından yapılmış olabileceği yönündeki kanaati güçlendirmiştir.

Hakkâri Emniyet Müdürlüğü İstihbarat Şube Müdür Vekili Hüseyin Keskinkılıç'ın savcılıkta verdiği ifadesindeki;

"9 Kasım 2005 tarihindeki patlamaya kadar ilimiz, Yüksekova ve Şemdinli ilçelerinde son dönemde meydana gelen patlama olaylarının yoğunluk kazanması dikkatimizi çekiyordu. Etrafımızdaki Şırnak ve Van gibi illerde ise patlamaların yok denecek kadar az olması, ilimize yönelik patlamaların yoğunlaşması bu nedenle daha da dikkat çekiciydi... 1 Eylül Dünya Barış Günü dolayısıyla meydana gelen patlamanın PKK örgütünün yaptığı yönünde her hangi bir izlenim bende oluşmadı. Çünkü örgütün kendisine sempati duyan kitleye böylesine bir eylem yapması örgüt mantığı açısından bana pekte makul gelmedi. Yani örgüt bir eylem yapacağı zaman halkın kesinlikle zarar görmemesi yönünde önceden çalışmasını yapar eylem biçimini ona göre tertipler. 1 Kasım'da meydana gelen patlama olayının örgüt tarafından gerçekleştirildiğini düşünüyorum. Örgütün bu olayı üstlenmemesinin en büyük nedeni ise halktan zarar görenlerin azımsanmayacak derecede fazla olmasıdır. Yüksekova'daki Huzur Lokantası'nda meydana gelen patlama olayı ile ilgili değerlendirmem şu şekildedir. Lokanta sahibi Ferzande Yılmaz örgüte müzahir bir şahıs olarak karşımıza çıkmakta; çocuklarının ve akrabalarından bir kısmı örgütün dağ kadrosunda faaliyet göstermektedir. Böyle bir saldırının örgüt tarafından yapılması mantiken ters gelmektedir."

şeklindeki beyanları resmi makamlarda da aynı kanaatin mevcut olduğunu göstermesi bakımından çarpıcıdır.

Şemdinli ilçesindeki olaylar 17 Şubat 2005 tarihinde "Ey Kürt Halkı" başlıklı bir bildirinin Hakkari Yüksekova ilçesinde muhtelif yerlere

dağıtılmasıyla başlamıştır. Bildirinin muhtevasında Kürt halkının doğrudan namus ve haysiyetine hakaret içeren ibareler yanında bildiriye polislin hazırladığı izlenimi de verilmeye çalışılmıştır. Bu bildiriden sonraki tarihlerde yörede ardı ardına birden çok patlama meydana gelmiştir. Nihayetinde 1 Kasım 2005 günü, Hakkâri Şemdinli ilçesinde Dünya Barış Günü sebebiyle kurulan barış çadırına basınç etkili ve parça tesirli bomba atılması sonucunda 14 kişi yaralanmıştır. Bu olay sonrasında 05 Ağustos 2005 tarihinde gerçekleştirilen eylemde şehit olan askerler kastedilerek BŞKYK (Beş Şehidin Kanı Yerde Kalmayacak) imzalı bildiriler dağıtılmıştır. Bildiride 5 Ağustos 2005 tarihindeki bombalama eylemini gerçekleştirenler ve aile fertleri açık bir dille tehdit edilmiştir. Bu bildiri bölgedeki emniyet güçleri ile halk arasındaki gerilimi arttırmış ve ardından gelen başka bombalama ve silahlı saldırı eylemleri ile devam eden süreçte nihayet 9 Kasım gününe gelinmiştir.

Tüm bu olaylara bir bütün olarak baktığımızda 9 Kasım'daki bombalama eylemine halkın neden çok büyük bir tepki verdiğini anlamamız mümkün olabilecektir. Halkın bu bombalama neticesinde takip ile yakaladıkları insanların asker kişiler olması bu insanları daha önceki eylemlerin de faileri olarak algılamalarına yol açmıştır. Hatta Cumhuriyet Savcısı da aynı kanaate varmış olacak ki iddianamede,

"Şüpheliler Ali Kaya, Özcan İldeniz ve Veysel Ateş'in tutuklanmasına müteakip Hakkâri-Yüksekova-Şemdinli ilçelerinde bu güne kadar her hangi bir patlama olayı meydana gelmemiştir."

şeklinde bir değerlendirmeye yer vermiştir.

## 9 Kasım Günü Yaşananlar

Mağdur anlatımlarına göre, olay günü öğlen saatlerinde Seferi Yılmaz'ın işlettiği Umud Kitabevinde Seferi Yılmaz'ın dükkân komşusu olan mağdur Metin Korkmaz ve onun amcasının oğlu maktul Mehmet Zahir Korkmaz'ın birlikte yemek yaptıkları esnada dükkânın ön tarafında bir cam kırılma sesi duyulması sonucu Seferi Yılmaz ne olduğuna bakmak için dışarı çıktığında dükkâna bomba atıldığını görmüş, ardından kendisini telaşla dışarı atmıştır. Bu sırada dükkânın arka kısmında bu-

lunan şahıslardan biri ölmüş; diğeri de yaralanmıştır.

Patlama sonrası patlamayı duyan çevre esnafının merakla patlamanın olduğu pasaja doğru yöneldikleri sırada kendisini işyerinden dışarıya atan Seferi Yılmaz'ın çevre esnafına hem Türkçe ve hem de Kürtçe olarak pasajdan çıkarken gördüğü sanık Veysel Ateş'i kastederek "... Bombayı atan bu şahıstır, yakalayın..." diye bağırması sonucu çevredeki esnaf ve halk Veysel Ateş'i takip ederek Veysel'i yanlarına gittiği diğer sanıklarla birlikte yakalamıştır.

Olaya ilişkin mağdur Seferi Yılmaz anlatımlarında;

"Kendisini dükkândan dışarı attığında sanık Veysel'i koşar adımlarla pasajdan çıkarken gördüğünü, bunun üzerine halktan yardım istediğini ve esnafla birlikte Veysel'i ve diğer sanıkları yakaladıklarını"

beyan etmiştir.

Yine dosyada ifadesi bulunan tanıklar da;

"Seferi'nin yardım istemesi üzerine, kalabalık bir grubun Veysel Ateş'in peşine düştüğünü, Veysel Ateş'in pasajdan çıkmasını müteakip öncelikle aracın ilk park edildiği yere doğru yöneldiğini, aracı orada göremeyince cep telefonundan Ali Kaya'yı aradığını, Ali Kaya'ya nerede olduklarını sorduğunu, daha sonra Veysel Ateş'in hiç arkasına bakmadan telefonu kulağında koşar adımlarla yürüdüğünü, bu arada Ali Kaya'nın da cep telefonunun elinde olduğunu ve telefonu kulağında tutar vaziyette hızlı hızlı yürüdüğünü, Ali Kaya ve Veysel Ateş'in cadde üzerinde buluştukları yerde Ali Kaya'nın Veysel Ateş'e "patladı mı" diye sorduğunu, Veysel Ateş'in de "evet" şeklinde cevabından sonra Ali Kaya'nın "atla arabaya" dediğini, daha sonra Veysel Ateş ile onun peşinden gelen Ali Kaya'nın o sırada içinde diğer şüpheli Özcan İldeniz'in bulunduğu otomobilin yanına vardıklarını, şüpheli Veysel Ateş'in aracın arka koltuğuna oturduğunu ve sanıklar henüz aracı çalıştırıp hareket ettirmeden sanıkları yakaladıklarını"

beyan etmişlerdir.

Sanıklar ise savunmalarında;

"Patlama ile alakalarının olmadığını, sanık Veysel'in arabanın içinde oturduğu esnada bir patlama sesi duyduklarını, sanık Ali Kaya'nın ne olduğuna bakmak için arabadan çıktığını, halka 'ne oldu' diye sorduğunda 'hem yapıyorsunuz hem de soruyorsunuz şerefsizler'

diye karşılık verdiklerini ve halk tarafından kendilerine saldırıldığını"

beyan etmişlerdir.

Olay öncesine ilişkin bazı tanık anlatımlarında,

"Sanıkların şüpheli bir şekilde etrafta dolandıkları, hatta tanıklardan birinin şahısların yanına yaklaşarak "Siz kimsiniz? Burada ne arıyorsunuz?" şeklinde sorduğu, bu soru üzerine rahatsız olan sanıkların buldukları yerden başka bir yere hareket ettikleri"

şeklinde ifadeler mevcuttur.

Olayın buraya kadar olan kısmı karşılıklı iddia ve savunmalardan ibarettir. Gerçekte ne olduğu devam eden yargılama neticesinde kesinlik kazanacaktır. Ancak bundan sonrasına ilişkin yaşananlar konusunda herhangi bir şüphe yoktur.

Halkın aracın etrafını sarması üzerine aracın dışında bulunan Ali Kaya aracın etrafını saran kişilere "... Biz emniyetteniz, arkadaki de arkadaşım ..." şeklinde sözler söyleyerek araca binip çalıştırarak aracı hareket ettirmek istemiş, ancak halkın buna müsaade etmemesi sonucu Ali Kaya araçtan inip bagajın içinden aldığı silâhla ateş etmek isterken orada bulunan kişiler buna engel olmuştur.

Sanığın asker olduğu halde neden kendisini emniyet mensubu olarak tanıttığı yargılama esnasında şüpheleri sanıklar üzerinde toplayan önemli bir etken olmuş, sanıklar da bu davranışlarına inandırıcı bir gerekçe gösterememişlerdir.

Bu sırada Kitapevinde bulunan Mehmet Zahir Korkmaz isimli şahsın ölmüş olduğu haberinin gelmesi üzerine kalabalıklaşan halk daha da öfkelenmiş, aracın camlarının kırarak sanık Veysel Ateş'i aracın içinden çıkarmaya çalışmışlar, şüphelilere darp ve cebir girişiminde bulunmuşlardır.

Olayların büyümesi sonucu İlçe Kaymakamı, İlçe Emniyet Müdürü ve bir kısım askerî yetkililer olay yerine gelmiş, takviye olarak polis ve askerler ile Özel Harekât Ekiplerinin olay yerine ulaşarak müdahaleleri sonucunda şüpheli Veysel Ateş halkın elinden kurtarılarak zırhlı araç ile Şemdinli İlçe Emniyet Müdürlüğü'ne götürülmüş, Özcan İldeniz yürüyerek kalabalıktan uzaklaşıp İlçe Jandarma Komu-

tanlığı'na gitmiş, o sırada kalabalığın içinden ayrılmaya çalışan Ali Kaya da askerler tarafından yakalanmıştır.

Olay yerine gelen yetkililer halkı sakinleştirmek için bunu yapanlardan mutlaka hesap sorulacağını beyan etmişlerse de halk sakinleşmemiş, toplanıp hükümet konağına yürüyerek kamu binalarını tahrip etmişlerdir. Bunun üzerine halkı dağıtmak için havaya ateş açıldığı sırada bir kısım insanlar yaralanmış, olayların büyümesi sonucu ilçeye giriş çıkışlar yasaklanmıştır.

Olaydan 6 saat sonra Şemdinli Savcılığı tarafından araç üzerinde keşif işlemlerine başlanmıştır. Keşif sırasında araç içerisinde

- 3 adet Kalaşnikov tüfek,
- hücum yeleşği,
- iki adet de Alman yapımı el bombası

ele geçirilmiştir. Araçta ele geçirilen el bombaları ile Seferi Yılmaz'ın işyerine atılan el bombalarının daha sonra yapılan kriminal incelemede aynı cins bombalar olduğunun ortaya çıkması yargılama sonunda sanıkların bu suçtan ceza almalarının en büyük delili olmuştur.

Araçta ayrıca sanıklardan Özcan İldeniz'e ait olan bir adet siyah çanta içerisinde ele geçirilen "Aşiret Durum Çizelgesi" adlı belge-

- Aşiretlerin ve aşiret reislerinden AKP Milletvekili Mustafa Zeydan, Ahmet Zeydan, Mait Piruzbeyoğlu, Gani Çallı, Abdurrahman Keskin, Kemal Kaya, İskender Ertuş, Mehmet Adıyaman, Hasan Öztunç, Celi Özbek, Ömer Keçeci, A. Hakim Turgut, Haydar Kaya, Hüsnü Timur ve Fuat Ediş'in ve yine aşiret mensubu kişilerin isim listesi ve ikamet bölgeleri,
- Şemdinli Bölgesi Genel Değerlendirmesi başlıklı evraklar ile,
- Şemdinli'de bulunan DTP teşkilatlanmasında yer alan şahısların fotoğraflarının bulunduğu bir liste ele geçirilmiştir.
- Araçta ele geçirilen diğer bazı evraklarda ise,

- Bombanın atıldığı dükkânın sahibi Seferi Yılmaz adına düzenlenmiş Nüfus Kayıt Örneği,

- Şahıs Şahsî Bilgiler Formu,

- Biyografik Bilgi Formu,

- Seferi Yılmaz'ın fotoğrafının da bulunduğu "konutta kalanlar" başlıklı iki adet liste,

- Seferi'nin fotoğraf fotokopilerinin bulunduğu bilgi notu,

- Dört adet kroki ve diğer dosyalarda telefon numaralarının bulunduğu liste,

- Bombanın patladığı Özipek Pasajı ve Umur Kitapevi ile ilgili yolların krokileri

ele geçirilmiştir.

Bu ele geçirilen evraklar ve evrakların içeriği, sanıkların yargılama boyunca istihbarat amaçlı ilçeye geldikleri yönündeki savunmalarına, bu bilgi ve belgelerin münhasıran istihbarat toplama görevi ile bağdaşmadığı gerekçesi ile itibar edilmemesi sonucunu doğurmuştur.

Şemdinli Cumhuriyet Savcısı'nın yaptığı incelemeler sürerken, özel otomobiliyle gittiği Van Devlet Hastanesi'nden eşi ve çocukları ile dönmekte olan Jandarma Uzman Çavuş Tanju Çavuş'un Şemdinli ilçesi girişinde yolunu kesen kalabalık bir gurubun araca saldırması üzerine panik ve heyecana kapılıp eşi ve çocuklarını korumak için havaya rasgele ateş açması sonucunda bir kişi hayatını kaybetmiş, 4 kişi de yaralanmıştır. Bunun üzerine Cumhuriyet Savcısı incelemelerini tamamlayamadan olay yerinden ayrılmak zorunda kalmıştır.

Olay sonrasında canlı yayın yapan televizyonların yayını sırasında böyle bir gelişmenin olması ve Tanju Çavuş'un açtığı ateşin keşfi yapan heyete yönelik yapıldığı izlenimin oluşması gerginliği daha da artırmıştır. Öyle ki, halk bunun resmi makamlarca delillerin ortaya çıkarılmasını engelleme amacıyla yapıldığı düşüncesine kapılarak, keşfin mutlaka yapılmasını aksi takdirde Şemdinli ve diğer bölgelerde çok büyük olayların meydana geleceğini yetkililere beyan etmişlerdir. Bunun üzerine Cumhuriyet Savcısı olay yerine dönerek sabaha kadar keşif işlemlerine devam etmiştir.

Elbette ki olayın etkileri 9 Kasım günü ile sınırlı kalmamış, özellikle Şemdinli ilçesi ve Hakkâri elleri başta olmak üzere Kürt nüfusunun ağırlıklı yaşadığı diğer illerde çeşitli gösteriler olmuş, bu gösteriler esnasında bazı kamu binaları tahrip edilmiş, güvenlik güçleri ile halk arasında istenmeyen olaylar yaşanmıştır. Öyle ki Cumhuriyet Savcısı olay sonrası yaşanan gelişmeleri iddianamede dayanak göstererek sanıkların bu eylemlerle aslında tam da bu sonucunu arzuladıklarını iddia ederek sanıkların TCK 302. maddede tanımlanan “devletin birliğini bozmak” suçundan yargılanmalarını talep etmiştir.

### Soruşturma Safhası

Olayın ardından tüm Türkiye hatta Avrupa Birliği bu konuya dikkat kesilmiş ve devletin zirvesinden konuya ilişkin ardı ardına açıklamalar gelmeye başlamıştır. Olayın hemen ertesi günü Genelkurmay Başkanlığı tarafından yapılan açıklamada

“... Bu üzücü olaya bazı askerî şahısların da karışmış olabileceğine dair iddialar ortaya atılmaktadır. Söz konusu olay her yönüyle adli makamlara intikal etmiş olup gerekli yasal işlemler yapılmaktadır. Soruşturma safhasının gizliliği dolayısıyla gelişmeler hakkında yapılacak müteakip açıklamalar adli makamların takdirinde olacaktır.”

şeklinde ifadelerle yer verilmiştir.

Yine dönemin Genelkurmay Başkanı Hilmi Özkök ise;

“... Biz idarî yönden hemen soruşturma başlattık, olayın adli soruşturmasını adli merciler yapıyor, bunu beklemek lazım. Ben personelemi ne suçlarım, ne korurum.”

açıklamasını yapmıştır.

Başbakan Recep Tayyip Erdoğan ise, 11 Kasım 2005 tarihinde yaptığı açıklamada,

“... Nereden gelirse gelsin, kim tarafından yapılmış olursa olsun, kim yapmışsa bunun bedelini ödeyecektir. Bizden kimse bir kayırmacılık, bir korumacılık, yürütme olarak beklemesin, yargı üzerine düşeni en ideal bir şekilde yapacaktır.”

bu konuya dair fikirlerini beyan etmiştir. Devletin zirvesinden yapılan bu açıklamalar, iddianameyi hazırlayan savcının belki de bu denli

“iddialı” bir iddianameyi hazırlamasındaki en önemli etken olmuştur. Savcının hiç gereği yokken yapılan bu açıklamaları aynen iddianameye aktarması da bu düşünceyle hareket ettiğinin en önemli göstergesidir.

Burada en dikkat çekici ve bu davanın kendisi kadar hukuk tarihinde iz bırakacak olan dönemin Kara Kuvvetleri Komutanı Yaşar Büyükanıt'ın sanık Ali Kaya ile ilgili kendisine sorulan bir soruya;

“tanırım iyi çocuktur, suç işlemez”

şeklinde verdiği beyanat olmuştur.

İddianamede yer alan Yaşar Büyükanıt'ın Diyarbakır'da 7. Kolordu Komutanı olarak görev yaptığı esnada Ali Kaya ile birlikte çalıştığı, hatta birlikte bir kooperatif kurdukları ve bu kooperatifin başkanlığının da bizzat Ali Kaya tarafından yürütüldüğüne dair tanık ifadeleri, bu beyanattı iddianameden sonra daha da dikkat çekici hale getirmiştir.

Yaşar Büyükanıt'a yönelik ithamların tamamı iddiadan ibaret olmakla birlikte dönemin Genelkurmay Başkanı Hilmi Özkök'ün olayın hemen ardından idari yönden soruşturma başlattıkları yönündeki açıklamaları karşısında, sanıklar hakkında şu ana kadar herhangi bir işlemin yapılmamış olması, mahkemenin bu yöndeki sorusuna davanın neticesinin beklendiğinin bildirilmesi ve hatta dava devam ederken sanıkların kurumları tarafından ödüllendirilmesi,

“Genelkurmay Başkanı'na rağmen asker içinde bu olayın aydınlatılmasını ve derinlemesine soruşturulmasını istemeyen bazı çevreler mi var?”

sorusunu akla getirmiştir.

Şemdinli'de yaşanan olayların medyaya yansımalarından sonra konuya ilişkin bu açıklamalar yapılırken bir yandan da adli işlemlere başlanmıştır. Olayın hemen ardından Veysel Ateş gözaltına alınarak Emniyet Müdürlüğü'ne götürülmüştür. Diğer asker sanıklar ise Jandarma Taktik Komutanlığı'na götürülerek iki gün boyunca burada tutulmuşlardır. Olay akabinde resmi makamlarca yapılan açıklamalarda “*olayla ilgili sadece bir kişinin gözaltında olduğu, başka kimsenin olmadığı*” bilgisine yer verilmiştir. Halkın yoğun tepkisi üzerine, diğer sanıklar iki gün sonra savcı karşısı-

na çıkarılmış, ifadelerinin ardından savcılık tarafından serbest bırakılmışlardır. Halkın bu serbest bırakılmaya karşı tepki göstermesi üzerine bu sefer sanıklar yeniden hâkim karşısına çıkarılarak tutuklanmışlardır. Başlangıçta serbest bırakılan sanıkların yeni bir delil elde edilmemiş olmasına rağmen sonradan tutuklanmaları hukukun koyduğu objektif kriterler yerine, “halkın tepkisi” kriteri ile hareket edildiğini göstermiştir ki; bu durum hukuken manidardır.

Eylemle ilgisi olduğu düşünülen iki kişi daha olmasına rağmen resmi makamlarca sadece bir kişinin gözaltında olduğu yönünde yapılan açıklamalar ve asker kişilerin hukuki prosedür içerisinde derhal emniyet birimlerince ifadeleri alındıktan sonra savcı karşısına çıkarılmaları gerekirken iki gün boyunca askeri birlikte tutulduktan sonra savcı karşısına çıkarılmaları maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasının devlet içerisindeki bazı kişi yada kurumlarca engellenmeye çalışıldığı şüphesini doğurmuştur. Özellikle resmi görevli bazı tanık ifadeleri ile ortaya çıkan ve o günlerde yaşanan bazı gelişmeler bu şüpheleri artırmıştır. Devletin zirvesinden olayın akabinde yapılan açıklamalar ümit verici olmakla birlikte;

Hakkâri Emniyet Müdürlüğü İstihbarat Şube Müdür Vekili olarak görev yapan Hüseyin Keskinliç 03 Mart 2006 tarihinde savcıya verdiği ifadesinde

“Ben 1 Kasımda meydana gelen patlamada görev nedeni ile Ankara’da bulunuyordum. 9 Kasımdaki patlama olayından sonra toplantıyı yarıda keserek Hakkâri Merkeze döndüm. 14 Kasımda İstihbarat Şube Müdürlüğü’nde bulunduğum saat 14:45 sıralarında Hakkâri İl Jandarma Komutanlığı İstihbarat Şubesi’nde görevli Jandarma Başçavuşlar İsmail Uzer ve Ümit Sevinç Şube Müdürlüğü’ne gelerek ellerinde bir tutanak defteri olduğunu ve 1 Kasım 2005 tarihinde yapılan bir toplantıya ait tutanak bilgilerinin bulunduğu tutanak defterini imzalamamı söylediler. Tutanakta özetle ilimizdeki terör örgütünün son dönemde gerçekleştirdiği bombalama eylemleri, il merkezi ve ilçelerinde istihbarat birimlerinin müşterek istihbarî çalışmaların yapılması gerektiği ve bunların operasyona dönüştürülmesine dair birtakım kararları içeren metnin yazılı olduğu, tutanak metninin Hakkâri Tugay Komutanlığı ve Jandarma İstihbarat görevlilerince imzalandığı, MİT ve Emniyet Temsilcilerinin ise

imzalamadıklarını gördüm. Bu tutanak 1 Kasım 2005 tarihli olarak düzenlenmek isteniyordu. Benimde bu şekilde bu tarihli tutanağı imzalamamı istediler, ancak ben imzalamadım. Ben zaten 1 Kasım’da Ankara’da görevliydim. Yardımcım Komiser Yardımcısı Sezgin Abalı’ya böyle bir toplantıya katılıp katılmadığını sordum. Kendisi böyle bir toplantıya katılmadığını, katılmadığı bir toplantıya da imza atmayacağını söylemişti. Ayrıca 16 Kasım 2005 tarihinde İl Jandarma Alay Komutanlığı’ndan İl Emniyet Müdürlüğümüze bir faks mesaj formu geldi. Bu faks mesaj formunda Şemdinli’deki Umut Kitapevi sahibi Seferi Yılmaz’a bir paket geleceği, göndericinin Narlı Market, Alıcının da Seferi Yılmaz olduğu, bu kolinin içerisinde muhtemelen örgütsel bir malzemenin olduğu şeklinde bir bilgi yazılmıştı. Faks mesaj formunda bu haberin elde edildiği tarih olarak 16.10.2005 yazılmıştı. Bu haberin bize gelme tarihi ise 16.11.2005 tarihidir. Bu paket ile ilgili bilgi notunu patlamadan bir hafta sonra öğrendik. 9 Kasım 2005 tarihinde meydana gelen patlama olayına ilişkin Jandarma ile her hangi bir müşterek çalışmamız olmamıştır. Ayrıca Seferi Yılmaz Emniyet İstihbaratınca takip edilmemektedir.”

şeklinde beyanlarda bulunmuştur.

Hakkâri Emniyet Müdürlüğü İstihbarat Şube Müdür Vekili’nin ifadesinde belirttiği üzere askeri birimlerce yapılmamış olan bir toplantının olaydan sonra yapılmış gibi gösterilmeye çalışılması ve bu yönde bir tutanağın imzaltılmaya çalışılması manidardır. Aynı şekilde askeri makamlarca elde edilen istihbarî bilginin 16 Kasım 2005 tarihinde emniyet birimleri ile paylaşılması, askeri makamların kanunen yerine getirmesi gereken görevlerini olaydan sonra yerine getirmeye çalışarak olaydaki hukuk dışılığı örtbas etme gayretlerinden başkaca bir şey değildir.

Ayrıca her ne kadar daha sonra mahkeme huzurunda inkâr etmiş ise de Şemdinli İlçe Emniyet Müdürlüğü’nde görevli polis memuru tanık Himmet Özdemir Van Başsavcı Vekilliği’ndeki 22 Aralık 2005 tarihli ifadesinde;

“Sanık Veysel’in ifadesinin iki kez alındığını, sanığın son olarak alınan ifadesinde, önceki ifadesinde bahsettiği olaylardan bahsetmediğini”

beyan etmiştir.



Bu durum asker kişi olan sanıkların askeri birlikte tutuldukları iki gün boyunca ifadelerinin şekillendirildiği ve daha sonra gözaltında bulunan diğer şüpheli Veysel Ateş'in ifadesinin de bu doğrultuda değiştirildiği izlenimi uyandırmaktadır. Zira bir polis memurunun savcı karşısında böylesi bir konuda olmayan bir şeyi ifade etmesi hayatın olağan akışı içerisinde düşünülmesi güç bir durumdur.

Soruşturma aşamasında soruşturmayı yürüten cumhuriyet savcısı tarafından bu kişiler dışında olaya ilişkin birden çok tanığın ifadesine başvurulmuştur. Özellikle iddianamede adı geçen tanıklardan Abdulkadir Aygan isimli bir itirafçının "Mutkili Ali" olarak bilinen sanık Ali Kaya hakkındaki ifadeleri ve bu dönemde kurulan TBMM Şemdinli Araştırma Komisyonu'na ifade veren Mehmet Ali Altındağ'ın ifadeleri çarpıcı niteliktedir.

Mehmet Ali Altındağ'ın ifadelerinin TBMM Şemdinli Araştırma Komisyonu'ndan savcılık tarafından istenmesi ve bu ifadelerin aynen iddianamaya aktarılması neticesinde dönemin Kara Kuvvetleri Komutanı Yaşar Büyükanıt'a kadar uzanan asker içerisinde birtakım gayrimişru yapılanmaların olduğu yönünde iddialar içeren bir iddianame, soruşturmayı yürüten cumhuriyet savcısı tarafından düzenlenmiştir.

Soruşturma neticesinde Mehmet Ali Altındağ'ın ifadelerine dayanılarak Yaşar Büyükanıt ile o dönemde komutası altında çalışan bir kısım askerî yetkililer hakkında Suç İşlemek İçin Örgüt Kurmak, Görevi Kötüye Kullanmak ve Sahte Belge Düzenlemek suçlarından ve Yaşar Büyükanıt'ın olayın faillerinden olan Ali Kaya'ya yönelik açıklamaları nedeniyle de Âdil Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs suçundan soruşturma evrakı tefrik edilerek Genel Kurmay Başkanlığı Askerî Savcılığı'na gönderilmiştir.

Yaşar Büyükanıt hakkındaki bu iddialar nedeniyle askeri makamlardan ve birtakım çevrelerden ardi ardına iddianamenin siyasi bir komplo ürünü olduğu yönünde açıklamalar gelmeye başlamış ve neticede iddianameyi düzenleyen Ferhat Sarıkaya HSYK kararı ile meslekten ihraç edilmiştir.

## İKİNCİ BÖLÜM

### İddianame

Bir dönem ülke gündeminde çok önemli yer tutmuş bu dava sivil yargıdan asgari yargıya taşınalı, diğer önemli gündemler gibi unutulmaya başlanmıştır. Böylesine önemli bir davanın hukuk zemininde tartışılması ve değerlendirilmesi insan hak ve özgürlüklerine inanmış, adaleti amaçlamış ve dürüstlüğü şiar edinmiş hukukçular için çok önemlidir. Tebliğimizin bu bölümünde çok eleştirilen ve hazırlayıcısının meslekten ihracına neden olan iddianame hukuki açıdan ele alınacaktır.

Şemdinli iddianamesinin mevzuatımıza, özellikle Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ile tek celsede, zorunlu hallerde bir veya iki celsede davanın bitirilmesini sağlayacak soruşturma evresinin ve bu evreyi tevsik eden iddianamenin bir örneği olup olmadığını tartışmak gerekir. Diyebiliriz ki bu iddianame bu amacı gerçekleştirememiştir. Ancak davanın içeriği ve önemi bu iddianameyi eleştirirken daha müsamahalı davranmamızı gerektirir. Söz konusu iddianameyi şekli ve esas yönden incelemeye başlamadan önce asgari ölçülerdeki bir iddianamenin nasıl hazırlanacağını ve yargılama aşamasındaki rolünün kısaca anlatılması faydalı olacaktır. Bu nedenle önce Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer alan iddianamaya ilişkin hükümler incelenecek, ardından Şemdinli İddianamesi özet olarak aktarılacaktır. Son olarak da bu iddianamenin hukuki açıdan değerlendirmesi yapılacaktır.

### CMK'da İddianame

İddianame soruşturma evresinin sonucunda hazırlanan bir belgedir. Elde edilen deliller bakımından şüpheliler aleyhinde olan deliller, lehinde olan delillere üstünse ve suça konu fiilin failleri şüpheliler olarak görülebiliyorsa bir iddianame düzenlenir. Bu durum CMK 170/2. maddesinde "*Soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler.*" şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre bir iddianamenin düzenlenebilmesinin önkoşulu toplanan deliller sonunda yeterli şüpheyeye erişmiş olmasıdır.

Yine CMK 170. maddede iddianamenin şekil ve esas bakımından içermesi gereken hususlar düzenlenmiştir. Şekli olarak bir iddianamede; şüphelinin kimliği, müdafii, maktul, mağdur veya suçtan zarar görenin kimliği, mağdurun veya suçtan zarar görenin vekili veya kanunî temsilcisi, açıklanmasında sakınca bulunmaması halinde ihbarda bulunan kişinin kimliği, şikâyetle bulunan kişinin kimliği, şikâyetin yapıldığı tarih, yüklenen suç ve uygulanması gereken kanun maddeleri, yüklenen suçun işlendiği yer, tarih ve zaman dilimi, suçun delilleri, şüphelinin tutuklu olup olmadığı; tutuklanmış ise, gözaltına alma ve tutuklama tarihleri ile bunların sürelerine mutlak surette yer verilmesi gerekmektedir. İddianamede bu bilgilere yer verilmemesi CMK 174. maddeye göre iddianamenin iadesi sebebidir.

Bizim burada inceleyeceğimiz asıl konu iddianamenin esas bakımından nasıl olması gerektiğidir. Bu konuyu düzenleyen CMK 170/4. maddesinde *“İddianamede, yüklenen suçu oluşturan olaylar, mevcut delillerle ilişkilendirilerek açıklanır.”* ve yine aynı maddenin beşinci fıkrasında *“İddianamenin sonuç kısmında, şüphelinin sadece aleyhine olan hususlar değil, lehine olan hususlar da ileri sürülür”* hükmüne yer verilmiştir. Bu düzenlemeden fail ya da faillere yüklenen suçun mutlak surette delillerle ilişkilendirilmesi gerektiği sonucu çıkmaktadır.

Bu durumda ceza yargılamasında delil kavramının öncelikle incelenmesi gerekmektedir. CMK madde 217/2'ye göre yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir. Bu düzenlemeye göre, ceza yargılamasında hukuka uygun olmak koşulu ile her türlü delil ispat aracı olarak kullanılabilir. Bunun sebebi ise ceza yargılamasının amacının medeni yargılamanın aksine şekli gerçeğe yetinmeyip, gerçeğin ta kendisi olan maddi gerçeği amaçlamasıdır. Bu amaç sebebiyle ceza yargılamasında ispat külfeti kavramına yer verilmemiş, maddi gerçeği bulabilmek için çeşitli araçlar ihdas edilmiştir. Bunun için her şey delil olarak kabul edilmiştir. Hatta delilleri değerlendirmede serbestlik tanınmış ve yargıcın da delil ileri sürmesi kabul edilmiştir. Yine aynı maddede savcıya, sanığın aleyhine olan delil-

lerle birlikte lehine olan delillere de iddianamede yer verme külfeti getirilmiştir.

Tüm bu unsurları içermeyen iddianamenin CMK 174. madde gereğince Cumhuriyet Başsavcılığı'na mahkemece iadesine karar verilir. CMK 174. maddeye göre diğer bir iade nedeni ise suçun sübutuna etki edeceği mutlak sayılan mevcut bir delil toplanmadan iddianame düzenlenmiş olması halidir. Bu durumda da iddianamenin iadesine karar verilir. İddianamenin iadesi üzerine cumhuriyet savcısı kararda gösterilen eksiklikleri tamamladıktan ve hatalı noktaları düzelttikten sonra, kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesini gerektiren bir durumun bulunmaması halinde, yeniden iddianame düzenleyerek dosyayı mahkemeye gönderir.

### Şemdinli İddianamesi

İddianameye ilişkin açıklamalardan sonra Şemdinli İddianamesi'nin kısaca aktarılmasında fayda vardır. Cumhuriyet savcısı iddianamenin başında sanıkların özgeçmişlerinden bahsettikten sonra 9 Kasım günü yaşanan olayları kısaca özetlemiştir. Ardından sanıkların ve mağdurların savcılıktaki ifadelerini aynen iddianameye aktarmıştır. Kanaatimizce zaten dosyada mevcut olan ifadelerin tekrardan iddianameye aktarılması usul ekonomisi ve iddianame tekniği bakımından hatalı olmuştur. Çalışmamızda sanık ve mağdur ifadelerine münferit bir başlık altında yer verildiğinden benzer nitelikte olan ve iddianamede bulunan bu ifadelere ayrıca yer vermeyeceğiz.

Savcı iddianamede sanık ve mağdur ifadelerinin ardından kendince önemli gördüğü bazı tanık anlatımlarına yine hiç gereği yokken aynen yer vermiştir. Bu tanıklara baktığımızda olay öncesi veya sonrasında olay yerinde olan ve özellikle iddianamedeki tabiri ile sanıkları suçüstü yakalayan kişiler olduğu anlaşılmaktadır. Savcının birden çok tanık ifadesi olmasına rağmen belirli bazı tanık anlatımlarına iddianamede tekrardan yer vermesini, iddiasını güçlendirmek amacıyla yaptığını düşünmekteyiz.

Savcılık makamı tüm bu tanık anlatımlarından sonra eylemi sanıkların gerçekleştirdiği

kanaatine vardığı vurgusunu yapmıştır. Olay saatine ilişkin değerlendirmesinde ise tanık anlatımlarına göre olayın öğlen namazından sonra gerçekleştiği, müftülükten alınan yazıya göre öğle ezanının saat 10.53'de okunması gerektiğinin ve ezanı müteakip namazın muhtemelen 30 dakika sonra biteceğinin belirtilmiş olmasına göre olay saatinin 11.30 civarları olduğu sonucuna varmıştır.

Savcının diğer bir değerlendirmesi sanık müdafilerinin de savunmalarında vurgu yaptıkları ve basında yer alan bombalama olayından çok kısa bir süre sonra Roj TV'nin canlı yayına başladığı yönündeki iddialara ilişkindir. Savcı değerlendirmesinde, söz konusu televizyon kanalının 09.11.2005 tarihindeki yayın akışı içerisinde meydana gelen olay ile ilgili olarak her hangi bir canlı yayına rastlanılmadığı, normal yayın akışı içerisinde bir önceki günün programlarının tekrar edildiği bilgisine yer vermiştir. Bu değerlendirme ileride değişeneğimiz sanıkların bu eylemin PKK tarafından gerçekleştirildiği yönündeki savunmalarına dayanak gösterdikleri kendi sempaticanı olan kanalın olayın hemen ardından canlı yayına geçmiş olması iddialarını çürütmesi bakımından önemlidir.

Yine savcının iddianamede yer verdiği diğer bir değerlendirme, sanıklar arasındaki cep telefonu görüşmesi saatine ilişkindir. Sanıklarca, iddia makamının en önemli delillerinden olan ve tanık anlatımları ile desteklenen telefon görüşmesinin ilçeye gelmeden evvel yapıldığı savunulmuştur. Bu görüşmenin patlamadan sonra yapıldığını iddia eden savcıya göre, sanıkların saat 11-12 arası ilçeye geldikleri yönündeki savunmaları karşısında, saat 11.29 olarak tespit edilen görüşme saatine göre beraber arabada oldukları Veysel Ateş'in kendilerini araması hayatın olağan akışına uygun değildir.

### **PKK/KONGRA-GEL Terör Örgütüne İlişkin Açıklamalar**

Savcı iddianamede yukarıda kısaca özetlediğimiz olaya ilişkin bilgilere yer verdikten sonra "PKK/KONGRA-GEL Terör Örgütüne İlişkin Açıklamalar" başlığı altında PKK ile ilgili örgütün amacı, stratejisi gibi birçok konuda değerlendirmeler yapmıştır. Bu değerlendirmelerinde örgütün tarihi geçmişi ve günümüze kadar olan süreçte geçirdiği değişim evrelerine sosyolojik bir bakış açısı getirmiştir.

Örgüt ile bölgenin sosyo-ekonomik yapısı üzerine ve terörün sebeplerine ilişkin değerlendirmeler alt başlıklı bölümde ise ancak sosyolojik bir araştırmada yer alabilecek çok iddialı tespitlere yer vermiştir. Bu değerlendirmelere bakıldığında burada yer verilen fikirlerin örgüt üzerine yazılmış eserler ve araştırmalardan alıntılar olduğu izlenimi oluşturmaktadır.

Tüm bu değerlendirmelerin ardından örgütün silahlı faaliyetlerine ve sosyal faaliyetlerine değinmiş, özellikle örgüt tarafından gerçekleştirilen kitlesel eylemlerden örnekler vermiştir. Burada değinilen bir başka konu, devletin yıllarca terörle mücadele ve bölgenin kalkındırılması amacıyla bölgeye aktarmak durumunda kaldığı milyarlarca dolardan gerek devlet içindeki bazı görevlilerin gerekse de bölgedeki aşiret reislerinin pay alabilme mücadelesidir. Savcı, bu değerlendirmesinde çıkar grupları tarafından bölgedeki terörün bitirilmek istenmediği vurgusunu yapmıştır. Bu vurgudan hareketle JİTEM'in kuruluş amacı, yaptığı illegal faaliyetler ve Gaffar Okan suikastı gibi birçok konuya değinmiş, bu olaylara bütüncül bir bakış açısı ile kendince yorumlar getirmiştir.

### **Serhildan [Kitlesel Kalkışma] Faaliyetleri Kapsamında Hakkâri Olayları**

Savcı, bu başlık altında 1999 yılında Abdullah Öcalan'ın yakalanması sonrasında uygulamaya koyduğu "sivil itaatsizlik" taktiğinin sonuç vermemesi ve Ortadoğu'da yaşanan yeni gelişmeler üzerine, 01 Haziran 2004 tarihinden itibaren, "şiddeti tırmandırma" taktiği izlemeye başladığı değerlendirmesinde bulunmuştur. Bu değerlendirmesinin ardından "şiddeti tırmandırma" politikası gereği bu tarihten sonra gerçekleştirilen kitle eylemlerine değinmiştir. Daha sonra ise tebliğimizin başında yer verdiğimiz özellikle 2005 tarihinden sonra Hakkâri ve çevre illerde bu amaç doğrultusunda meydana gelen/getirilen eylemlere yer vermiştir.

Savcı, iddianamede onlarca sayfa tutan ve ancak bir sosyal inceleme raporunda yer alabilecek nitelikte ve tarzda PKK ile ilgili bu değerlendirme ve tespitlerinin ardından maalesef bir neticeye varamamıştır. İddianame bir bütün olarak incelendiğinde böyle bir değerlendirmeye yer verme amacının ne olduğuna dair bir fikir edinmek de mümkün olamamıştır. Kanaatimizce olayla doğrudan ilgisi olmayan ve yorum içerikli bu değerlendirmeler iddianame hazırlanış tekniğine aykırıdır ve bu tarz bir değerlendirmeye iddianamede asla yer verilmemelidir. Bu tür iddianameye önemli bir örnek aşağıda verilmiştir.

Savcının PKK ile ilgili değerlendirmelerinin ardından iddianamede yer verdiği diğer bir husus, bizim de çalışmamızın başka bölümlerinde bir kısmını aktardığımız, olaylardan sonra devletin zirvesinden ve askeri yetkililerden yapılan açıklamalar olmuştur. Savcının, iddianamede olmaması gereken bu beyanatlara yer vermesinin, sanıkların cezalandırılması yönünde oluşan “siyasi irade”ye vurgu yapmak amacını taşıdığını düşünmekteyiz.

Kanaatimizce bu düşünce hatalıdır. Şöyle ki; ceza hukukunda failerin cezalandırılabilme koşulu sanıkların cezalandırılması yönünde oluşan siyasi irade değil, mevcut deliller ile suçluluğu yönünde oluşan şüphedir. Ancak Susurluk gibi bu neviden olaylarda siyasi irade olmadığı için netice alınamamış olması, savcıyı bu davanın sanıklarının cezalandırılması yönündeki siyasi iradeye vurgu yapmaya itmiştir.

Savcı, bu açıklamalara değindikten sonra patlamadan sonraki tarihlerde konuya ilişkin beyanda bulunan bazı tanık ifadelerine iddianamede ayrı bir başlık altında yer vermiştir. Savcının meslekten ihracına sebebiyet veren tanık Mehmet Ali Altındağ'ın Şemdinli Meclis Araştırma Komisyonu'na verdiği özellikle Yaşar Büyükanıt'ı suçlayıcı beyanlar içeren ifadesi bu bölümde aynen aktarılmıştır. Biz de hem yol açtığı neticeler hem de içerik olarak özellik arzeden bu ifadenin belirli bölümlerini burada aktaracağız.

### **Mehmet Ali Altındağ'ın İfadesi**

Mehmet Ali Altındağ'ın o dönem mecliste kurulan Şemdinli Araştırma Komisyonu'na

verdiği soru cevap şeklindeki yaklaşık 20 sayfalık ifadesi savcı tarafından iddianameye aynen aktarılmıştır. Savcının komisyondan isteyerek getirttiği ve savcılığa verilmesi ile o dönem ciddi tartışmaların yaşandığı ifade de davanın sanıklarından Ali Kaya ve onun Yaşar Büyükanıt ile ilişkisine dair çok çarpıcı iddialar mevcuttur.

Mehmet Ali Altındağ savcılıkta verdiği ifadesinde Ali Kaya ve Yaşar Büyükanıt ile ilgili;

“... Ali Kaya daha önce Diyarbakır'da görev yapmıştı, kendisi yaklaşık 10 yıldır Doğu ve Güneydoğu Anadolu bölgesinde görev yapmaktadır. Suç dosyası oldukça kabarıktır. Ali Kaya suç dosyası kabarık olmasına rağmen her nasılsa korunuyordu... o dönemin DGM Başsavcısı Nihat Çakar ve o dönemde 7. Kolordu Komutanı olan Yaşar Büyükanıt ta bu kişiyi koruyordu. Sanki suçumuz PKK ile niye mücadele ediyoruz diye Hizbullah yanlısı olduğumuz gerekçesiyle bizi sindirmek için bu saydığım kişiler arasında adeta bir organizasyon vardı. Hatta hakkımızda PKK'nın ağzından yazılmış gibi Ali Kaya tarafından Başsavcının iştiraki ve Kolordu komutanını da onayı ile hakkımızda sahte belge tanzim edildi... O dönemin Kolordu Komutanı da Yaşar Büyükanıt'tı bu yazılara onay verdi... Buradan gelmek istediğim husus Doğu ve Güneydoğu Anadolu Bölgesi'nde terörle mücadele adı altında birileri rant temini ve terörü gündemde tutmak, huzursuzluk çıkarmak amacıyla Ali Kaya'nın en son yaptığı eylemler yapılmak isteniyor. Ali Kaya Diyarbakır'da bu işleri yaparak iş adamlarından büyük miktarda paralar toplamıştır. Hatta internet haberine göre de şu anki Kara Kuvvetleri Komutanı olan ve Ali KAYA için “iyi çocuktur, suç işlemez” diyen Yaşar Büyükanıt Kuşadası'nda birçok emekli paşa ile arsaya ucuz bir fiyata lüks villalar inşa etmektedirler. Kooperatifin başkanı ise bildiğim kadarı ile bir astsubaydır. Yani ülkeyi terörle mücadele havası ile bu bölgede olağanüstü hâl yönetimi ile ülkemiz yönetilmek isteniyor. Maalesef yasadışı uyuşturucu, silâh kaçakçılığı gibi işlemler böyle devlet içersine yerleşmiş illegal birtakım gruplar tarafından yapılmaktadır. Bu iddiam yıllardır bölgede oynanan oyunları ve terörün bir türlü bitirilmemesinin bir sonucudur. Yani terör devlet içine yerleşmiş özellikle silâhlı kuvvetlerimizin içine yerleşmiş bu türlü illegal gruplar tarafından bitirilmek istenmiyor... Millet bıktı, gerekirse ben Ali Kaya ile mahkemede de yüzleşirim. Yaptıklarının hepsi ortadadır... Ayrıca itirafçı Abdulkadir Aygan o dönemde bir iş

adamından aldıkları para karşılığı Ali Kaya'nın organizesi beni öldürmeyi planlamışlardı. Aynı iş adamı yani Ali İhsan Kaya yine bu gizli JİTEM organizesine danışarak illegal bir girişim yapmışlar, PKK militanları tarafından benim Diyarbakır'ın dışında olan iş yerlerim, dinlenme tesislerim silâhlı saldırıya uğramıştır, 8 insan ölmüştür, 12 insanda ağır yaralanmıştır, netice itibarıyla bu iş adamı PKK ile işbirliği yaptığı için TCK 169. maddesinden ceza almıştır. Kendisi Ali Kaya'nın has adamıdır.”

şeklinde çok ciddi itham ve beyanlarda bulunmuştur.

Ayrıca aynı tanık dosya içerisine getirtilen TBMM Araştırma Komisyonu'na verdiği 25.01.2006 tarihli ifadesinde; kendisinin milliyetçi muhafazakâr bir kişiliğe sahip olduğunu, yıllarca bölgede PKK ve Hizbullah ile mücadele ettiğini, ancak kendisinin bu yapısı ve yazdıkları ile bölgede mevcut olan illegal yapı tarafından istenmediğini, bu nedenle önce Hizbullahçı daha sonra ise PKK'lı olarak suçlandığını beyan etmiştir.

Yine burada verdiği ifadesinde Ali Kaya ile ilgili olarak bölgedeki işadamlarından para topladığını, birçok cinayet işlediğini, yaptıklarının gün yüzüne çıkmasından sonra tayininin başka bölgelere çıkarıldığını söylemektedir.

Şemdinli olayları ile ilgili değerlendirmesinde ise; bunun bir işbirliği olduğunu, PKK ile mücadele diye bir şeyin olmadığını ifade etmektedir. Bunun delili olarak da o dönem PKK'nın ikinci adamı olan Şemdin Sakık ile devletin işbirliği içerisinde olduğunu söylemektedir. Hatta kendisinin gözaltında olduğu esnada Şemdin Sakık'ın kendisinin yanına getirildiğini ve onunla konuştuğunu beyan etmektedir.

Yine o denem gündemi çok meşgul eden Ali Kaya ile Yaşar Büyükanıt'ın birlikte kooperatif kurdukları yönündeki iddiasına ilişkin olarak ise;

“Villa yapıyorlar. Bak, burada yazıyor. Dosyada var. Villa yapıyorlar orada. 'Ulusal ihanet' isimli... Bak, bu Yaşar Paşa. Bak, bunu da veriyim size. Ali, Yaşar Paşa ve... Bunlar, bu şekilde, yani, şirket kurmuşlar, şirket... Onun için, boşuna demiyor 'Ali Kaya iyi bir insandır, iyi bir çocuktur, suç işlemez...' Hâlbuki kendisi gönderiyor oraya, işletiyor.”

şeklinde beyanlarda bulunmuştur.

Savcılık, tüm bu ifadeden yola çıkarak Yaşar Büyükanıt ve o dönemde komutası altında çalışan bir kısım askerî yetkililer hakkında; suç işlemek için örgüt kurmak, görevi kötüye kullanmak ve sahte belge düzenlemek suçlarından, yine patlama olayından sonra Yaşar Büyükanıt'ın Ali Kaya'ya yönelik açıklamaları nedeniyle âdil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçundan soruşturma evrakını tefrik ederek Genel Kurmay Başkanlığı Askerî Savcılığı'na göndermiştir.

## Diğer Tanık İfadeleri

Savcı, bu bölümde Mehmet Ali Altındağ dışında Yüksekova Belediye Başkanı Mehmet Salih Yıldız, Hakkâri Belediye Başkanı Metin Tekçe, Şemdinli Belediye Başkanı Hürşit Tekin ve Hakkâri Milletvekili Esat Canan'ın ifadelerine yer vermiştir. Bu tanıkların iddianamedeki ifadelerine bakıldığında, yörede son dönemde artan bombalama eylemlerinin huzur ve barış ortamının tesisini istemeyen, buradaki karışıklıktan kendilerine pay çıkarmak isteyen devlet içine sızmış illegal yapılar tarafından gerçekleştirilmiş olduğu yönünde bir izlenime sahip oldukları anlaşılmaktadır.

Tanıkların ifade ettikleri bir başka husus ise, olayın hemen ardından gerçekleştirilen toplantıda, askerî yetkililer tarafından olayla ilgili sadece bir kişinin gözaltında olduğunun kendilerine iletilmiş olmasıdır. Bölgenin en üst düzey resmi yetkililerine dahi gözaltında başkaca kimsenin olmadığını iletilmesi, bazı çevrelerce olayın en başından beri gerçeğin ortaya çıkarılmasının engellenmeye çalışıldığının göstergesi olması bakımından önemlidir.

Bu tanıklardan Esat Canan iddianamede yer alan olaya ilişkin değerlendirmesinde;

“Benim orada gördüğüm tüm ortaya çıkan kanıtlara ve orada o anda hazır olan görgü tanıklarının anlatımlarına göre olay “Suçüstü” bir olaydır ve eylem iki kamu görevlisinin ve bir itirafçının olduğu üç kişilik ekip tarafından gerçekleştirildiği açıktır. Bunun lokâl bir olay olmadığı kanısındayım. Geçmişte de benzer olaylar bölgede yaşandı. Örneğin Yüksekova Çetesinde de yine itirafçı vardı ve yine asker kökenli kamu görevlileri vardı. Şemdinli de

ortaya çıkan olay tamamen devletin içerisine girmiş, yasadışı işler yapan çetelerin ortaya koyduğu hukuk dışı bir eylemdir. Ancak bunların kendi başına yaptıkları lokâl bir olay olarak görülemez. Bunun bağlantıları da vardır. Talimat aldıkları yerler vardır. Bunların tümünün araştırılmasına ihtiyaç vardır. Geçmiş olaylarda da bu bağlantılar ortaya çıkmadığı için yeniden Şemdinli’de bu tür olay ortaya çıkmıştır. Üst düzey komutanlarımızın “iyi çocuktur, suç işlemez” şeklindeki beyanları bile bu tür olayların üzerine gidilmemesi şeklinde aşağıdaki tüm birimlere bir mesajdır. Bence bu kişiler bu olayı yukarıdan talimat almadan gerçekleştiremezler. Olay organize bir şekilde yapılmıştır. Jandarma istihbaratın tek başına emniyet bölgesinde bu olayı gerçekleştirmesi mevzuatımıza da uygun değildir. Yeniden bölgede bir huzursuzluğun yaratılıp devletle vatandaşın arasını açmak için özellikle son zamanlarda bu gibi olayların ortaya çıktığını söylemek mümkündür. Türkiye bir hukuk devletidir.”

demidir. Bu değerlendirme yukarıda isimlerini saydığımız bölgenin temsilcileri konumunda olan insanların bunun da ötesinde bölge halkının olaylara bakışını yansıtmaktadır.

Savcı, bu tanık ifadelerinden sonra “Şemdinli’de Meydana Gelen Olay Sonrası Devletin Beklentilere İlişkin Medyada Yer Alan Haber Ve Yorumlar” başlığı altında Şemdinli olaylarının ardından medyada yer alan haberlere ve konuya ilişkin köşe yazılarına yer vermiştir. Siyasilerin görüşlerine yer vermekle sanıkların cezalandırılması yönündeki “siyasi irade”ye vurgu yapan savcının, medyadaki haber ve yorumlarla da “halk iradesi”ne vurgu yaptığını görmekteyiz.

## İhbar Mektupları

Soruşturma devam ederken savcılığa konuyla ilgili ya da ilgili olmayan birden çok ihbar gelmiştir. Savcı gelen bu ihbarlardan bir kısmını iddianameye aktarmıştır. Bu ihbarlardan Yaşar Büyükanıt’a ilişkin iddialar içeren Rıfat Koruhan isimli devlet memuruna ait dilekçede;

“Askerî yetkililerin ilçede olayların devam ettiği sırada bile Emniyet’te bulunan Veysel Ateş’i alıp götürmek istediklerini, bunun için İlçe Emniyet Müdürü Tacettin Aslan’a baskı yapıldığını, Veysel Ateş’in kendilerine teslim

edilmemesi üzerine o sırada ilçede bulunan MİT Bölge Müdür Yardımcısı Seyfettin Şener’i devreye soktuklarını ve Veysel Ateş’in serbest bırakılmasını sağlamaya çalıştıklarını, Şemdinli’de meydana gelen bu olaydan bir gün sonra Silopi Cumhuriyet Savcısının aracına bomba konulduğunu, bunun bir mesaj olabileceğini... Yaşar Büyükanıt’ın Diyarbakır’da 7. Kolordu Komutanı olarak görev yaptığı dönemde Ali Kaya’nın da Uzman Çavuş olarak görev yaptığını, Yaşar Büyükanıt’ın kendisi korgeneral iken tanıdığı Uzman Çavuş Ali Kaya gibi kaç tane uzman çavuş tanıdığını, Şemdinli olayı ile ortaya çıkan devlet içerisindeki illegal yapılanmanın izleri iyi takip edilirse Jandarma Genel Komutanı Fevzi Türkeri ile Kara Kuvvetleri Komutanı Yaşar Büyükanıt’a kadar uzanacağını”

yönünde bilgilerine yer verilmiştir.

Bu şahıs dilekçesinde ayrıca Hakkâri ilinde kontrgerilla eylemlerini yönlendirenlerin başında İl Jandarma Komutanı Albay Erhan Kubat’ın geldiğini, Yarbay Ramazan Akça ve Astsubaylar Ali Kaya ve Özcan İldeniz’in de yardımcıları pozisyonunda olduklarını iddia etmiştir.

Savcı tüm bu ihbar mektuplarını değerlendirerek bu ihbarları soruşturmakla görevli Cumhuriyet Savcılıklarına göndermiştir. Savcı iddianamenin bundan sonraki bölümünde ise patlama olayının ardından başta Şemdinli olmak üzere Kürt nüfusun ağırlıklı olarak yaşadığı bazı bölgelerde bu olayı protesto etmek amacıyla yapılan gösterilere yer vermiştir. Savcının bu olayları aktarırken özellikle vurgu yaptığı konu, bu olayın toplumda meydana getirdiği öfke ve bu öfkenin yol açtığı sonuçlar olmuştur.

## Savcının Değerlendirmesi

Cumhuriyet Savcısı, iddianamenin bu son bölümünde, tüm bu anlatılanlardan yola çıkarak geniş bir değerlendirme yapmıştır. Değerlendirmesinin başında, PKK’nın şiddet eylemleri ve gerçekleştirdiği provokasyonların yörede faili meçhul birtakım eylemlerin meydana gelişinin zeminini hazırladığına vurgu yapmıştır. Savcıya göre,

- Toplumsal desteği yok eden bu tür kuşku lu eylemleri gerçekleştirenlerin ortaya çıkartılması elzemdir.

- Çatışma içerisinde şehit ve yaralı veren güvenlik güçlerinin örgütün arzu ettiği psikolojik kaos ortamından etkilenmemesi mümkün değildir. Ancak bu durum illegal uygulamaların gerekçesi olarak kabul edilemez.
- Münferit kurallar kuralızsızlığı ve çatışmaların derinleşerek yaygınlaşması sonucunu ortaya çıkartır. Çatışma ise bu topraklarda yaşayan vatandaşlarca binlerce yıldır üretilen ortak değerlerin yıkılması sonucunu doğuracaktır.
- Terör örgütünün gerçekten arzu ettiği bu durumun önüne geçilmesi ancak örgütün kitleye ulaşma imkânlarının elinden alınması ve izole edilerek atalete mahkûm edilmesi, şiddet eylemlerinin etkisiz kılması ile mümkündür.

Savcı bu genel değerlendirmesinin ardından “demokratik sistem”den ne anlaşılması gerektiğini izah etmiştir. Ardından “Demokratik Sistemlere Rağmen Bürokrasi Aygıtı Ele Geçirilebilir mi?” başlığı altında;

“Kan ve gözyaşı üzerinden politika üreten ve menfaatlerini temin için devletin bütün mekanizmasını kullanmaktan çekinmeyen güçlerin birtakım üst makamlara gelmesi halinde ise devletin bekası için son derece tehlikeli bir durum ortaya çıkabilir.”

yorumunu yapmıştır. “Devletin İstihbarat Geleneği; Tehdit Algısının Kaynağı Nedir?” başlıklı değerlendirmesinde ise; Cumhuriyetin kuruluş yıllarında uygulanan olağanüstü güvenlik tedbirlerinin bugün de sürdürülmek istendiğine vurgu yapmaktadır.

“Bürokrasi mi, Demokrasi mi? Yoksa Her İkisi de Taktik Araçlar mı?” başlıklı bölümde ise, Türkiye’de geçmişten beri çokça sözü edilen ve bir dönem Susurluk; bugün ise Şemdinli olayları ile yeniden üzerinde konuşulan bir gizli yapılanmanın varlığının tartışıldığı, hatta kimi yorumlarda bu yapının III. Selim’den beri devlet mekanizması içerisinde faaliyette olduğundan ve kimi zaman devletin emrinde kimi zaman ise uluslararası grupların emrinde olduğundan söz edildiği değerlendirilmesini yapmıştır.

“Terör Nedir? Kim Ne İçin Terör Yapar?” başlıklı bölümde de 11 Eylül’den sonra terör algısının değiştiğini belirterek, terörün tanımi-

nı yapmıştır. Bu değerlendirmede her ülkenin terör tanımını kendi “terör algısı”na göre yaptığını belirttikten sonra terörün siyasi sistemi istikrarsızlaştırmanın aracı olduğuna vurgu yapmıştır.

Savcının buraya kadar yaptığı değerlendirilmelere bakıldığında soyut, dava ile doğrudan ilgisi olmayan, hukuki bir değerlendirmeden çok sosyolojik içerikli değerlendirmeler olduğu görülmektedir. Savcı bundan sonraki “Provakatif Eylemlerin Amacı Nedir?” başlıklı bölümde ise, Türkiye’deki etnik farklılığa değindikten sonra, eylemlerin gerçekleştirilmesinde dört amacın güdülmüş olabileceğini belirtmiştir. Savcı bu dört amacı;

- Kültürel kimliğin üzerine inşa edilen siyasî kimliğin duyarlı hale getirilmesi, böylece toplumun rahatlıkla eyleme çekilebileceği ortamın sağlanması,
- Birinci halde duyarlı hale gelen siyasî kimliğin tehdit algısı —gerçekte olduğundan daha fazla— abartılarak devletin şiddetli önlemlere başvurusunun yolunun açılması, bölgedeki idarî sisteme olağanüstü yönetim araçlarının hâkim olmasının sağlanması,
- Birinci ve ikinci halde bölgedeki güvenlik kaosunun siyasî otorite üzerinde baskı unsuru olarak kullanılmasının yolunun açılması,
- Son olarak ise bütün bu sayılanların üzerinde Türkiye’nin temel politik yönelimlerinin (modernlik projesi, AB süreci) akamete uğratılması ve merkezdeki siyasî/bürokratik yönetim elitinin güç ve yerlerini muhafaza etmesi”

olarak sıralamıştır.

Savcıya göre;

- Olayların gelişimine ve olup bitenlere bakıldığında iç içe halkalardan oluşan bir zincirleme yasadışı yapılanmanın kurulduğu anlaşılmaktadır.
- Bu tür yapılanmalarda her zaman için operasyonun arkasındaki isimler gizli tutulmaya çalışılmakta ve kendilerine ulaşılmamaktadır.

- Yargı ve devlet otoriteleri çoğu zaman bu tür yapılanma ve oluşumlar hakkında etkin bir soruşturma yapamamaktadır. Bu durum basına yansıyan yakınmalara sebep olmaktadır. Bu nedenle halkın ilk zincirinde olanlar yani astsubaylar Ali Kaya ve Özcan İldeniz ile eski PKK'lı Veysel Ateş'in yanı sıra yapılanmanın perde arkasındakilerin de deşifre edilmesi ve bu yönlü niyetlerin akamete uğratılması devletin bekası ve siyasî istikrar için elzemdir.

Savcı, tüm bu değerlendirmelerinin ışığında ve tüm dosya kapsamına göre, kamu görevlileri olan şüpheliler Ali Kaya ve Özcan İldeniz'in terörle mücadele adı altında yola çıkıp bir süre sonra yasaların kendilerine verdiği yetkileri tam bir sorumsuzluk içinde kullanarak yasa dışılığı meşru sayıp amaçlarına ulaşmak için her yöntemi uygun yöntem olarak benimseyerek yanlarında kamu görevlisi olmayan eski bir PKK üyesi şüpheli Veysel Ateş'i de alarak tam bir dayanışma ve işbirliği içerisinde hareket edip Seferi Yılmaz isimli şahsa zarar vermek veya bu şahsı öldürmek amacıyla suç tarihinde mezkûr olayı gerçekleştirdikleri sonucuna varmıştır.

Savcı, Susurluk Davası'nda yer alan ve bu davanın hüküm kısmında da atıf yapılan değerlendirmesinde;

- Anayasa'nın 6. maddesindeki "Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz" hükmüne karşın şüphelilerin aralarında suç işlemek için anlaşmaları,
- bunun ise kamu görevlileri olan iki şüphelinin mevcut konumları itibarıyla yapmış oldukları eylemin hukuk devleti kuralları içerisinde savunulur yerinin olamayacağı,
- terörle mücadele adı altında da olsa hukuk dışı bir yapılanma ve anlaşma ile devletin meşru güçleri gibi güç kullanarak yürürlükteki yasalar yerine kendi güç ve kuralları ile sözde yasalar oluşturmanın devleti hukuk devleti olmaktan çıkaracağı,
- bu koşullardan da güçlünün sözünün geçtiği, nerede başlayıp nerede sona ereceği belli olmayan her türlü yasa dışılığın ege-men olduğu bir sistem oluşacağı,

- sonuçta yurttaş devlet ilişkisinde hukuk kuralları yerine korku ve kaygının geçerli olacağı,
- bunun da bir Anayasa veya yasa ihlalinin ötesinde bir hukuk ihlali niteliği taşıyacağı ve hukuk devletinin bütünü ile ortadan kalkması sonucunu doğuracağı,
- kısaca terörle mücadelenin olmazsa olmaz kuralının hukuk devleti içerisinde hukukî kurallar çerçevesinde olması gerektiğine vurgu yapmıştır.

## Savcının İstemi

Dava henüz neticelenmemiş olduğundan suç vasfına ilişkin bir değerlendirmenin doğru olmadığını düşünmekteyiz. Bu nedenle burada ve çalışmamızın ilerleyen bölümünde failerin suçluluğu ya da bu eylemin hangi suç kapsamında kaldığı yönünde hiçbir tespit ve değerlendirmede bulunmadık. Amacımız bu davada şu ana kadar yaşanan süreci sosyal ve hukuksal boyutlar ile değerlendirmek olduğundan, savcının bu eyleme yönelik "devletin birliğini bozmak" gibi bir nitelemede bulunuş amacının tam olarak anlaşılabilmesi için savcının sanıklar hakkındaki istemini aşağıya aynen aktarıyoruz.

Cumhuriyet Savcısına göre;

"Şemdinli'de ortaya çıkan olayda terör eylemi kullanılmıştır. Yani terör örgütlerinin yapmış olduğu eylemlerin bir benzeri kamu görevlileri tarafından yapılmış ve sonuçta Hakkâri, Yüksekova, Şemdinli, Van, Muş, İstanbul gibi yerlerde bu olayları protesto etmek için birçok gösteri yapılmış, ölümler ve yaralanmalar meydana gelmiştir. Şüphelilerin görüntü itibarıyla PKK terör örgütü ile ilişkisi ve irtibatı olduğunu değerlendirdikleri Seferi Yılmaz isimli şahsa bir şekilde zarar vermek suretiyle PKK terör örgütü ile mücadele etme şeklindeki eylemleri yasal değildir. Terör örgütleri ile hukukî olmayan bir yöntem ile mücadelede halkın devlete olan güveni zamanla sarsılabilir. Bu şekilde mücadele yöntemini benimseyen bir takım oluşumlar zamanla devlet kademesinde yer bulmakla ve yasaların kendilerine tanımadığı yetki ve görevlerle keyfi birtakım eylem ve işlem gerçekleştirmek suretiyle kamuoyunun devlete karşı olan güvenini ve inancını yitirmesine de neden olmaktadır. Sonuçta devlete karşı güvenini ve inancını yiti-



ren halk görev ve yetkinin yasadışı olarak kullanılması sonucu meydana gelen ihlalleri fiili olarak protesto ederek sokaklarda gösteriler yapacak ve kamu düzeni bu şekilde bozulacaktır. Devleti oluşturan unsurlar halk ve bireydir. Kamu düzeninin bozulması şeklin terörle mücadele eder gibi görünen yasadışı bu oluşumların eylemleri sonucu gerçekleşecektir. Kamu görevlilerinin yasaya aykırı olarak yaptığı şiddet ve silâh (bomba) kullanma eylemi devletin birliğini sağlamaya yönelik bir eylem olmayıp, kamu düzeninin bozulmasına, karmaşaya, güvensizliğe neden olarak devletin birliğini bozmaya yönelik bir eylemdir.

Ülke genelinde tansiyonu yükseltmeyi amaçlayan terör örgütü ve yandaşları pek çok yerde toplumsal çatışma yaratmayı hedeflemekte, devamında güvenlik birimlerini tahrik etmek suretiyle özellikle son dönemde insan hakları ve kişisel özgürlüklerin geliştirilmeye çalışıldığı bu ortamı bozdurmak ve devleti bazı uluslararası platformlarda sıkıntıya sokmak eylemindedirler. Bu şekilde terör örgütü PKK'ya adeta fırsat ve imkân tanınarak prim verilmiş ve birtakım eylemlerin yapılmasına zemin hazırlanmıştır. Bu açıdan 09 Kasım 2005 tarihindeki patlama olayı ve sonrasında gelişen toplumsal olaylar sonucu ülkenin kamu düzeni ve istikrarı bozulmuştur. Bu gerçeklerle 09 Kasım 2005 günü Şemdinli'de gerçekleştirilen bombalama eylemi devletin birliğini bozmaya yönelik bir eylemdir. Bu bombalama olayı ve akabinde yaşanan olaylar bir arada değerlendirildiğinde; terör örgütü PKK'nın halk üzerindeki etkinliğinin artması, örgütün kısa sürede olayları protesto etmek için binlerce insanı bir araya toplayabilme gücüne kavuşmuş olması gibi imkânlara zemin hazırlanarak terör örgütünün lehine ve istediği sonuçları elde etmesine yönelik bir ortam meydana getirilmiştir.

Türk Ceza Kanunu'nun 302. maddesinde tanımlanan devletin birliğini bozmaya yönelik eylem ile tanımlanan "devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak" şeklindeki suçun oluşabilmesi için belli amaca yönelik fiillerin işlenmesi gerekmektedir. Bu fiiller şunlardır;

- Devletin topraklarının tamamını veya bir kısmını yabancı bir devletin egemenliği altına koymak,
- Devletin birliğini bozmak,
- Devletin egemenliği altında bulunan topraklardan bir kısmın devlet idaresinden ayırmak,

- Devletin bağımsızlığını zayıflatmak.

Bu suç serbest hareketli bir suçtur. Bu eylemlerden her hangi birinin gerçekleşmesi hâlinde müsnet suç oluşur. Suçun oluşabilmesi için maddede yazılı hedeflerin gerçekleşmiş bulunmasına ihtiyaç yoktur. Belirtilen amaçlara yönelik fiillerin işlenmiş bulunması yeterlidir. Bu fiillerin cebri nitelikte olması gerekir. Ayrıca bu suçun işlenmesi sırasında kişiler öldürülmüş veya yaralanmış ise bu suçlardan da cezaya hükmolunacaktır. Somut olayda Mehmet Zahir Korkmaz isimli kişi ölmüş, Seferi Yılmaz ve Metin Korkmaz isimli kişiler ise öldürülmeye teşebbüs edilmiştir.

Türk Ceza Kanunu'nun 316. maddesi de devletin ülkesine, egemenliğine, birliğine ve anayasal düzenine karşı suçlardan herhangi birini işlemek üzere gerçekleştirilecek birleşmeleri önlemek maksadıyla caydırıcı bir tehlike suçunu meydana getirmiş bulunmaktadır. Bu maddede yer alan suç, sadece bir anlaşmanın gerçekleştirilmesiyle oluşmaktadır. Anlaşmadan maksat, iki veya daha fazla kişinin madde metninde gösterildiği üzere, maddi olgularla belirlenen bir biçimde, bir irade birleşmesine varmış olmalarıdır. Suçun işlenmesinde kullanılacak vasıtalar hakkında da anlaşmanın gerçekleşmesi gereklidir. Şüpheliler suçun işlenmesinde patlayıcı madde olan bomba kullanma üzerinde anlaşmaya varmışlardır.

Şüpheliler, eski PKK'lı Seferi Yılmaz'ı öldürmek veya ona zarar vermek amacıyla, yani suç işlemek için aralarında anlaşma sağlamışlardır. Şüphelilerin, Seferi Yılmaz'ı öldürmeye çalışmak şeklinde ortaya çıkan görüntünün ötesindeki asıl amaçları ise; bu tür provoke terör eylemleri gerçekleştirmek suretiyle ülkede karışıklık yaratmak, kamu düzenini bozmak ve nihayetinde devletin birliğini bozmaktır. Çünkü bölgede yıllardan beri terör süregelmiştir. Halk uzun yıllar terörle iç içe yaşamaktadır. Bu bölgelerde her an terör örgütüne müzahir olan kişilerin provokatif eylemlerine rastlamak olasıdır. Böyle bir durum ise ülkede her an karmaşa ve karışıklık yaşanabileceği sonucunu doğurmaktadır. Bu karmaşa ve karışıklık ile devletin birliği de bozulmak istenmektedir. Böylece şüpheliler suç işlemek için anlaşmışlar ve terör yöntemlerini kullanarak söz konusu eylemi gerçekleştirmişler ve bu eylem yukarıda açıkladığımız gerekçelerle devletin birliğini bozmak için gerçekleştirilen bir eylem olma özelliğine dönüşmüştür.

Hakkâri Merkez, Yüksekova ve Şemdinli ilçelerinde 15 Temmuz-10 Kasım tarihleri arasında 18 bombalama olayı yaşandığı, ilk günlerden itibaren medyanın da yansıttığı gibi gittikçe tırmanan olayların yörede büyük huzursuzluğa, halk üzerinde endişe ve korkuya yol açtığı, kamuoyu vicdanını rahatsız ettiği anlaşılmıştır.

Yukarıda da açıkladığı üzere şüpheliler Ali Kaya ve Özcan İldeniz'in savunmalarının kabul edilmesi halinde söz konusu bombalama olayını terör örgütü PKK gerçekleştirdiği varsayımından hareket ettiğimizde; terör örgütünün aynı tipte Alman yapımı dört adet el bombasını temin ettikten sonra iki tanesini kitapevine attırması gerektiği, diğer iki tanesini de Jandarma'ya ait aracın ilçeye geleceğini, araçta MKE yapımı el bombası bulunabileceğini varsayarak bunları değiştirmek amacıyla muhafaza etmesi gerekeceği ve patlamanın gerçekleşmesine müteakip şüpheli Ali Kaya'nın savunduğu şekilde MKE yapımı el bombalarının araç içerisinden karmaşa ve karışıklık ortamında terör örgütü mensupları veya yandaşlarınca değiştirmeleri gerekeceği, bu varsayımın ise dosyadaki delil kapsamına göre gerçekleşmesinin mümkün olmadığı, böylece yapılan soruşturma sonunda toplanan delillerden şüphelilerin üzerlerine atılı suçları işledikleri anlaşılmalı; şüphelilerin eylemlerine uyan sevk maddeleri gereğince cezalandırılmalarına, karar verilmesi gerekmektedir.”

Görüldüğü üzere savcı, devletin niteliklerinden birinin de “hukuk devleti” olma ilkesi olduğuna vurgu yaparak sanıkların bu eylemleri ile devletin bu niteliğini dolayısıyla da devleti ortadan kaldırmaya yöneldiklerini iddia etmiştir.

## İDDİANAMENİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Davanın kendisi kadar önem arz eden Şemdinli İddianamesi'nin önemli gördüğümüz kısımlarını yukarıda aktarmaya çalıştık. Bunu yapmadan evvel CMK anlamında bir iddianamenin hem şekli hem de esas bakımından içermesi gereken unsurları aktardık.

Değerlendirmemize başlamadan evvel öncelikle belirtmek gerekir ki bu iddianame eksikliklerinden dolayı değil, içeriğinde yer alan fazlalıklarından dolayı bu denli dikkat çekici olmuş ve nihayetinde hazırlayan savcısının

görevden uzaklaştırılmasına sebebiyet vermiştir.

İddianameyi aktarırken zaman zaman değindiğimiz üzere, esasında iddianamede yer almaması gereken soyut, kişisel değerlendirmelerde bulunulmuştur. Savcının, olayla doğrudan bir bağının olmamasına rağmen PKK ile ilgili tüm tarihi süreci de kapsayan uzunca değerlendirmesi bunun en çarpıcı örneğidir.

Bugün Ergenekon Davası ile ortaya çıkan ve yıllardır Türkiye'de faaliyet gösteren illegal bir yapılanmanın mevcudiyeti hepimizin malumudur. Yine Şemdinli'nin de devlet içerisinde yer alan bu illegal yapılanmanın gerçekleştirdiği bir eylem olması kuvvetle muhtemeldir. Sade bir vatandaş olarak hepimizin bu yönde fikir belirtmesi ya da yorum yapması gayet doğaldır. Nitekim son zamanlarda basında yer alan haberlerde Şemdinli'de Ergenekon bağlantısının olduğu bilgilerine yer verilmektedir. Ancak iddia makamında bulunan bir kimsenin iddianamede herhangi bir delile dayanmaksızın bu yönde bir değerlendirmede bulunması hukuken kabul edilebilir değildir.

İddianameye baktığımızda, savcının, bu davanın faillerinin cezalandırılması yönünde oluşan siyasi irade ve halk desteğinden yola çıkarak isnat sınırlarını aştığını söylemek güç olmayacaktır. Elbette ki böylesine önemli bir davanın neticelendirilmesi sağlam bir siyasi iradenin varlığını zorunlu kılmaktadır. İtalya'da “gladyo”yu çökerten savcı da Ergenekon ile ilgili Türk basınına yaptığı değerlendirmede aynı vurguyu yapmıştır. Ancak iradenin varlığından yola çıkarak yeterli delil olmadan olayla sınırlı kalmaksızın iddianamede belirttiği şekilde bir yapının varlığını iddia etmek, hatta üst düzey bazı askeri yetkililerin isimlerini zikrederek onların da bu oluşumun bir parçasıymış gibi bir algının oluşmasına sebebiyet vermek hukuken çok sakıncalı sonuçlar doğurmaya müsaittir. Savcının hiç gereği yokken iddianamede siyasilerin değerlendirmelerine ve hatta köşe yazılarına yer vermiş olması da onun, bu iradenin verdiğini düşündüğü güçle hareket ettiğini göstermektedir.

Kanaatimizce savcının derin sosyolojik tahliller ile sanıkların da içerisinde yer aldığı-

nı iddia ettiği bir yapıyı ortaya koyma gayretinin ikinci bir nedeni de, işin nihayetinde sanıkların “devletin birliğini bozmak” suçu ile cezalandırılmalarını talep etmiş olması ile alakalıdır. Sanıkların bu suçtan cezalandırılabilmesi ancak böyle bir yapının parçası olmaları ile mümkündür. Görünürdeki amacı öldürülen kardeşinin intikamını almak olan bir sanığın da aralarında bulunduğu münferit üç kişinin devletin birliğini bozma saiki ile hareket ettikleri düşünülmemeyeceğinden savcı, sanıkların eylemi bu illegal yapının yönlendirmesi ile gerçekleştirdikleri iddiasında bulunmuştur.

Bir iddianamede savcının yapması gereken, somut olayla delilleri ilişkilendirerek ortaya bir “iddia” koymaktır. Savcı bunu yapmamıştır. Arkasında var olduğunu düşündüğü “irade”ye güvenerek iddianame sınırlarını aşan bir iddia ortaya koymuştur. Nihayetinde işin ucunun dokunduğu kimselerin asker oluşları nedeniyle görünürdeki o siyasi irade kaybolmuş ve iddianameyi hazırlayan savcı da mesleğinden ihraç edilmiştir.

Bu iddianame hukuken hem teknik hem de içerik yönünden hatalıdır. Bu hatanın savcının meslekten ihracını gerektirip gerektirmediği ise ayrı bir sorundur.

## İlk Örnek

Geçmişe baktığımızda bu iddianamenin hatalı hazırlanan ne ilk ne de son iddianame olmadığı açıkça görülecektir. Örneğinin ilki **Sivas Olayları Davası** dosyasına konulan “Esas Hakkında Düşünce Örneği”dir. 1993 yılında Sivas Olayları sonrasında üç ayrı ilk derece mahkemelerinde sanıklar yargılanırken, Ankara DGM Başsavcılığı (Başsavcı Nusret Demiral), tüm DGM Savcılarının katılımını sağlayarak dosyalara “Esas Hakkında Düşünce Örneği” başlıklı, bir nevi iddianame yerine geçen (Mahkemeler ve Yargıtay bu belgeyi iddianame yerine saymıştır) 09.08.1994 tarihli bir yazı sunmuştur.

Türk hukuk tarihinde dosyada bir iddianame varken ve Savcıdan herhangi bir mütalaa da talep edilmemişken savcılığın kendiliğinden ve iddianame yerine geçecek şekilde esas hakkında bir düşünce örneğini

dosyaya sunması ve bu belge ile sanıklar hakkında ilk iddianamede talep edilen cezalar dışında farklı cezalar talep etmesi bir ilktir. Sonrası süreç içinde bu güne kadar DGM’ler ve şimdilerde de yerine geçen *özel nitelikli ağır ceza mahkemelerinde* devam edegelmiştir.

Söz konusu belgede Cumhuriyet Savcıları, tıpkı Ferhat Sarıkaya’nın iddianamesinde olduğu gibi, sadece olayları, maddi delilleri ve suç atfını koyarak talepte bulunmamışlar, ilaveten olaylara karışanların niyetlerini, 1991 yılında 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu ile eski TCK’nın 163. maddesi ve 2 sayılı Vatan Hıyanet Kanununu kaldıran TBMM’ni sorgulamışlar ve suçlamışlardır.<sup>1</sup>

Bu güne kadar yüzlerce hatalı, hatta yanlış iddianamenin hazırlayıcıları hakkında hiçbir işlem yapılmazken bu iddianamenin savcısının meslekten ihraç edilmiş olması, bu karar alınırken sadece hukuki saiklerle hareket edilmediğinin en açık delilidir. Yıllardır hukuk mesleğini icra eden kimseler olarak sadece iddianamede adı geçtiği için hiçbir delil olmaksızın ceza alan insanların varlığına şahit olmamız karşısında, iddianamede bazı üst düzey askeri şahıslara ilişkin isnatlara yer verdiği için Şemdinli Savcısı’nın meslekten ihraç gibi çok ağır bir yaptırımla karşı karşıya bırakılmış olması asla kabul edilebilir değildir.

Savcının ihracını gerektirecek bir yanlışın olup olmadığı sorusunun yanıtı, “*acaba iddianamede Yaşar Büyükanıt ile ilgili isnatlara yer vermemiş olsaydı yinede aynı akibete uğrar mıydı*” sorusuna vicdanlarımızda vereceğimiz yanıtla aynı olacaktır. Hukuk devleti, vatan-daşları arasında makam ya da mevki farkı gözetmeksizin hukukun herkese eşit bir şekilde uygulandığı devlettir. Esasında savcı Yaşar Büyükanıt ve diğer askeri yetkililere yöneltilen isnatlarla ilgili görevinin gereğini yapmıştır. İddianame incelendiğinde Mehmet Ali Altındağ ve diğer bazı tanıkların ifadelerinde geçen bu kişilere yönelik suçlamalarla ilgili olarak bu kimselere ait soruşturmayı yürütme görevi askeri makamlara ait olduğundan dosya tefrik edilerek askeri savcılığa gönderilmiştir.

<sup>1</sup> *Sivas Olayları Davası - Toplu Savunma*, Hukukçular Derneği Yayını, No: 1, İstanbul, Nisan 1996.

Kanun gereği bir suç ihbarını alan cumhuriyet savcısı bu suçları soruşturma görevi kendisine ait ise gerekli soruşturmayı yapmak, eğer kendisine ait değilse bu ihbarı soruşturmakla görevli makama iletmekle görevlidir. Şemdinli savcısı da bu iddialarla ilgili soruşturmanın yapılması için dosyayı askeri savcılığa göndererek görevini yapmıştır. Aksi davranış görevi ihmalden dolayı sorumluluğun doğmasına yol açabilecektir. Birilerinin dillendirdiği gibi Yaşar Büyükanıt aleyhine bir suçlama yönelmiş ya da iddianame düzenlemiş değildir. Görevini yapan bir savcının sadece iddianamede askeri şahıslara ilişkin iddialara yer verdiği için meslekten ihraç gibi çok ağır bir yaptırımla karşı karşıya bırakılmış olması vicdanları rahatsız ettiği gibi bu ülkede askerin isminin zikredilmesinin dahi suç sayılabileceğini göstermiştir.

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### YARGILAMA SAFHASI VE HÜKMÜN DEĞERLENDİRİLMESİ

#### A. Yargılama Safhası

İddianamenin kabulü ile başlayan ve hükmün verilmesi ile son bulan yargılama safhası ile ilgili değerlendirmelerimizde duruşmalar esnasında yaşanan olaylara, özellikle müdahil ve sanık avukatlarının karşılıklı sav ve savunmalarına kısaca değinilecektir.

CMK 250. madde gereğince bu davaya bakmakla görevli Van 3. Ağır Ceza Mahkemesi bu dava için erken sayılabilecek bir sürede ve toplam 5 celsede davayı neticelendirerek hükme varmıştır.

4 Mayıs 2006 tarihli ilk celsede CMK gereğince usulen iddianamenin kabulü kararı ve iddianame okunduktan sonra tarafların kimlik tespiti yapılmış ve sanıkların savunmalarına geçilmiştir. Sanıkların savunmalarından önce müdahil vekillerinden Av. Bahri Bayram Belen söz alarak;

“Mahkeme Başkanının duruşmaya ilişkin alınacak tedbirlere ait düzenlenen tutanakta yer alan bazı ibareler nedeniyle, kendisinin ve yargı mensuplarının siyasi olay ve davadan duruşma dışı bir kısım çevrelerin gizli ve açık

baskıları ve etkisi altında kaldığı şüphesi uyandırdığını, istiyorsa kendiliğinden davadan çekilme hususunda CMK'nın 30. maddesine göre bir karar verilebileceğini düşündüklerini”

beyan etmiştir.

Buna mukabil sanık avukatlarından Av. Vedat Gülşen söz alarak “*taleplerin duruşma ve yargılamayı uzatma amacına yönelik olduğunu düşünmekteyiz*” şeklinde beyanda bulunmuştur. Burada bu beyanların aktarılma sebebi, yargılamanın başında özellikle iddianameyi hazırlayan savcının HSYK kararı ile görevden alınmış olması nedeniyle müdahil tarafın adil bir yargılama yapılamayacağına dair taşıdığı endişedir. Sanık müdafileri ise ileride de görüleceği üzere yargılama aşamasının başında mahkemeye güvenlerinin tam olduğunu, adil bir yargılama yapılacağına inandıklarını beyan ederken yargılamanın sonuna doğru tarafların mahkemeye bakış açıları tamamen tersine dönmüştür.

Mahkemece müdahil tarafın bu talebi reddedildikten sonra sanıkların savunmalarının tespitine geçilmiştir. İlk önce sanıklardan Ali Kaya savunmasında savcılık aşamasında vermiş olduğu ifadesini tekrarlar bu eylemi kesinlikle kendilerinin gerçekleştirmediğini, bu eylemin provokatif amaçla PKK tarafından gerçekleştirilmiş olabileceğini beyan etmiştir.

Sanığın savunmasından sonra mahkemece savunmadaki noksanlıkların giderilmesi ve olayın tam olarak aydınlatılabilmesi amacıyla sanığa çeşitli sorular yöneltilmiştir. Burada bu sorulardan ve cevaplardan bazılarını aktarmaya çalışacağız.

Mahkeme Ali Kaya'ya patlama sonrası buldukları araç çevresinde toplanan kalabalığa karşı neden gerçek görevlerini, jandarma istihbarat görevlisi olduklarını veya kamu görevlisi olduklarını söylemeyerek, görsel basına ve dosyadaki belgelere geçtiği şekilde “biz emniyetteniz” şeklinde emniyet görevlisi oldukları zannını verecek sözler söylediğini sormuştur. Ali Kaya ise cevabında,

“Bölgede olay öncesi patlamaları örgüt üstlenmemişti. Hatta devlet görevlilerinin yaptığı intibamı uyandırıp yaygınlaştıracak propagandalar yapılmıştı, bu nedenle jandarma istihbarat görevlisi olduğumu söyleseydim, öfkeli ve kızgın grup içinde bize karşı daha şiddetli

saldırıları olabilirdi, ayrıca da kalabalığı yatıştırmak amacıyla önce biz emniyet görevlisiyiz demiştik, sonra biz emniyetteniz demiştim”

şeklinde beyanda bulunmuştur.

Yine mahkeme sanığa ısrarla emniyet birimlerinin yetki ve görev alanında yer almasına rağmen, neden emniyet birimlerine ve savcılığa haber vermeden ilçe merkezinde bulunan bir şahıs hakkında istihbarî görev yürüttükleri yönünde sorular sormuştur. Ancak mahkemenin bu sorularına verilen cevaplar yeterli ve inandırıcı olmaktan uzak kalmıştır.

Ali Kaya'nın ifadesinin tespitinden sonra duruşmanın ertelendiği 5 Mayıs günü diğer sanık Özcan İldeniz'in savunmalarına geçilmiştir. Sanık Özcan da diğer sanık gibi Şemdinli İlçesi'ne geliş amaçlarının sadece aldıkları istihbarat doğrultusunda müşteki Seferi Yılmaz'ı takip etmek olduğu, bu eylemi kesinlikle kendilerinin gerçekleştirmedeğini beyan etmiştir.

Sanık Özcan'ın savunmalarının tespitinden sonra davanın üçüncü sanığı olan Veysel Ateş'in savunmalarının tespitine geçilmiştir. Bu sanık da diğer sanıkların ifadeleri ile benzer şekilde ifade vermiştir. Burada tekrar olmaması bakımından sanıkların ifadelerine ayrıca yer verilmeyecektir.

Mahkemenin bu sanığa yönelttiği önemli sorulardan biri de iddianamede yer alan kendisinin 11 Kasım günü savcılık önüne çıkarılıp ifadesinin alınmasından önce Şemdinli Emniyet Müdürlüğü'nde ayrı bir ifadesinin alınıp sonradan imha edildiğine dair tanık beyanlarıdır. Sanık bu soruya;

“Benim Savcılıkta 11 Kasım'da ifadem alınması öncesinde 9 Kasım günü Emniyet Müdürlüğü'nde sadece ismimi, kimliğimi ve haber olduğuma, ayrıntılı ifademi savcılık önünde vereceğime dair bir ifade vermiştim. Onun haricinde suçlamaya ilişkin bir ifadem alınmamıştı.”

şeklinde cevap vermiştir.

Yargılamanın üçüncü celsesinde müdahillerin savunmalarının tespiti yapılmıştır. Müdahillerin beyanlarından sonra söz alan müdahil vekillerinden Av. Ergin Cinmen;

“Sanıklardan Ali Kaya'nın getirtilen ödülleri-nden sonuncusunun cezaevinde olduğu sırada

verildiği ortaya çıkmıştır. Böyle bir olaya karıştıktan sonra kurumu tarafından hiçbir disiplin soruşturması yürütülmeyp aksine bu şekilde ödüllendirilmesi dosyada suç işlediği iddia edilen kişilerin sahiplenildiği, delillerin gizlenmeye ve mahkeme üzerinde baskı oluşturulmaya çalışıldığı izlenimini vermektedir.”

şeklinde beyanlarda bulunmuştur. Bir diğer müdahil vekili Av. Sezgin Tanrikulu ise;

“Sanıklar 7 aydır tutuklu olmalarına rağmen görevde oldukları kurum tarafından haklarında hiçbir idari işlem yapılmamış ve açığa alınmamıştır. Bu da içinde buldukları belirtilen örgüt tarafından korunup kollandıklarını göstermektedir. Şayet iddianameyi düzenleyen savcıya sahip çıkılabileseydi sonrasında Danıştay saldırısı olayının olamayacağını düşünüyoruz. Dosyada daha önceden dinlendiğinde verdiği Van Cumhuriyet Savcılığı'ndaki ifadesini daha sonra talimat ifadesinde değiştiren polis memuru Himmet Özdemir gibi diğer tanıklar da sanıkların tahliye edilmesi halinde tek tek baskı ve tehdit altında bırakılıp beyanlarından vazgeçirilecektir.”

diyerek sanıkların tutukluluk halinin devamının gerekliliğini savunmuştur.

Bunlara mukabil sanık Ali ve Özcan müdafii Av. Mahmut Güler beyanında; müdahil avukatları tarafından dosyada hukuka ve mahkemeye baskılara ilişkin beyanlarla dava zeminin başka noktalara çekilmek istendiğini, daha 20-25 gün öncesinde AB Komiseri Lagendik'in görsel basında yayınlanan konuşmalarında bu dosyaya ilişkin olarak, “Şemdinli dosyasında tutukluluk hali sürmelidir” şeklinde beyanlarda bulunduğunu, hukuku ve mahkemeyi asil etkilemeye çalışanın AB olduğunu savunarak müvekkillerinin tahliyesini talep etmiştir.

Yine sanıklardan Ali Kaya ve Özcan İldeniz müdafii Av. Vedat Gülşen söz alarak;

“Dosyada müvekkiller aleyhine somut delil yoktur. Deliller toplanmıştır. Önümüz adli taptır ve kararname dönemidir. Heyette de değişiklikler olabilir. Bu arada sürüncemede kalmaması için tutuklu müvekkillerin tahliyesini talep ediyoruz. Müdahil tarafın beyanlarında belirtilen terörle mücadele hususunda demokratik hukuk devleti niteliklerine sahip diğer devletler ve ABD'nin bazı suçluları uçaklarla götürüp teröre karşı yapmış oldukları mücadele ortadadır. Bu mücadele bu şekilde yapılmaktadır. Kendilerinin görevli oldukları kurum tarafından halen haklarında idari so-

ruşturma başlatılmamış olması kanaatimce bu davanın sonuçlanmasını beklemektedir. Ve amirlerinin takdirindedir. Ülkemizde de terörle mücadele eden kamu görevlilerinin bu dosyada verilecek tahliye kararına moral olarak ihtiyacı vardır.”

şeklinde beyanda bulunmuştur.

Bu beyanları burada aktarmamızın nedeni, ileride görüleceği üzere sanık vekillerinin mütalaadan önce delillerin toplandığı yönündeki beyanlarına karşın, mütalaadan sonra dosyadaki eksiklikler olduğundan bahisle yeni araştırma taleplerinde bulunmuş olmalıdır.

İkinci ve manidar olan husus ise bir hukukçunun müvekkillerinin bu eylemlerine sahip çıkarak, ABD örneği ile bunun bir terörle mücadele yöntemi olduğunu savunmuş olmasıdır.

### ***İddia Makamı Mütalaası***

1 Haziran 2006 tarihli üçüncü celsenin sonunda iddia makamı, dosyanın değişen suç vasfına göre tekemmül ettiğini ve esas hakkındaki mütalaalarını bildireceklerini beyan etmiştir.

İddia makamı esas hakkındaki mütalaasında,

“Her ne kadar iddianamede sanıkların temel suçları ‘Devletin Birliğini ve Ülke Bütünlüğünü Bozmaya Yönelik Eylemde Bulunmak Suçu’ olarak nitelendirilmiş ve belirtilen sevkdeleri gereğince ayrı ayrı cezalandırılmaları istenmişse de; 5237 Sayılı TCK’nın 302. maddesinin ve 765 Sayılı TCK’daki karşılığı olan 125. maddenin Yargıtay Ceza Genel Kurulu ve 9. Ceza Dairesi’nin yerleşik içtihatları değerlendirildiğinde, maddede yazılı “ayırmaya yönelik bir fiil”in;

- a) Devlet topraklarından bir kısmını veya tamamını yabancı bir devletin hâkimiyeti altına koymaya,
- b) Devletin bağımsızlığını zayıflatmaya
- c) Birliğini bozmaya,
- d) Devleti egemenliği altında bulunan topraklardan bir kısmını Devlet idaresinden ayırmaya,

yönelmiş olmasının gerektiği, dosyada sanıkların bu amaç doğrultusunda hareket ettiklerine, icra hareketlerini doğrudan bu amaçlara

yönlendirdiklerine, suçları doğrudan bu amaçlar doğrultusunda işlediklerine dair delilin bulunmadığı, Jandarma istihbarat mensubu ve kamu görevlisi olan sanıklar Ali Kaya ve Özcan İldeniz’in terörle mücadele adı altında yola çıkıp bir süre sonra yasaların kendilerine verdiği yetkileri tam bir sorumsuzluk içinde kullanarak her türlü yasa dışılığı meşru sayıp amaçlarına ulaşmak için her yöntemi benimseyerek yanlarında kamu görevlisi olmayan eski bir PKK üyesi şüpheli Veysel Ateş’le birlikte dayanışma ve işbirliği içerisinde hareket edip, PKK Terör Örgütü ile bağlantısı olduğunu düşündükleri Seferi Yılmaz’ı öldürmek veya ona zarar vermek amacıyla, yani suç işlemek için aralarında anlaşma sağladıkları, bu anlaşmayı 5237 Sayılı TCK’nın 220/1. madde ve fıkrasında tanımlanan suç işlemek amacıyla kurulan örgüt olarak değerlendirmek gerektiği, sanıkların eylemlerinin iştirak halinde adam öldürmek fiili ile sınırlı olmadığı, meydana getirdikleri oluşum ile bölgede başka suçlar da işleme amacında olduklarının tüm dosya içeriği ve de özellikle olay tarihinde sanıkların araçlarında ele geçen belgelerden anlaşıldığı, sanıkların eylemlerinin suç tarihi itibarıyla yürürlükte olan 5237 Sayılı TCK’nın 220. maddesindeki suçu oluşturmasının ötesinde Anayasanın 6. maddesinde yer alan “Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz” hükmüne karşın yasadışı bir örgütlenme ve yetki kullanımı yoluna gittikleri, oysa terörle mücadele adı altında da olsa hukuk dışı bir yapılanma ve anlaşma ile devletin meşru güçleri gibi güç kullanarak yürürlükteki yasalar yerine kendi güç ve kuralları ile sözde yasalar oluşturmanın devleti hukuk devleti olmaktan çıkaracağı, terör örgütü mensupları, teröre yardım ve yataklık edenler veya terör sempatanları ile kısaca terörle mücadelenin hukuk devleti içerisinde ancak hukukî kurallar çerçevesinde olmasının gerektiğini, öte yandan kişi hak ve özgürlüklerinin sınırsız olmadığı, devletin devamını, bağımsızlığını koruyabilmek ve suç işlenmesini önlemek için tedbirler alınmasının, Anayasa ve yasalarda verilen yetkiler çerçevesinde sınırlamalar getirmesinin doğal olduğu, ancak suçla ve bu bağlamda bölücü terörle mücadele edilirken hukuk devleti olmanın gereklerinin çiğnenmemesinin gerektiği, bunun bütün kurumlar ve tüm kamu görevlileri için geçerli olduğu, mevzuatımızda yasalarda düzenlenen hukuka uygunluk nedenleri dışında suçla mücadele ederken keyfiliğe ve suç işlemeye özellikle de kişilerin yaşamlarına yönelik saldırıda bulunmaya izin veren hiçbir hükmün bulunmadığı, sanıkların tam bir sorumsuzluk ve pervasızlıkla gerçek-

leştirdikleri bu eylemleriyle yıllardır süren terörle mücadele çalışmalarında binlerce şehit veren güvenlik güçlerimizin büyük bir özveriyle yürüttükleri çalışmalarda elde ettikleri kazanımlara, huzur ve güven ortamına büyük zarar verdikleri, PKK terör örgütünün yöre halkına yönelik Devletimize ve Türk askerini hedef alan gerçekdışı propagandalarına zemin hazırladıkları, nitekim bombalama olayından sonra terör örgütünün propaganda ve yönlendirmesiyle bölgede meydana gelen olayların bunu doğrular mahiyette olduğu, astsubay olan sanıklar Ali Kaya ve Özcan İldeniz'in 6136 Sayılı Yasa uyarınca silah taşıma yetkisine sahip oldukları ve olaydan sonra araçlarında ele geçen silahlar ve el bombalarının üzerlerine zimmetli olduğu, doğrudan yasadan kaynaklanan silah taşıma yetkisine sahip kamu görevlilerinin gerek demirbaşta kayıtlı görev silahları gerekse meşru kaynaktan elde ettikleri kişisel silahları örgütün amacı doğrultusunda kullanılmış olsalar bile yasanın bu maddeyi düzenleme amacı ve bu silahların başlangıçtaki edinilme amacının örgütün işleyeceği suçlara ilişkin olmadığı göz önüne alındığında örgütün silahlı olması sonucunu doğurmayacağı, ancak örgütün diğer bir üyesi olan Veysel Ateş'in kullanması için aracın bagajına konulan başka bir askeri personele zimmetli Kalashnikov silah ile yine bu kişilerin yasal olmayan yollardan temin ettikleri ve sanık Veysel'in olay sırasında kullandığı iki adet el bombası dikkate alındığında, örgütün silahlı örgüt olarak kabulü için tek bir silahın dahi yeterli olacağı, örgütün bu yönüyle 5237 Sayılı TCK'nın 220/3 maddesi kapsamında silahlı bir örgüt olduğu kabulünün gerektiği, Hakkâri İl Jandarma Alay Komutanlığı İstihbarat Şube Müdürlüğü'nde görev yapmakta olan sanık astsubaylar Ali ve Özcan'ın olay tarihinde suç örgütünün üyesi PKK itirafçısı sanık Veysel Ateş'le birlikte oluşturulan suç örgütünün amaçları doğrultusunda PKK Terör örgütüyle bağlantılı olduğunu düşündükleri ve yörede gerçekleşen bazı terör eylemlerinin sorumlusu olarak gördükleri Seferi Yılmaz'ın işyerini gündüz vakti bombalayarak adı geçeni cezalandırmayı; teröre müzahir kişilere de gözdağı vermeyi amaçlayarak bu doğrultuda amaçlarını gerçekleştirmek için sanık Veysel'in önceden temin edilen 2 adet el bombasını alarak pasaja girip planlandığı şekliyle Seferi Yılmaz'ı öldürmek amacıyla ticari bir işletme olan ve işyerini işleten dışında başkalarının da bulunması kuvvetle olası kitabevine bombaları atması neticesinde Seferi Yılmaz'ın yara almadan kurtulduğu söz konusu saldırıda, Mehmet Zahir Korkmaz'ın ölmesine, mağdur Metin Korkmaz'ın yara-

lanmasına neden oldukları sübut bulduğundan bu bağlamda;

- 1) Sanıkların sübut bulan silahlı örgüte üye olmak suçundan eylemlerine uyan 5237 Sayılı TCK'nın 220/1-3 ve 62/1, 63. maddeleri gereğince ayrı ayrı cezalandırılmalarına,
- 2) Yine, silahlı örgütün amaçları doğrultusunda, işlettiği Umut Kitabevini bombalamak suretiyle Seferi Yılmaz'ı öldürmeyi planlayıp bunun için elverişli hareketlerini de tamamlamalarına rağmen neticenin meydana gelmediği,
- 3) Olayda tüm sanıkların sübut bulan Tasarlayarak Adam öldürmeye teşebbüs etmek suçundan eylemlerine uyan 5237 Sayılı TCK'nın 37/1 maddesi delaletiyle 82/1-a, c; 35/2, 62/1, 63. maddeleri gereğince ayrı ayrı cezalandırılmalarına,
- 4) Yine sanıkların maktul Mehmet Zahir'in ölümü ile neticelenen fiilleri yönünden; örgütün amaçları doğrultusunda, suçun işlenmesi planlanan öğle saatlerinde başkalarının da bulunması olası olan Seferi Yılmaz'a ait ticari işletme olan kitabevinin bombalaması suretiyle gerçekleştirilmesinin tasarlanmış olması karşısında sanıkların sübut bulan gerçekleşen neticeye göre Olası Kastla Adam öldürmek suçundan 5237 Sayılı TCK'nın 82/1-c, 21/2, 62/1, 63. maddeleri gereğince ayrı ayrı cezalandırılmalarına,
- 5) Sanıkların mağdur Metin Korkmaz'ın yaralaması ile neticelenen fiilleri yönünden ise; örgütün amacı doğrultusunda Seferi Yılmaz'a ait ticari işletme olan ve olayın işlenmesinin planlandığı öğle saatlerinde başkalarının da bulunması olası olan kitabevinin bombalama suretiyle gerçekleştirilmesinin planlanması karşısında gerçekleşen neticeye göre sanıkların sübut bulan Olası Kastla Adam yaralamak suçundan 5237 Sayılı TCK'nın 86/1-3.e 21/2, 62/1, 63. maddeleri gereğince ayrı ayrı cezalandırılmalarına, karar verilmesini"

talep etmiştir.

Bu celsenin sonunda davanın tarafları mütalaaya karşı beyanlarını sunmak üzere süre istemişler ve duruşma 13 Haziran 2006 gününe ertelenmiştir. 13 Haziran 2006 tarihli dördüncü celseye sanıklardan Ali Kaya alt solunum yolu rahatsızlığı nedeni ile Van Askeri Hastanesi Dâhiliye Kliniğine sevk edilip, alt solunum yolu enfeksiyonu tanısıyla has-

tanede bulunduğundan duruşmaya katılmamıştır.

Bu celsenin başında savunma avukatları kovuşturmanın genişletilmesi talebinde bulunmuşlar, ayrıca bir kısım sanık müdafileri sundukları bazı Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarına dayanarak dosyanın Askeri Ceza Mahkemesi'ne gönderilmesi gerektiğini beyan etmişlerdir. Bazı sanık müdafileri de Van Ağır Ceza Mahkemesinin değil; Hakkâri Ağır Ceza Mahkemesinin görevli olduğunu beyanla dosyanın bu mahkemeye gönderilmesi gerektiğini, mahkemenin görevsiz olduğunu, bu talepleri kabul edilmezse, araştırmanın genişletilmesine dair taleplerinin olacağı yönünde beyanlarda bulunmuşlardır.

Mahkeme savunma avukatlarının bu taleplerine karşı cumhuriyet savcısının ve müdahil tarafların beyanlarını aldıktan sonra bu talepleri oybirliği ile reddetmiştir. Cumhuriyet Savcısı ve müdahil avukatları bu taleplere karşı *"dosyanın tekemmül etmiş olduğunu, bu taleplerin yargılamaya uzatmaya yönelik talepler olduğunu"* beyan etmişlerdir.

Yargıtay'ın bozma gerekçelerinin birçoğunu savunmanın bu talepleri oluşturduğundan ve mahkeme ret gerekçelerini gerekçeli kararında ayrıntılı şekilde izah ettiğinden, savunmanın bu taleplerinin değerlendirmesi ilerleyen bölümlerde ayrıca yapılacaktır.

Mahkeme sanık Ali Kaya'nın karar duruşmasında hazır bulunmaması ve sanık müdafilerinin esas hakkındaki savunmalarını hazırlamamış olmaları nedeniyle duruşmayı 19 Haziran 2006 tarihine ertelemiştir.

19 Haziran 2006 tarihli celsede sanık Ali Kaya'nın yine hazır olmadığı görülmüş ve sanığın 15 Haziran 2006 tarihinde ileri tetkik ve tedavi amacıyla Ankara GATA Hastanesi Göğüs Kliniğine sevk edildiği dosyaya bildirilmiştir. Ayrıca her üç sanık müdafii Av. Yurdakan Yıldız telgraf ile mazeret bildirerek duruşmaya gelmemiştir. Av. Yurdakan Yıldız sanık Veysel Ateş'in tek müdafii olduğundan sanığın son savunmalarını avukat huzurunda yapabilmesi için duruşmaya ara verilerek, sanık için barodan müdafii görevlendirilmesi istenmiştir.

Duruşmaya başlanıldığı sırada sanık müdafilerinden Av. Mahmut Güler söz alarak;

"13 Haziran 2006 günlü Özgür Gündem Gazetesinde çıkan ve yazılı beyan ekinde bulunan Şemdinli dosyasında karar günü başlıklı haberde kararın o günkü duruşmaya da yetişmemesi halinde en fazla birkaç günde çıkmasının beklendiği, mahkeme başkanının da tayinin çıktığı ve 19 Haziran'da ayrılmadan önce Şemdinli dosyasını karara bağlayacağı şeklinde haber yayınlanmıştır. Bu habere göre ve yine Avrupa Birliği adına yapılan bazı açıklamalarda da Mahkeme Başkanının ve yine heyetin tarafsızlığını yitirdiği kuşkusunu uyandırdığından CMK'nın 30. maddesine göre davadan kendiliğinden çekilme hususunu değerlendirilmesini"

talep etmiştir. Görüldüğü üzere müdahil tarafça yargılamanın başında ileri sürülen talepler ve dile getirilen kaygılar yargılamanın sonunda savunma avukatları tarafından dile getirilmeye başlanmıştır.

Mahkeme Başkanı sanık Veysel ve diğer iki sanık müdafii Av. Yurdakan Yıldız'ın mazeret talebine ilişkin olarak müdahil vekillerinden diyecekleri sormuştur. Müdahil vekilleri adına söz alan Av. Sezgin Tanrıku beyanında;

"... Geçen celse hazır bulunan sanık Veysel Ateş ve diğer iki sanık müdafii Av. Yurdakan Yıldız'ın başka bir duruşmasını gerekçe göstererek mazeret bildirmesi hep birlikte değerlendirildiğinde mahkemenin karar vermesini ve dosyanın karara çıkmasını engellemek ve dosyayı sürüncemede bırakmaya yönelik olduğunu, bu nedenle de korunma değeri olmayan talepler olduğunu düşünüyoruz."

diyerek mazeretin reddine karar verilmesini talep etmiştir. Müdahil vekilleri ayrıca CMK'nın 177, 179 ve 180/3. maddelerini gerekçe göstererek sanık Ali Kaya'nın yokluğunda karar verilmesini talep etmişlerdir.

Sanık müdafilerinden Av. Mahmut Güler ise;

"Sanık Veysel Ateş'in vekâlete dayalı ve özgür iradesi ile atanmış ve daha önceki aşamalarda ve tüm duruşmalarda kendisini temsil etmiş avukatı bulunmaktadır. Bu mahiyetteki vekillik halinde CMK 150. maddesinde belirtilen Baro tarafından görevlendirilen müdafinin görevinin sona ereceği öngörülmüştür. Mazeretin reddi veya kabulü mahkemenin takdirinde olmakla birlikte kabul edilmesi gerektiğini düşündüklerini"

beyan etmiştir.



Mahkeme mazerete ilişkin ara kararında davanın tüm ülkede önemle takip edilen bir dava haline gelmiş olmasına rağmen Adana'daki duruşmanın ne sebeple daha önemli olduğunun belgelenemediğine vurgu yaparak sanık müdafininin mazeretini oybirliği ile reddetmiştir.

Bizce mahkeme burada hatalı davranmıştır. Zira mahkemenin ret gerekçesinde dayanak olarak gösterdiği kanun maddelerinin hiçbirisi konu ile doğrudan alakalı maddeler değildir. Sanığın kendi tayin etmiş olduğu müdafininin duruşmaya katılmaması halinde ne surette davranılacağına ilişkin CMK'da doğrudan bir madde mevcut değildir. Mahkemenin ara kararına dayanak gösterdiği CMK 151/1 maddesi Baro tarafından görevlendirilen müdafinin duruşmaya katılmaması hali için bir düzenleme içermektedir. Bu durumda savunma hakkının kısıtlanamayacağı gerçeği göz ardı edilmeden CMK'nın genel mantığı içerisinde hareket ederek sanık müdafininin görevini ihmal etmiş olması nedeniyle sanığı savunma hakkından mahrum bırakmamak gerekmektedir. Bu durumda ancak sanık müdafininin görevini ihmal etmesi nedeniyle onun hakkında yasal işlem yapılabilir. Nihayetinde mahkeme her ne kadar mazereti reddetmiş ve sanık Veysel için Barodan müdafii görevlendirilmişse de sanığın son sözünü vekâlet vermek sureti ile görevlendirdiği avukatı Yurdakan Yıldız hazır olduğunda söylemek istediğine dair ısrarlı talebi nedeniyle bu sanık yönünden davayı tefrik ederek diğer iki sanık yönünden karar verme yoluna gitmiştir.

## B. Savunmalar

### 1. Sanık Savunmaları

Sanıkların yargılama aşamasının her safhasında ayrı ayrı savunmaları mevcuttur. Bu savunmalar incelendiğinde kolluk ifadelerinden başlamak üzere kendi içerisinde bir bütünlük ve tutarlılığın olduğu göze çarpmaktadır. Mahkemenin sanık savunmalarında tespit ettiği birkaç çelişki dışında genel itibari ile hem kendilerinin değişik aşamalarda ifadeleri hem de diğer sanıkların ifadeleri arasında çok büyük çelişkiler mevcut değildir. Olayın oluş biçimi içerisinde bu ifadelerin gerçeği

yansıtip yansıtmadığı ya da bunlara itibar edilip edilmemesi ayrı bir sorundur. Mahkeme, tanık sıfatıyla dinlenen bazı polis memurlarının sanık Veysel'in ifadesini sonradan değiştirdiği yönündeki beyanları ve asker olan diğer iki sanığın savcı karşısına çıkarılmadan önce iki gün boyunca askeri birlikte tutulmaları nedeniyle bu ifadelerin kurgulandığı kanaatine varmıştır.

Biz tüm değerlendirme ve kanaatlerden uzak durarak davanın objektif olarak yansıtılması açısından sanıkların aşamalarda birbirine benzer nitelikteki ifadelerine her bölümde ayrı ayrı yer vermek yerine genel itibari ile burada yer vermenin doğru olacağını düşüdüğümüzden ayrı bir başlık halinde sanık savunmalarına yer veriyoruz.

### Sanık Veysel Ateş Savunması

Sanık Veysel Ateş tüm aşamalarda savunmalarında genel itibariyle;

"27.03.1972 Çukurca doğumlu olduğumu, tahminen 1987 yılında Kurudere köyünde ilkokulu bitirdiğimi, 1988 yılında sonbahar aylarında örgüte kazandırıldığımı, 1991 yılının 7. ayına kadar kırsal alanda faaliyette bulunduğumu, örgütten kaçarak Kuzey Irak'ta Dohuk kentine yerleştiğimi, orada evlendiğimi, daha sonra kardeşleri Faruk ile Cafer'in örgüt tarafından öldürüldüğünü duyduğumu, 1997 yılında abisi Zeki Ateş'in yardımlarıyla Habur sınır kapısında güvenlik güçlerine teslim olduğumu, daha sonra Şırnak savcılığına sevk edildiğimi, Van DGM'de yargıldığımı, 4,5 sene ceza aldığımı, cezasını çektikten sonra Manisa Kırkağaç 6. Alayda askerlik görevini yapmaya başladığımı, 2003 Mayıs ayında terhis olduğumu, Hakkâri iline yerleştiğimi, inşaatlarda çalışıp geçimimi sağladığımı, halen de askerler ile birlikte bazı görevlere katıldığımı, 1993 yılından bu yana Hakkâri İl Jandarma Komutanlığı'nda haber elamanı olarak görev yaptığımı, olay günü üç arkadaşı ile Hakkâri İli'nden Şemdinli ilçesine geldiklerini, yanındaki arkadaşlarından birisinin (Özcan) iddaa oynamak istediğini ve camiye gitmek için abdest alacağını söylediğini, bunun üzerine kendilerinin uygun park yeri olduğu için cadde ortasında bulunan refüjden tekrar ilçe giriş istikametine doğru döndüklerini, o esnada patlama sesini duyduklarını, araba daha durmadan arkadaşlardan birisinin ne olduğunu öğrenebilmek amacı ile inerek orada bulunan gençlere ne olduğunu sorduğunu, onların ise 'hem yapıyorsunuz hem de soruyorsunuz şe-

refsizler' diye karşılık verdiklerini, ardından önce kafasına taşla vurduklarını sonra sopalarla saldırdıklarını, bunun üzerine kendilerinin de arabadan yardım etmek amacı ile aşağı indiklerini, ama çok kalabalık olduklarını, o esnada yere düştüğünü, sürünerek araca bindiğini, aracın camlarının kırılmış olduğunu, arka koltukta otururken kafasını korumak için elleriyle kafasını kapattığını, özel harekât kıyafetli ve sivil kıyafetli polislerin kendisini araçtan çıkardıklarını, kalabalığın içinden kendisini aldıklarını, zırhlı bir araba ile İlçe Emniyet Müdürlüğü'ne getirildiğini, gelen taşlardan kafasını korumak için elleriyle başını kapattığını, bu yüzden geldikleri şahısların kendilerini asker olarak tanıttıklarını, daha önce özel işleri için birkaç kez Şemdinli'ye geldiğini, bunun çok önce olduğunu ve zamanını tam olarak hatırlamadığını, araçlarına yapılan saldırı esnasında kalabalığın "Siz yaptınız" şeklinde bağırıldığını, niye öyle bağırıldıklarını anlamadığını, araçta bulunan silahlardan bilgisinin olmadığını"

beyan etmiştir.

### Sanık Ali Kaya Savunması

Sanık Ali Kaya savunmasında;

"2004 yılı temmuz ayından bu yana Hakkari İl Jandarma Komutanlığı'nda İstihbarat Şubede İstihbarat Tim Komutanlığı'nda istihbarat başçavuş olarak görev yapmakta olduğunu, Veysel Ateş'in şubenin kayıtlı haber elamanı olduğunu, kendisini bu suretle tanıdığını, Özcan İldeniz ile birlikte Hakkari ili Şemdinli ilçesindeki son zamanlarda meydana gelen terör olayları konusunda istihbari bilgi toplamak için görevlendirildiklerini, bu resmi görevle 09.11.2005 günü haber elamanı Veysel Ateş'i de yanlarına alarak 30 AK 933 plakalı Renault 19 marka araç ile Şemdinli İlçe merkezine geldiklerini, Şemdinli'ye giriş saatlerini tam olarak bilemeyeceğini, ancak öğle başlangıcı olduğunu, aracı kendisinin kullandığını, aracın ön tarafında şoför mahallinin yanında Özcan İldeniz'in oturduğunu, aracın arkasında da Veysel Ateş'in olduğunu, ilçeye geldiklerinde ilçeyi dolaşmadan ilçe caddesinden dönüş yapıp AKP ilçe teşkilatının ön tarafına aracı park ettiklerini, amaçlarının bazı haber elemanları ile buluşmak olduğunu, Özcan'ın "ihtiyaç gidermek için caminin tuvaletine gidip geleyim" dediğini, haber elemanını Özcan'ın telefonla arayacağını, Özcan İldeniz'in tam araçtan ineceği sırada büyük bir patlama sesinin geldiğini, kendisinin ne olduğunu öğrenmek için araçtan dışarı çıkıp yürümeye başladığını, arkasından da Veysel'in çıktığını,

7-8 kişinin patlamanın olduğu yerden koşarak kendilerinin olduğu yere doğru geldiklerini, bunlardan iki tanesinin hiç durmadan süratle uzaklaştıklarını, 4-5 kişiyi durdurup ne olduğunu sorduğunu, şahısların durarak kendisine bomba patladı dediklerini, ilk başta tepkilerinin olumlu olduğunu, daha sonra tahminine göre aracı ve Şemdinli ilçesine sık sık gelen Özcan'ı tanıyarak kendilerinin güvenlik personeli olduğunu anladıklarını, kendisine içlerinden bir tanesinin "hem siz yapıyorsunuz hem devlet yapıyor hem de soruyorsunuz şerefsizler" dediğini, kendisinin de "düzgün konuş ne demek şerefsiz" dediğini, bu sırada kendisine yumrukla saldırmaya başladıklarını, Veysel'in de yanına geldiğini, Veysel gelir gelmez bir tanesinin işte itirafçı bu diyerek Veysel'i gösterdiğini, bu arada kalabalığın artarak yaklaşık 30-40 kişi olduğunu, kendisi olayın büyüyeceğini anlayınca Veysel'in araca gitmesini söylediğini, kendilerine saldıran şahısları sakinleştirmeye çalıştığını, Özcan'ın da arabanın diğer tarafında olduğunu, bu arada kalabalığın iyice arttığını, kendisinin geri aracın yanına çekildiğini, Veysel'in de aracın arkasında oturduğunu, kendilerine saldıran kalabalığa "Biz Devlet görevlisiyiz. Bu devletin aracı" dediğini, buna rağmen araca ve kendilerine saldırmaya devam ettiklerini, kendisinin kalabalığa hitaben "İftira atıyorsunuz, biz devlet görevlisiyiz şahidiniz var mı?" dediğini, yaklaşık 1000 kişilik grubun her birinin "ben" diye hep birden bağırıldığını, kalabalığın içinden tanımadığı fakat görürse tanıyabileceği 3-5 kişinin "bunların bir suçu yok bunlar burada idi bunları gördük siz yanlış yapıyorsunuz, polis bunlar, güvenlik görevlisi" diye bağırıldıklarını, hatta bir tanesinin torpido gözünden alınan silahını kalabalıktan alıp kendisine geri getirdiğini, torpido gözünden ajandasının çalındığını, olay sırasında vücudunun bazı yerlerinden yaralandığını, kalabalığın özellikle "Bu itirafçı" diye bağırıp Veysel'i istediklerini ve saldırdıklarını, Veysel'in üzerinde yoğunlaştıklarını, kendisinin kalabalığa hitaben "ya benî de öldürsünüz bu arkadaşımız bunu vermeyiz" dediğini, daha sonra Özcan'ın kalabalığın içinden uzaklaşıp polisin olduğu yere gittiğini, Veysel'i de polisin kurtarıp zırhlı araca bindirip götürdüğünü, kendisinin ise aklının kaybolan ajanda ile bagajdaki görev silahları ve zarar gören araçta olduğunu, bu arada organize sloganlar atıldığını, kalabalığın "biji apo, biji kürdistan, kürdistan size mezar olacak pis faşistler, bu eylemleri devlet yapıyor" diye slogan attığını, kalabalığın bagajı açıp silahları görünce iyice çıldırdığını, kendisinin kalabalığın içinde kaldığını, orada tartaklandığını, iki kişinin kendisini ka-

labalığın içerisinde dışarı çıkarttığını, kendisinin de az ileride bekleyen Erdem Binbaşı'nın yanına koşarak gidip kurtulduğunu, şahsına, devletin aracına ve dokümanlara yönelik saldırılardan dolayı şikayetçi olduğunu”

beyan etmiştir.

### **Sanık Özcan İldeniz Savunması**

Sanık Özcan İldeniz de savunmasında;

“1990 yılından beri istihbarat astsubayı olarak görev yaptığını, halen Hakkâri İl Jandarma Komutanlığı'nda bir buçuk yıldan bu yana istihbarat şubede jandarma istihbarat başçavuş olarak görev yaptığını, Veysel Ateş'in Hakkâri şubesinin kayıtlı haber elmanı olduğunu, kendisini Ali Başçavuş'un yanına sürekli geldiği için o suretle tanıdığını, Hakkâri İl Jandarma Komutanlığı'nda görev yapmasına rağmen esas görev yerinin Şemdinli mıntıkası olduğunu, bir buçuk yıldır Şemdinli'ye sık sık geldiğini, son zamanlarda Şemdinli İlçesi'nde meydana gelen terör olayları ile ilgili istihbarat toplamak için Ali Başçavuş ile birlikte bir görev planlaması yaptıklarını, Veysel Ateş'i de bu bölgeyi iyi bildiği için onu da kullanmak amacı ile yanlarına alarak 09.11.2005 tarihinde yaklaşık saat 11.00-12.00 arası Şemdinli ilçesine geldiklerini, ilçe merkezindeki caddede dönüş yapıp aracı park ettiklerini, tuvalete gitmek ve bu esnada da haber elmanları ile irtibata geçip konuşmak amacıyla olduğunu, araçtan çıkmaya fırsat kalmadan bir patlama sesi duyduğunu, patlamadan sonra Ali Başçavuş ve haber elmanı Veysel Ateş'in aynı anda arabadan dışarı çıktıklarını, patlamanın olduğu yere doğru yöneldiklerini, araçtan 15-20 metre kadar uzaklaştıklarını, onlar araçtan çıktıktan sonra kendisinin de araçtan çıktığını, Ali Başçavuş'un cadde de yürüyen bir guruba ne oldu diye sorduğunu, onlarında Ali Başçavuş'a “şerefsizler hem yapıyor hem de soruyorsunuz” dediklerini, haber elmanı Veysel Ateş'in Ali Başçavuş'a yakın bir yerde olduğunu ve vatandaşları engellemeye çalıştığını, Ali Başçavuş'un Veysel Ateş'e arabaya gitmesini söylediğini, kendisinin arabanın diğer tarafında olduğunu, Veysel Ateş'in arabanın arkasına bindiğini, 3-5 dakika içerisinde kalabalığın birden arttığını, bütün dükkânların aniden kapandığını ve büyük bir kalabalığın oluştuğunu, Ali Başçavuş'a ilk saldıran grubun patlamanın olduğu yerden geldiğini, kalabalığın aracın içerisinde bulunan Veysel Ateş'e tekme ve yumrukla vurduğunu, aracın bütün camlarını kırdıklarını, sopalar ile demirler ile araca zarar verdiklerini, aracı sürekli tekmelediklerini, saldırılan aracın bir ta-

rafında olayları önlemeye çalıştığını, aracın diğer tarafında da Ali Başçavuş'un olduğunu, Ali Başçavuş'a yumrukla, tekme ile sopa ile sürekli vurduklarını, kendisinin de kalabalığı önlemeye çalıştığı sırada kalabalığın “sen de bunlardansın” diyerek kendisine saldırmaya başladığını, tekme ve yumrukla darp edildiğini, bu sırada olay yerine emniyet özel tim görevlilerinin geldiğini, kendisinin de bu sırada yürüyerek İlçe Jandarma istikametine doğru hızlı bir şekilde yürüdüğünü, kaçacak olsa kendisine daha fazla saldırılacağını, gurubun dışına çıkınca polis ile karşılaştığını, bu arada kalabalıktan “mavi montlu kişi kaçıyor” diye bağırıldığını, kalabalıktan bir gurubun kendisinin arkasından geldiğini, jandarma polis ve özel hareket vasıtası ile olay yerinden kurtulduğunu, Şemdinli ilçesine gelirken resmi görevle geldiklerini, aracın bagajında ele geçirilen kalesnikof marka silahlar, şarjörler ve iki adet el bombasının kendilerine ait olduğunu, araçta ele geçirilen belgelerinde kendilerine ait olduğunu, dosyaların bir tanesinin içinde bulunan Seferi Yılmaz'a ait ev ve iş yeri krokilerini kendisinin tanzim ettiğini, bu işlemleri bölge de örgütle irtibatı olan bütün şahıslar için yaptıklarını, Seferi Yılmaz'ın da örgütle irtibatlı olduğu için bu bilgi ve belgelerin dosyalarda bulunduğunu, dosyada sadece Seferi Yılmaz'ın ev iş yeri ile ilgili krokiler bulunmakta ise de Şemdinli ilçesinde örgütle irtibatlı olan kişilere ait çizelgelerin de bulunduğunu, Seferi Yılmaz ile ilgili son günlerde bazı bilgilere ulaştıklarını, örgüt mensubunun telefonunun resmi olarak dinlenirken örgüt mensubuna bir paket geleceği, örgüt mensubuna gelen bu paketin de Seferi Yılmaz'a geleceği bilgisine ulaşıldığı için ilk olarak bunu araştırmak, ikinci olarak da Seferi Yılmaz örgütle irtibatlı olduğundan evinde ve iş yerinde örgüt mensupları ile irtibata geçeceği için bu krokileri düzenlediğini, suçlamayı kabul etmediğini, kalabalık arabanın etrafına saldırdığı sırada Veysel Ateş için “bu itirafçıdır bunu bize verin” diye bağırıldıklarını, Şemdinli ilçesine bir buçuk yıldan beri geldiğini, Şemdinli İlçesi'nde yaya ve araç ile sürekli gezdiğini, bu nedenle kendisinin tanınıyor olabileceğini, kendisi ve Veysel'in tanınma patlamanın sorumluluğunu kendilerine atmak için üzerlerine saldırıldığını, istihbarat aracının da tanınıyor olabileceğini, kendisinin darp edilip yaralandığını, ayrıca devletin resmi istihbarat aracına da zarar verildiğini, aracın içinde evrakların bulunduğu çantanın olduğunu, içinde önemli istihbari bilgiler bulunduğunu, onların da çalınmış olabileceğini”

beyan etmiştir.

## 2. Müdahil Beyanları

Bu başlık altında bombalama eyleminin nasıl gerçekleştiğinin ve ardından yaşanan olayların tam anlamıyla anlaşılabilmesi için olayın olduğu esnada bombanın atıldığı işyerinin içerisinde olan ve olayın nasıl geliştiğine dair ifadeleri mevcut olan insanların ifadelerine değinilecektir.

Bilindiği üzere bu eylemin asıl hedefi olaydan tesadüf eseri herhangi bir yara almadan kurtulan Seferi Yılmaz'dır. Hatta eylemin asıl hedefi olan Seferi Yılmaz'ın yara almadan kurtulmuş olması sanık müdafilerince, bu olayın o gün ilçede bulunan sanıklara karşı bir komplo olduğu yönünde değerlendirilmiştir.

Seferi Yılmaz ifadesinde;

"5 yıldır Özipek Pasajında Kitapevi işlettiğini, tam saatini hatırlayamamakla birlikte saat 11:00-12:00 arası çarşamba günü raf ile ayrılmış arka bölümde komşusu Metin Korkmaz ile birlikte öğle yemeği pişirdiklerini, arka bölümde Metin'in amcasının oğlu Mehmet Zahir Korkmaz'ın bulunduğunu, yemeğin piştiğini karşı tarafta çocuk giyim dükkânı olan Bedri Yalçın'a haber vermek için dükkânın arka bölüm kapısına yöneldiğini ve perdeyi açtığını, aynı anda cam kırılma sesinin geldiğini, bu sırada açık kapının yanındaki camın kırıldığını anladığını, bu esnada yerde yuvarlanan el bombasını gördüğünü, "bomba attılar" diye bağırdığını ve kendisini dışarı attığını, merdivenlerden bir basamak indiğini, bu sırada kaçan kahverengi montlu, kumral saçlı, kişinin koşarak iş hanı kapısına doğru yol aldığını, tüm bunların anlık olduğunu, patlama olmadan önce kahverengi montlu kişiyi iş hanı çıkışında gördüğünü, kahverengi montlu ile arasında 9.5-10 metre olduğunu, bu sırada arkasının dönük olduğunu, iş hanı girişinden çıkıp sağa doğru döndüğünde yandan yüzünü gördüğünü, o sırada iş hanı girişindeki kırtasiyecinin açık olduğunu, iş hanında bulunan berber ile iddia bayisinin kapalı olduğunu, iddia bayisinin sabahtan biraz açıp sonra kapatıp gittiğini, berberin ise hastası olduğu için Van ilinde bulunduğunu, kendisinin peşinden koştuğunu, kahverenginin de iş hanından çıkıp sağa doğru koştuğunu, kendisinin de Ekrem Baş'ın marketinin oraya kadar onun peşinden koştuğunu, onun koştuğu yönden de patlama sesini duyan esnafın geldiğini, peşinden 20-30 metre gittiğini, bu sırada karşı yönden gelen grubun önünde konfeksiyoncu Zeydan Özer'i gördüğünü, "kah-

verengi montluyu kaçırmayın, bombayı atan bu" diye Türkçe olarak bağırdığını, daha sonra dükkânındaki yaralılara bakmaya koştuğunu, dükkâna geri döndüğünde çocuk giyimci Bedri Yalçın'ın kendinden önce dükkâna geldiğini, dükkânının ışıklarının yanmadığını, Bedri ile Kadri Alkan'ın Metin'i tutmuş dışarı çıkardıklarını, Mehmet Zahir diye içeriye seslendiğini, ses vermediğini, arkasından o da çıkmış mıdır diye düşündüğünü, daha sonra pasajın dışına caddeye çıktığını, kalabalığın Ak Parti bürosunun olduğu iş hanının önünde bulunduğunu, oraya gittiğini, burada yaklaşık 15-20 kişinin olduğunu, beyaz bir otomobilin etrafında bulduklarını, kovaladığı kahverengi montlu kişinin arabanın arkasında oturduğunu, şoför tarafında dışarıda sonradan adını Ali Kaya olarak öğrendiği kır saçlı kişinin bulunduğunu, Ali Kaya'nın yanında bagaja doğru da top sakallı hafif burnu çıkık, uzun boylu, üzerinde Adidas marka mavi montlu olduğunu, olay yerinde kırtasiyecisi Reşit Kaya ile İHD üyesi Kadir Özcaner'in bulunduğunu, hatırlayamadığı başka 15-20 kişi daha bulunduğunu, Reşit ile Kadir'in arkadaki kahverengiliye saldıranları önlediklerini, Reşit'in kahverengiliye "kimliğini ver sen kimsin" dediğini, onun da kimliğinin amirinde olduğunu söyleyerek Ali Kaya'yı gösterdiğini, o sırada arabayı salıyanların bulunduğunu, kendisinin bu arabanın başına gelmesinden 15 dakika kadar sonra Emniyet Müdürü'nün geldiğini, o arada Şemdinli de görevli Yanık Yarbay'ın geldiğini, çevredekilerin "arabaya bakacağız, ne var bomba mı var" dediklerini, Ali Kaya ile sonradan adının Özcan olduğunu öğrendiği kişinin açamazsınız dediklerini, sonra özel hareketçilerin geldiğini, havaya ateş ettiklerini, Ali Kaya'nın bagajdan keleş almak istediğini, çevredekilerin silâhı onun elinden aldıklarını, sonra silâhın şarjörünün düşerken her halde alına değdiğini, bu sırada kahverenginin hâlâ aracın içinde olduğunu, Yanık Yarbay ile Emniyet Müdürü'nün halka söz verdiğini, "Bunlar adalet önüne çıkarılacak, bundan hiç kuşkunuz olmasın" diye söylediğini, kahverengi montluyu akrep denen kapalı polis aracının götürdüğünü, Yanık Yarbay'ın Ali Kaya ve Özcan'ı oradaki askerlere yakalayın dediğini, askerlerin de bu ikisini kollarından tutup, jandarmaya doğru götürdüklerini, arabanın etrafında kalabalığın çoğalmaya devam ettiğini, pasajdan eller üstünde Mehmet Zahir'i getirdiklerini, hastaneye doğru yürüyerek taşıdıklarını, kalabalığın bunu görünce daha da öfkeli olduğunu, Mehmet Zahir ile Metin'in köyden akrabalarının geldiğini, kalabalığın bir bölümünün hastaneye doğru gittiğini, bir bölümünün de aracın etrafında kaldığını, dükkânında bomba

patladığı zaman saatin 11.00-12.00 arası olduğunu, öğlen ezanının okunalı yarım saat olduğunu, bu zaman konusunda emin olmadığını, ancak herkesin namazda yada yemekte olduğunu, ortalığın تنها olduğunu, 1984 yılında müdafii öğretmen olduğunu, 1984 yılında Eruh ve Şemdinli olaylarının olduğunu, PKK'nın Şemdinli'yi bastığını, kendisinin o olaya katılmadığını, ancak itirafçı beyanları ile mahkum olduğunu, 1985 yılının Mart ayından 2000 yılı Mayıs ayına kadar cezaevinde kaldığını, cezaevinden çıktıktan sonra Şemdinli'ye dönüp kitabevi açtığını, kitabevinde sadece kitap sattığını, ayrıca DTP delegesi olduğunu”

beyan etmiştir.

Bombanın atıldığı esnada olay yerinde bulunan ve yaralı olarak kurtulan diğer müdahil Metin Korkmaz da ifadesinde;

“Olay günü saat 11.30 ile 12.00 sıralarında Seferi Yılmaz'a ait işyerinin arkasında bulunan mutfak bölümünde, Seferi Yılmaz ve amcaoğlu Mehmet Zahir Korkmaz ile yemek pişirdiklerini, pişen yemeği masanın üzerine koyduklarını, kendisinin masanın arkasında olduğunu, Mehmet Zahir Korkmaz ve Seferi Yılmaz'ın masanın kapıya yakın tarafında bulduklarını, ikisinin de masada yan yana oturduklarını, sonra birden kitabevinin camının kırıldığını, kırılan camlar yere düşünce bir gürültü olduğunu, Seferi Yılmaz ve Mehmet Zahir Korkmaz'ın ayağa kalktıklarını, Seferi Yılmaz'ın daha önce kapıya doğru hareket ettiğini, ardından Mehmet Zahir'in kitabevinin giriş kapısına yöneldiğini, Seferi Yılmaz'ın bomba var diye bağırıldığını, kendisinin kaçma imkânının olmadığını, önünde masa bulunduğundan buna zamanının olmadığını, bu nedenle kendini yere attığını, ilk önce Seferi Yılmaz'ın dükkândan dışarı çıktığını, Mehmet Zahir Korkmaz kitabevinden çıkmak üzere iken birinci el bombasının patladığını, bu arada başını korumak için masanın arkasına köşeye soktuğunu, bombanın patlamasıyla kalçasından ve bacağından yaralandığını, birinci patlayan bombanın kendisinden 4 metre kadar uzaklıkta bulunduğunu, ikinci bombanın kendisine daha yakın bulunduğunu, el bombasını atan kişiyi görmediğini, bomba patlayınca özellikle ikinci el bombası patlayınca her şeyin üzerine yıkıldığını, 1,5-2 dakika kadar bekledikten sonra üzerindeki atıp sürünerek el hareketiyle kitabevinin kapısına doğru yöneldiğini ve kurtarın diye bağırıldığını, hatırladığı kadarıyla Naif Erler ve Bedri Yalçın'ın kendisini aldıklarını, pasajın dışına çıkıp

Necmettin Keyfi'nin arabası ile Şemdinli Devlet Hastanesi'ne getirildiğini, orada tedavi gördüğünü, bu saldırıyı kimin gerçekleştirdiğini bilmediğini”

olduğunu beyan etmiştir.

Mahkeme hükmüne geçmeden evvel bu bölümde hem müdahil vekillerinin hem de sanık vekillerinin savunmalarına kısaca yer verilecektir. Ancak her iki taraf da birden çok müdafii ile temsil edildiği için tüm savunmaları burada aktarmak mümkün olamayacağından tarafların savunmalarını hangi temeller üzerine oturttuklarına değinilmekle yetinilecektir.

### 3. Müdahil Vekillerinin Beyanları

Müdahil vekilleri duruşmalar esnasında sözlü ve yazılı beyanlarında genel olarak;

- İddianame ile sanıklara atılı suçların en temel özelliğinin faillerinin örgütlü olma zorunluluğu olduğunu,
- bu örgütün 5237 sayılı TCK 302/1 maddesinde tanımlanan suçu işleme yeteneğine ve organizasyonuna sahip bulunduğunu,
- bu davanın demokratik değerler, hukukun üstünlüğü, yargı bağımsızlığı, kamusal gücün kullanımının sınırları, hukuk devleti ile ilgili çok boyutlu yönleri bulunduğunu,
- Şemdinli olayında bombalama eylemini yapan ve suçüstü yakalanan sanıkların oluşumun son halkaları olduğunu,
- geçmişten gelen ve bu olayla küçük bir kısmı açığa çıkan yasadışı yapının arkasında kimlerin olduğunu ortaya çıkarılmasının iddianamenin de talepleri arasında bulunduğunu,
- sanıkların hukuk dışı faaliyetlerde bulunan bir organizasyonun parçası olduğunu,
- sanıkları bu rahat davranışının geçmişteki yüzlerce yasadışı eylemin faillerinin yakalanmamış veya korunmuş olmasından kaynaklandığını,
- sanıkların bombalama eylemini bizzat ve müştereken icra ederken müşteki ve tanıkların sağduyusu ve kararlığı sonucu suçüstü yakalanıp yargıya teslim edildiklerini,

- birçok görevli ve bürokratin bu olay nereye kadar uzanırsa uzansın takipçisi olacağı, kesinlikle aydınlatılacağı garantisini verdiğini, buna rağmen sonraki günlerde meydana gelen hukuki ve politik gelişmelere bakıldığında, bırakın olayın tamamen ortaya çıkmasını, suçüstü yakalanan sanıkların bile neredeyse aklanacağı psikolojik bir ortam yaratılmaya çalışıldığının gözlemlendiğini,
- müvekkillerinin sanıkların mensubu olduğu yasadışı silahlı organizasyonun yürüttüğü bombalama eyleminden ağır zarar görmüş olduklarını,
- yaşam haklarının ihlal edilip fiziksel yaralanma ve ağır maddi zarara uğradıklarını,
- eylemle kişi güvenliğinin ortadan kaldırıldığını

beyan etmişlerdir.

Ayrıca yazılı beyanlarında;

- Sanıkların eyleminin sübuta erdiğini,
- sanıkların soruşturmanın ve kovuşturmanın tüm aşamalarındaki beyanları dosyadaki diğer kanıtlarla birlikte dikkate alındığında tevil yolu ile suçlarını ikrar ettiklerinin açık olduğunu,
- yapmış oldukları savunmalarda da bütün çabalarına rağmen olay günü ve saatinde olay yerinde bulunmalarını, aynı saatte yaptıkları telefon görüşmelerini, araçta tespit edilen ve emanette kayıtlı bulunan suç delillerini açıklayamadıklarını,
- imzasız ifade tutanakları, silahların sayısı ve bagaja bırakılmasına ilişkin sanıklar arasındaki anlaşmazlığın mevcut olduğunu

savunmuşlardır.

### **Mütalaaya Karşı Beyanları**

Müdahil vekilleri savcılığın mütalaasına karşı;

- Sanıkların üyesi oldukları hukuk dışı silahlı suç örgütünün yapısı ve eylemleri ile ilgili gerçek tablonun ortaya konulmadığı gibi, sonuç olarak yanlış bir hukuksal değerlendirme yoluna da gidildiğini,

- sanıkların üyesi olduğu örgütün terör örgütü olduğu ve sanıkların gerçekleştirdiği eylemlerin de aynı zamanda birer terör eylemi olduğunun göz ardı edildiğini, zira “Terör” tanımını düzenleyen 3713 sayılı Terörle Mücadele Yasası’nın 1. maddesinde kullanılan terör yöntemleri ile ulaşılan amaç ve sonuçları düzenlenmiş olduğunu,
- “Baskı, cebir, şiddet, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit” yöntemlerinden sadece birisiyle hareket edilmiş olmasının dahi, “terör” tanımı içinde sayılmak için yeter olduğunu,
- belirtilen yöntemlerden her hangi birinin kullanılarak bir amacın hedeflenmesi ve bu yönde girişilecek eylemlerin de aynı maddede sıralandığını,
- Anayasa’da belirtilen cumhuriyetin niteliklerini değiştirmek, Türk Devleti’nin ve Cumhuriyetinin varlığını tehlikeye düşürmek, devlet otoritesini zaafa uğratmak veya ele geçirmek, temel hak ve özgürlükleri yok etmek, devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü eylemin terör eylemi sayılmakta olduğunu,
- sanıkların 09 Kasım 2005 tarihindeki eylemleri ile iddia makamının esasa ilişkin görüşünde belirtildiği gibi, daha başka suçlar işleyecekleri açık olan davranışları bir arada değerlendirildiğinde; “cürüm işlemek için çete kurma” iddiasıyla yargılanan sanıkların bu eylemleri ile cumhuriyetin niteliklerini sayan Anayasa’nın 2. maddesindeki “toplumun huzuru, milli dayanışma, adalet anlayışı ve insan haklarına saygılı olma” ilkelerini ihlal ettikleri gibi, aynı maddede tanımlanan “demokratik devlet ve hukuk devleti” ilkelerine aykırı davranarak cumhuriyetin hukuk düzenini değiştirmeye yöneldiğini,

- temel hak ve özgürlükleri yok ederek yurttaşların devlete güven, saygı ve bağlılığının azalmasına yol açılması sonucunu yaratarak, devletin otoritesini de zaafa uğrattığını,
- sanıkların üyesi oldukları hukuk dışı silahlı suç örgütünü “terör örgütü” ve eylemlerini

de terör eylemleri olarak değerlendirmek zorunluluğu bulunduğunu,

- eğer sanıklar halk tarafından yakalanmasalar amaç suçlarını işlemeye devam edeceklerini,
- TCK 302. maddede yazılı olan suçun bir tehlike suçu olduğunu,
- maddenin uygulanması için neticenin beklenmemesinin gerektiğini,
- sanıkların, amaç suçlarını işleyebilmek için elverişli vasıtalarla TCK 314. maddede yazılı örgütlenmeyi gerçekleştirmiş olduklarını,
- sübut bulmuş olan fiilin TCK 302. maddede tanımlanan suça uygun bulunduğunu,
- bu nedenle sanıklar hakkında TCK 314 ile birlikte 302. maddesinin de uygulanması gerektiği

beyan etmişlerdir.

Müdahil vekilleri ayrıca;

- Türkiye'nin taraf olduğu AİHS'in 2. maddesine göre herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğunu,
- şüphelilerin ikisinin astsubay birinin itirafçı olması, üçünün de silahlı olarak olay yerine gelmeleri, eylemi gerçekleştirmeleri ve anında suç delilleri ile yakalanmalarının ulusal ve ulusal üstü hukuk açısından birlikte değerlendirilmesi gerektiğini,
- devletin birinci yükümünün negatif yükümü olduğunu ve kendi yetki alanındaki kişilerin hayat hakkını korumak olduğunu,
- suça konu olayın, münferit üç kişinin bir araya gelip anlaştığı, sağa sola bomba attığı, cinayet işlediği sıradan bir olay olarak geçiştirilemeyeceğini ve bu nedenle sanıkların 5237 Sayılı TCK'nın 314. maddesi gereği cezalandırılmaları gerektiğini

savunmuşlardır.

#### 4. Sanık Müdafilerinin Savunmaları

Sanık müdafilerinin savunmalarındaki temel dayanak noktaları, bu eylemin müvekkillerince gerçekleştirilmediği, müvekkillerine kompl

kurulduğu, deliller tam olarak toplandığında olayın aydınlanacağı olmuştur.

Mahkemenin hüküm kısmında da görüleceği üzere sanıkların bu eylemden dolayı ceza almalarına sebebiyet veren üç önemli delil mevcuttur. Bunlardan;

- Birincisi sanıkların araçlarında ele geçirilen iş yerine atılan bomba ile aynı cins bomba ve müdahil Seferi Yılmaz'ın işyeri krokileri,
- ikincisi sanıkları takip ile suçüstü yakalandıklarını söyleyen tanık beyanları,
- ve sonuncusu da yine tanık beyanları ile ortaya çıkarılan olay sonrası sanıklar arasında bombanın patlayıp patlamadığına ilişkin yapılan telefon görüşmesidir.

Bu nedenle sanık müdafilerinin bu üç önemli delile karşı yaptıkları savunmaları ayrı başlık halinde incelenmesinde yarar olacağı kanaatindeyiz.

#### Genel Savunma

Sanık müdafileri davanın geneline ilişkin savunmalarında;

- Sanıkların Şemdinli ilçesinde 5 Ağustos 2005 tarihinde yapılan patlama sonucunda 5 askerin şehit olması üzerine, sanık Astsubay Özcan İldeniz'in Şemdinli ilçesi istihbarat sorumlusu olması sebebiyle faillerin araştırılması için çalışmaya başladığını,
- elde edilen verilere göre daha önce PKK terör örgütü mensubu olan ve bu nedenle 15 yıl ceza alarak mahkûm olan ve cezası infaz edilen ve hakkında Van Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 2006/76 sayılı soruşturma dosyasında PKK terör örgütüne yardım etmek suçundan soruşturma devam eden Seferi Yılmaz'ın sorumlu olduğu kanaatine varıldığından Van 3. Ağır Ceza Mahkemesi Hâkimliği'nin 2005/257 müteferrik sayı ile Seferi Yılmaz hakkında teknik takip dinleme ve izleme kararı vermesi üzerine adı geçen telefonlarının dinlenmeye alındığını,
- bu sırada 1 Kasım 2005 tarihinde yine Şemdinli ilçesinde askeri birliğe yakın bir yerde bir araçta patlama olması gözetele-

rek Seferi Yılmaz'ın telefonlarının dinlenmesine devam edildiğini,

- bu konuşmalar sırasında Almanya'dan Sabri kod adlı Ali Kısıkyol'a bir paketin geleceğinin ve bunun Seferi Yılmaz'a teslim edileceğinin öğrenilmesi üzerine paketin ele geçirilerek Seferi Yılmaz'ın Emniyet kuvvetlerine teslim edilebilmesi açısından 07 Kasım 2005 tarihinde sanıklar Ali Kaya, Özcan İldeniz ve haber alma elemanı Veyssel Ateş'in Şemdinli ilçesine geldikleri ve Seferi Yılmaz'ın izlenmesine devam ettiklerini,
- bir kısım yeni haber alma elemanı adaylarının ilçede olmaması nedeniyle görevlerini tamamlayamadan Hakkâri iline döndüklerini,
- 8 Kasım 2005 tarihinde Hakkâri Alay Komutanı tarafından Seferi Yılmaz hakkındaki bilgilerin İlçe Jandarma Komutanlığı marifetiyle cumhuriyet savcılığına iletilmesi emri ile görevlendirilmeleri üzerine 09 Kasım 2005 tarihinde Şemdinli ilçesine hareket ettiklerini,
- saat 11.25'te Kaymakam Çeşmesine geldiklerini, burada anılan telefon konuşmasını yaptıklarını,
- bilahare ilçeye hareket ettiklerini, ilçeye geldiklerinde bu patlama olayının meydana geldiğini,
- dolayısıyla sanıkların bu suçla ilgi ve alakalarının bulunmadığını,
- sanıkların yüklenen eylemi işlediklerine dair herhangi bir kanıt dosyada mevcut olmadığını

ileri sürmüşlerdir.

Ayrıca,

- Mahkemece maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ilkesini göz ardı edildiğini,
- bu olayın vukuundan itibaren kronolojik olarak bazı kurumlar ve sivil toplum örgütlerinin ayrıca Avrupa Birliği Türkiye Eş Başkanı Lagendijk, Kreshmert, Olie Rehn gibi AB yetkililerinin Şemdinli davası ile ilgili sanıkların cezalandırılmalarını talep etmeleri ve bu davanın sanki Türkiye'nin AB'ye girişi bakımından ön koşulmuş gibi deklere

edilmesinin sanıkların savunmalarında belirtilen kanıtların tam anlamıyla toplanması ve adil yargılama ilkelerine uyulması bakımından mahkeme üzerinde olumsuz bir sonuç doğurduğunu,

- bunun sonucu olarak ceza yargılamasının amaç olarak benimsediği kuşku giderilmeden bir değerlendirilme yapılarak hüküm kurulacak olması nedeniyle adil yargılama ilkelerine savunma hakkının kutsallığına ve dokunulmazlığına, adalet, hakkaniyet ve nesafet kurallarının gerçekleşmesine aykırı olarak görüldüğünü,
- basın ve medyada yer alan yayımlardaki açıklamaların mahkemeyi sanıklar aleyhine sonuç doğuracak bir şekilde etkilediğini,
- müdahil müdafilerin yargılama aşamasında sergiledikleri ve esas hakkındaki iddialarını açıkladıkları metinler incelendiğinde mağdur ve müdahillerin haklarını korumaya değil; bu davaya siyasi bir boyut kazandırarak özellikle davadaki üç sanık dışında sıralı komutanlarını hedef alan açıklamalarıyla mahkemeyi etkilemeye çalıştıklarını

beyan etmişlerdir.

Esas hakkındaki mütalaada tatbiki istenen 5237 sayılı Yasanın 220. maddesi yönünden ise;

- Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin yerleşmiş içtihatlarına göre yürürlükten kaldırılan 4422 sayılı Yasanın yerine 5237 sayılı Yasanın 220. maddesinin düzenlendiği gözetildiğinde bu maddedeki suçun oluşabilmesi için yasa da açıklanan şekilde maddi veya manevi cebir uygulamak suretiyle yıldırma veya korkutma veya sindirme gücünü kullanarak suç işlemek için kurulan bir örgüt olması ve bu örgütün hiyerarşik bir yapı içerisinde sürekli ve disiplinli bir işbirliğini öngörmesi ve amacına yönelik suçları işlemesi için oluşturulmuş bulunması gerektiğini,
- böyle bir örgütün somut bir suç işlemek için değil, soyut birçok suç işlemek amacıyla kurulmuş olmasının da gerekmekte olduğunu,
- bu sebeplerle sanıkların üzerlerine yüklenen fiil sabit olmamakla beraber iddia ma-



kaminin mütalaasında belirttiği gibi böyle bir örgütsel suçun işlendiğinden söz etmek olanağı da olmadığını

beyan etmişlerdir.

### **Araçta Ele Geçirilen Evraklar ve El Bombalarına İlişkin Savunma**

Sanık müdafilerinin bu konudaki savunmalarına göre;

- Mahkemede izlenen olay sonrasına ilişkin CD kayıtlarında krokilerin içerisinde bulunduğu evrak çantası sivil insanların elinde dolaşmakta, silahlar caddeye serilip sergilenmektedir. CD kayıtlarında görüldüğü üzere saat 12.25'den itibaren araç ve içindeki malzemelerin hâkimiyeti tamamen araç etrafında toplanan ve çoğu bölücü örgüt sempatzanı olan kişilerin eline geçmiştir. Bu durum, ilçe savcısının tespiti ilk gittiği 17.30'a kadar sürmüştür. Tespitin yapılmaya başlandığı sırada ise Tanju Çavuş olayı çıkıp ortalık karışınca tespiti devam edilemediğinden tespiti tekrar gidilen saat 21.30'a kadar araç yine bu kişilerin hâkimiyeti altında kalmıştır. Bu aşamada bu kişilerce MKE yapımı el bombaları değiştirilip evrak çantası içine suçta kullanılanlarla aynı cins başka el bombaları konulmuştur.
- Sanık müdafileri, görüntülerde bagaj kapağı açıldığında evrak çantasının ve MKE yapımı el bombasının bulunduğu hücum yeleği ile diğer sanıkların hücum yeleklerinin görünmediğini, bu durumun bu esnada el bombalarının değiştirilmiş olabileceğinin ispatıdır.

Sanık müdafileri el bombalarına ilişkin bu yönde bir savunma yaparken, sanıklara ait evrak çantası içerisinde ele geçirilen müdahil Seferi Yılmaz'ın ev ve iş yerlerin gösteren detaylı krokilere ilişkin inandırıcı bir savunma yapamamışlardır.

### **Olay Saati ve Cep Telefonu Görüşmesine İlişkin Savunma**

Dosyada üzerinde durulan ikinci bir husus sanıkların telefon görüşmesi saatidir. Zira tanık beyanlarına göre sanıklardan Veysel Ateş bombayı attıktan sonra, olay yerinden uzaklaşırken diğer sanık Ali Kaya'yı arayıp "neredesi-

niz" diye sormuş, diğer sanık ta ona "patladı mı?" diye karşılık vermiştir.

Sanık müdafileri bu konudaki savunmalarında patlamanın cep telefonu görüşme saati olan 11.29'dan sonra yaklaşık 12.00-12.15 saatleri arasında gerçekleştiğini beyanla, sanıklar arasındaki bu telefon görüşmesinin sanıklar henüz Şemdinli ilçesine gelmeden evvel Kaymakam Çeşmesi denilen mevkide 24-27 Temmuz 2004 yılında bu mntıkada bir askeri konvoyu uzaktan kumandalı bir bomba ile bir saldırının gerçekleşmesi nedeniyle, bu mevkide cep telefonunun çekip çekmediğinin kontrolü amacıyla yapıldığını savunmuşlardır.

Sanık müdafilerine göre, müdahil vekilleri suçun işlenme anını ve yerini yönlendirmeye çalışmakta, saat 12.00-12.15 arasında meydana gelen olayı görüşmenin yapıldığı 11.29'dan önce olmuş gibi göstererek bu konuşmanın olayın akabinde yapıldığı izlenimini vermeye çalışmaktadırlar.

Sanık müdafilerinin bu savunmalarına, daha önce birçok kez ilçeye geldiğini beyan eden sanıkların telefonun hangi mevkide çekip çekmediğini bilebilecek durumda olmaları karşısında savunmanın hayatın olağan akışına aykırı oluşu ve neden birkaç saniyede yapılabilecek bir tespitin 22 saniye gibi uzunca bir süre sürdüğünü ispattan uzak oluşu nedeniyle itibar edilmemiştir. Ayrıca olayın herkesin camide olduğu bir esnada gerçekleşmiş olması ve sanıkları takip ile yakalayan kişilerin namazdan çıkan çevre esnafı olması nedeniyle o tarihlerdeki namaz saatleri mahkemece müftülükten sorulmuştur. Müftülükten alınan yazıda öğle namaz çıkışının 11.30 gibi olacağını belirtilmiş olması da sanık müdafilerinin olay saatine ilişkin savunmalarını çürütmüştür.

### **Tanık Beyanlarına Karşı Savunma**

Sanık müdafilerinin tanık beyanlarına karşı savunmalarının temelini bu beyanların çelişkili ve gerçeği yansıtmaktan uzak olduğu hususu oluşturmaktadır. Sanık müdafileri ilk olarak müdahil Seferi'nin beyanlarına karşılık;

- Patlama sonucu müdahil Seferi'nin yara almadan kurtulmuş olduğunu ve dışarı çıktığında bombayı attığını iddia ettiği Veysel'i görüp teşhis etmiş olmasına rağmen

etraftakilere “yakalayın” demekten başka-  
ca peşinden gidip yakalamadığını,

- bu arada Veysel’in aracın olduğu yere kadar yüz metre kadar yürüdüğünü,
- günlük adi kapkaç olaylarında bile çantası gasp edilen bayanların gaspçıyı 50 veya 100 metre gibi mesafelerde kovalarken Seferi’nin saniğin gidip kendisinin yakalamamış olmasının hayatın olağan akışına aykırı olduğunu

savunmuşlardır.

İkinci husus talimatla dinlenen tanık beyanlarına karşı savunmalarıdır. Bu konudaki savunmalarına göre;

“CMK’nın 181/1. maddesine aykırı olarak Şemdinli Asliye Ceza Mahkemesi’nde talimatla dinlenen tanıkların beyanlarının alındığı talimat duruşması sanık müdafilerine haber verilmediğinden usule aykırıdır. Hukuken yok hükmünde olmasına rağmen, tanıkların beyanları incelenip irdelendiğinde, hem kendi içlerinde hem de birbirleri ile karşılaştırıldığında esaslı çelişkiler içermektedir. Öncelikle ilçede oturmak zorunda kalan bu kişileri yoğun olarak PKK terör örgütünün baskısı altındadır. Esasen bir kısmının da örgüte sempati-zan veya militan olarak destek verdikleri gözetildiğinde bu ifadelerin itibar edilir bir yanı yoktur. Tanıklar, müdahil müdafilerinin yönlendirmesine rağmen yine de esaslı çelişkiler içeren ve gerçekle bağdaşmayan beyanlarda bulunmuşlardır.”

Sanık müdafilerine göre, tanıkların beyanlarında geçen sanıklar arasındaki telefon görüşmesi içeriğine dair beyanlar farklılık arz etmektedir. Yine yapılan bilirkişi incelemesine göre bazı tanıkların bu görüşmeyi duymalarının mümkün olmadığı açık ve net biçimde tutanağa geçmiştir. Sanık müdafileri ayrıca mahkemece olayla ilgileri bulunduğunu söyledikleri ancak dinlenmelerine gerek olmadığına karar verilen tanıklar Mehmet Emin Özer, Mehmet Karakoç, Murat Şendoğan, Erdem Yılmaz, Mustafa Yanık, İshak Çelik ve Hüseyin Hoşgör’ün ifadelerine başvurusaydı gerek olay saati bakımından gerekse sanıkların savunmalarında belirttikleri gibi o anda arabadan henüz çıkmakta olduklarının tespiti bakımından önemli kanıtlara ulaşılmasının sözkonusu olacağını savunmuşlardır.

Yine Silopi’de ve Batman’da teslim olan örgüt mensupları Sabri Adanır, Hasan Salar ve Abdurrahman Yeşilyurt’un beyanlarına göre suç örgüt tarafından işlenmiştir. Sanık müdafileri, mahkemece bu tanıkların dinlenmesine gerek olmadığı yönünde karar verilmiş olmasını bu kadar açık delillere göre suçun sanıklar tarafından gerçekleştirilmediği yönünde mahkemece yeterli kanaat getirilmiş olması gerektiği şeklinde yorumlamışlardır.

Sanık müdafilerinin bu savunmaları tüm dosya incelendiğinde yerindedir. Zira hazırlıkta ve talimatla yapılan keşifte birçok tanık dinlenmiştir ve bu tanık beyanları arasında kısmi çelişkiler mevcuttur. Ayrıca sanık müdafilerinin keşif esnasında hazır bulunmalarının temin edilmemiş olması usulî bir eksiklik tir ve Yargıtay’ın bozma gerekçelerinden biridir.

## C. Hüküm

Mahkeme beş celse süren yargılamadan sonra iddianamedeki sevk maddelerinin aksine sanıkları yasadışı örgüt üyesi olmaktan ve bu örgütün faaliyetleri kapsamında adam öldürmek, adam öldürmeye teşebbüs etmek ve kasten yaralama suçlarından cezalandırılmasına karar vermiştir. Hükmün değerlendirmesinden evvel yaklaşık 145 sayfalık mahkeme hükmünün kısaca aşağıya aktarılmasında fayda vardır.

## Deliller

Mahkeme, hükmün deliller başlığını taşıyan bölümünde onlarca başlık altında delilleri sıralamıştır. Dosyada mevcut tüm bilgi ve belgeler delil niteliği taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın mahkemece deliller arasında gösterilmiştir. Bu nedenle bu delillerden sadece önemli olduğunu düşündüğümüz ve mahkemenin de sanıkların suçu işlediklerine dair kanaatinin oluşmasını sağlayan bazı deliller burada değerlendirilecektir.

Mahkemenin hükmüne esas teşkil eden delilerin başında,

- Patlama anında ve sonrasında olay yerinde olan tanık beyanları yer almaktadır.

- Ayrıca mahkeme Şemdinli Komisyonuna ifade veren ve Yaşar Büyükanıt hakkında iddialarda bulunan Mehmet Ali Altındağ'ın ifadesini ve Hakkâri milletvekili tanık Esat Canan'ın ifadelerini

deliller arasında göstermiştir.

Mahkeme ayrıca mahkeme huzurunda reddetmiş olsa dahi polis memuru tanık Himmet Özdemir'in sanık Veysel Ateş'in ifadesini iki kez alındığına dair beyanlarını deliller arasında göstermiştir.

- Olay günü sanıkların kullandığı 30 AK 933 plakalı aracın bagajında ele geçirilen silahlar,
- mağdur Seferi'nin işyerine atılan el bombaları ile aynı cins iki adet el bombası ve sanık Özcan'a ait çanta içerisinde bulunan "...Aşiret Durum Çizelgesi..." adlı belgede yer alan ve aşiretlerin ve aşiret reislerinin adlarının yer aldığı çizelge,
- bombanın atıldığı dükkânın sahibi Seferi Yılmaz adına düzenlenmiş Nüfus Kayıt Örneği,
- Şahıs Şahsî Bilgiler Formu,
- Biyografik Bilgi Formu,
- Şemdinli İlçe Emniyet Müdürlüğü tarafından tanzim edilmiş eski tarihli polis ifade tutanağı,
- Seferi Yılmaz'ın fotoğrafının da bulunduğu Konutta Kalanlar başlıklı iki adet evrak,
- mağdurun fotoğraf fotokopilerinin bulunduğu Seferi Yılmaz bir adet Bilgi Notu,
- dört adet kroki
- diğer dosyalarda telefon numaralarının bulunduğu evrak
- bombanın patladığı Özipek pasajı ve Umut Kitapevi ile ilgili yolların krokilerinin bulunduğu 4 adet dosya

davanın en önemli delillerini teşkil etmektedir.

Bilindiği üzere sanık müdafilerinin savunmalarının dayanak noktalarından birisi de Roj TV'nin patlamanın hemen ardından canlı yayına geçmiş olması nedeniyle eylemin PKK tarafından gerçekleştirilmiş olabileceği savunmasıdır. Mahkeme bu noktada yayınlanan

görüntülerin incelenerek CD'lerdeki görüntü ve seslerde montaj vb. müdahale olup olmadığı, görüntülerin adı geçen TV kanalının yayın akışına uygunluk gösterip göstermediği, konuya ilişkin kimlerle mülakat yapıldığı hususlarının tespiti hususunda yapılan inceleme sonucu;

"... yayın akışı içerisinde olayların başlamasından hemen sonra canlı görüntülerin aktarılması ve Roj TV muhabirlerinin olay yerinden görüntülü haber iletmesi şeklinde olmadığı, yayınlarının olaylara vakıf olan bölge halkından telefonla bilgi alma şeklinde olduğu"nun bildirildiği"

Ankara Kriminal Polis Laboratuvarından alınan ekspertiz raporunu deliller arasında göstermiştir.

Yine burada değinilmesinde fayda olan delillerden bir tanesi de Hakkâri İl Jandarma Komutanlığından dosyaya getirilen Sanık Ali ve Özcan'ın Hakkâri İl Jandarma Komutanlığında göreve başladıklarından bu yana istihbarı amaçla gittikleri görevlerin yer aldığı görev çizelgesidir. Bu çizelgeye dayanarak;

- 15 tanesi örgüt tarafından üstlenilmeyen 17 eylem yer ve zamanı ile karşılaştırılarak sanıklardan Ali'nin Hakkâri merkezindeki 2 adet, Özcan'ın ise —bazılarında her ikisinin birlikte— Şemdinli'deki 5 adet patlama eyleminin hemen öncesinde veya sonrasında aynı zaman ve yerde görevlendirilmiş oldukları,
- patlamaların sanıkların görev yer ve zamanları ile örtüştüğü,
- sanıkların olayın hemen öncesi ve olay günü patlamanın gerçekleştirildiği bu yerlerde görevlendirilmiş oldukları,

mahkemeye tespit edilmiştir.

Hakkâri Emniyet Müdürü Hüseyin Keskin-kılıç'ın,

"İl Emniyet Müdürlüklerine bir faks mesaj formunun geldiğine ve il merkezi ve ilçelerinde istihbarat birimlerinin müşterek istihbarı çalışmalarının yapılması gerektiği ve bunların operasyona dönüştürülmesine dair Hakkâri Tugay Komutanlığı Jandarma İstihbarat görevlileri tarafından 01 Kasım 2005 tarihli olarak düzenlenen tutanağın 14 Kasım'da Emniyet Müdürü olarak imzalamalarının istendiğine, kendisinin o tarihte görevde olmadığına, An-

kara'da olduğuna, bu nedenle imzalamadığına...”

dair ifadesi de mahkemenin önemli delilleri arasında yer almaktadır.

Polis memuru tanık Himmet Özdemir Sanık Veysel Ateş'in ifadesinin iki kez alındığına, sanığın son olarak alınan ifadesinde önceki ifadesinde bahsettiği olaylardan bahsetmediğine dair savcılık ifadesini her ne kadar mahkeme huzurunda değiştirerek bu beyanını okumadan imzaladığını, içeriğinin doğru olmadığını beyan etmişse de, mahkeme görevi dikkate alındığında etki altında bırakılması iddiasını hayatın olağan akışına uygun bulmayarak tanığın mahkeme huzurundaki inkârına itibar etmemiş ve savcılık ifadesini delilleri arasında göstermiştir.

### ***Savunmada Gözlenen Tutarsızlık ve Çelişkilerin Değerlendirilmesi***

Mahkeme hükmünde, savunmadaki tutarsızlıkları bir başlık altında ve maddeler halinde değerlendirmiştir. Kanaatimizce mahkemenin savunmadaki tutarsızlıklara ilişkin tespitleri maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında son derece yararlı olacağından bu tespitlerin kısaca aktarılmasında yarar vardır.

Mahkemenin savunmadaki tespit ettiği ilk çelişki Sanık Ali Kaya'nın Şemdinli'ye gelişi ile ilgili beyanlarındaki çelişkidir.

Buna göre, sanık ilk önce olay günlerine kadar Şemdinli ilçesine sadece Hakkâri İl Jandarma Komando İstihbarat Şube Müdürlüğü'nde göreve başladığı ilk ayları takip eden aylarda ilçeleri tanımak için 2004 yılı Ekim ayında bir defa, yine 7 Kasım ve 9 Kasım günlerinde iki defa olmak üzere toplam üç defa gittiğini, bundan başka hiç gitmediğini savunmuştur. Ancak; sorgu ifadesinde “7 Kasım tarihinde Şemdinli'ye gelişlerinde de son geldiği zamanki aracı kullandıkları” şeklinde beyanda bulunmuş, bu husus mahkemece birden çok kez geldiğinin kabulü şeklinde yorumlanmıştır. Mahkemeye göre keşifte de dinlenen tanık Behmen Demir'in sanıklardan Ali'yi patlama öncesi değişik zamanlarda çalışmakta olduğu Şemdinli Çim Restoran isimli işyerinde 4-5 defa yemek yerken

gördüğüne dair beyanı da sanığın bu konudaki çelişkisini teyit etmektedir.

Yine, sanık Veysel'in sonraki ifadelerinde 2005 yılında bir arkadaşı ile görüşmek için Şemdinli'ye geldiğini, daha önceden gelmediğini söylemesine rağmen emniyet ifadesinde “daha önce özel işleri için birkaç kez Şemdinli'ye geldiğini, bunun çok önce olduğunu, zamanını tam olarak hatırlamadığı”nı beyan etmiş olması mahkemece tutarsızlık olarak değerlendirilmiş ve bu sanığın da daha önceden ilçeye geldiği şeklinde yorumlanmıştır.

Burada bir hususa değinmek gerekmektedir. Mahkeme, olay öncesinde sanıkların Şemdinli'ye vardığından sonrasına dair beyanlarındaki çelişkiye değinirken;

“savcılık ifadelerinin alınması için Şemdinli Cumhuriyet Başsavcılığına götürüldükleri 12.11.2005 tarihine kadar iki gün boyunca koruma adı altında Şemdinli Taktik Alay Komutanlığı'nda tutulan Astsubay Başçavuş sanıklar Ali Kaya”

şeklinde bir değerlendirmede bulunmuştur. Bu değerlendirme mahkemenin sanıkların burada bulundukları sürede ifadelerinin şekillendirildiğine, dolayısıyla bu ifadelerin gerçeği yansıtmadığına dair kanaatinin göstergesi olması bakımından önemlidir.

Sanıklar ilk ifadelerinde Şemdinli ilçesine gidiş amaçlarına ilişkin olarak Şemdinli ilçesi'ndeki son zamanlarda meydana gelen terör olayları konusunda istihbarı bilgi toplamak için görevlendirildiklerini söylemişlerdir. Daha sonraki aşamalarda ise müdahil Seferi Yılmaz'ın ilçe merkezinde de olmasına rağmen Emniyet ve MİT teşkilatı ile adli mercilere neden bildirilmediği gündeme getirildiğinde, bu sefer Şemdinli ilçesine gidiş amaçlarından birinin de amirleri ile yaptıkları değerlendirme sonucunda alınan karara göre bu durumu cumhuriyet savcısına bildirmek olduğunu beyanla gidiş amaçlarını genişletmişlerdir. Veysel ise ifadelerinde Seferi Yılmaz'dan hiç bahsetmemiş, gidiş amacının bazı dostlarla görüşmek, haber elemanı kazandırmak olduğunu söylemiştir. Sanıkların ifadelerindeki bu tutarsızlıkta mahkemece tespit edilen çelişkilere bir diğeri olmuştur.

Mahkeme ayrıca, sanık Özcan'ın ifadelerinde Şemdinli'ye daha önceki gelişlerinde bombanın patladığı pasajda gazeteciden gazete almak ve pasajdaki ilçenin tek iddia bayisinde iddia oynamak için bu pasaja gitmekte olduğunu ve kendisinin zaten bu ilçeden sorumlu kişi ve zaman zaman bizzat bu pasaja girip çıktığını kabul etmiş olması nedeniyle sırf bu kroki vb. hazırlık çalışması için 7 Kasım günü ilçeye ayrıca yanında Ali ve Veysel ile gelmesini gerektirmeyecek kadar pasajın fiili durumunu biliyor olması gerektiği tespit ve değerlendirmesinde bulunmuştur.

Mahkeme, sanıkların olay günü PKK dağ kadrosunun ilçeye indiği şeklindeki savunmaları karşısında, kendilerini takip ve kovalama neticesinde araçları ve içindekilerle birlikte suçüstü yakalayan bu kişilerin her birinin ilçenin tek caddesi olan Cumhuriyet Caddesi üzerinde işyeri sahibi esnaf, birkaçının bu işyerleri çalışanı, birkaçının ise öğrenci vb.den oluşan yaklaşık 35 kişinin da aralarında bulunduğu ilçe sakini kişiler olduklarının tespit edilmiş olduğuna vurgu yaparak, sanıkların bu yöndeki savunmalarını çürütme yoluna gitmiştir.

Sanıklar ve müdafileri tüm yargılama boyunca iki noktaya yoğunlaştırdıkları savunmalarının ilkinde, sanıkların saat 12.00'den sonra ilçe merkezine girdiklerini savunmuşlardır. Mahkeme bu savunma karşısında, sanık Ali'nin sorgu ifadesindeki "*Şemdinli İlçe merkezine vardıklarında henüz sabah mesajının bitmediğini, saatin 12.00'ye gelmemiş olduğuna*" dair beyanına bu savunmayı çürütmek amacıyla bu bölümde yer vermiştir.

Mahkemenin bir diğer tespiti sanıkların aracın bagajında bulunan üçüncü silaha ilişkin olarak, silahın unutulmak suretiyle bagajda kaldığı yönündeki savunmalarına yöneliktir. Mahkeme, sanık Veysel'in Şemdinli Cumhuriyet Savcılığı'ndaki ifadesinde "*silâhları ve şarjörleri görev için Şemdinli'ye gidişlerinde terörist saldırı olur diye yanlarına aldıkları*"nı söyleyerek, silahın bir başkasına ait olduğundan hiç söz etmemiş olması, aksine yola çıkarlarken bu üçüncü silahtan haberdar oldukları ve kendisinin kullanımına tahsis edildiği anlamında sahiplenme şeklindeki beyanları nedeniyle sanıkların silahlardan haberdar oldukları sonucuna varmıştır.

### ***Diğer Delillerdeki Çelişki ve Tutarsızlıkların Değerlendirilmesi***

Mahkeme bu kısmın başında kurumlardan gelen cevabi yazılardan yola çıkarak bir kanaate varmaya çalışmıştır. Özellikle sanıkların kendi yetki alanlarının dışında bulunan Şemdinli ilçe merkezine geliş sebeplerine dair "sadece istihbarı faaliyette bulunmak amacıyla buraya geldikleri" şeklindeki savunmalarına karşılık, bizzat Hakkâri İl Jandarma Alay Komutanlığından gelen "Faks Mesaj Formu Görevlendirme Yazısı"nda geçen "istihbarı ve operasyonel faaliyetlerde bulunmak maksadı ile ve kendilerine gereken yardım ve kolaylık sağlanmak... üzere" ibarelerinden ve sanık Veysel'in resmi kayıtlı haber elemanı olduğuna dair gelen yazılardan yola çıkarak sanıkların ilçeye sadece istihbarı amaçla gelmemiş oldukları, aynı zamanda Seferi'yi etkisiz hale getirmek amacıyla oldukları kanaatine varmıştır.

Yine delillerden yola çıkan mahkeme, deliller arasında yer alan sanıklara üstleri ve kurumları tarafından ödül verilmesi kararlaştırılan konulara bakarak sanıkların ve özellikle içlerinden Ali'nin operasyonel faaliyetlerdeki başarıları nedeniyle verilmiş olan birçok ödülün bulunduğunu ve sanıkların bu eylem benzeri birçok operasyonu daha evvelinden yapmış olduklarından bahisle kuvvetle muhtemel olarak bu eylemi de gerçekleştirmiş olabilecekleri sonucuna varmıştır.

Mahkemenin bu bölümde değindiği konulardan biri de ileride ayrıntılı olarak değinileceğinden burada kısaca bahsedeceğimiz jandarmanın kendi görev ve sorumluluk sahası dışında, emniyet birimleri ile herhangi bir koordinasyon sağlamadan tam bir keyfiyet içerisinde faaliyette bulunmuş olmasıdır. Mahkemeye göre bu usulsüz görevlendirmeler sadece bu olayla sınırlı olmayıp, birçok kez tekrar edilmiştir. Mahkeme, bu olaydaki koordinasyon eksikliğinin giderilmesi ve emniyet birimleri ile koordinasyonlu bir şekilde hareket edildiği izlenimini vermek amacıyla sonraki tarihli koordinasyon kurulmasına ve sürdürülmesine dair sonradan hazırlanan tutanağın geçmiş tarihli olarak imzalatılmak istendiğini de tespitlerine eklemiştir.

Her ne kadar sanıkların ifadeleri tutarlı gibi görünse de mahkemenin gözünden kaçmayan ve bizce de önem arz eden çelişkilerden bir tanesi de arabanın bagajında bulunan üçüncü silahla ilgili sanıkların ifadeleridir. Bir önceki bölümde sanıkların ifadelerinden yola çıkarak sanıkların bu silahlardan haberdar oldukları sonucuna varan mahkeme, bu bölümde de sanıkların silahlarla ilgili ifadelerindeki çelişkilere değinmiştir. Mahkeme bu üçüncü silaha ilişkin olarak, Ali ve Özcan'ın ilk ifadelerinde üç silahtan birinin içerisinde bulunmayan birisine ait olduğunu söylemediklerini, daha sonra üçüncü bir kişiye ait olduğunu ve unutulmak suretiyle bagajda kaldığını beyan ettiklerini belirtmektedir. Sanıklar ifadelerinde 9 Kasım günü yola çıktıktan sonra bir yerde durup bagajda bulunan hücum yeleklerini giydiklerini, daha sonra Şemdinli'ye girişte tekrar çıkarıp bagaja koymak için durdukları esnada üçüncü silahı gördüklerini beyan etmişlerdir. Mahkemeye göre bu durumda sanıkların, daha Hakkâri'den yola çıkarken yanlarına almak istedikleri silahları ve hücum yeleklerini bagaja koyacakları sırada bagajda kalan silahı fark etmiş olmaları ve yol yakın olduğu için gereğini yerine getirmeleri gerekirdi. Mahkeme bu nedenle hayatın olağan akışına uygun bulmadığı bu savunmaya itibar etmeyerek sanıkların üçüncü silahı bilek ve isteyerek yanlarına aldıklarına kanaat getirmiştir.

Sanık avukatlarının yargılama boyunca çok fazla üzerinde durdukları ancak mahkemenin itibar etmediği savunmalardan bir tanesi de,

- Sanıkların bombalama olayını kendilerinin yapmadığına,
- bu eylemin PKK terör örgütü tarafından planlandığına,
- o gün dağ kadrosunun Şemdinli'ye indiğine, ilçeye sadece istihbarat görevi için gitmelerine ve
- olayla ilgilerinin bulunmamasına rağmen örgüt yandaşlarının patlamada kullanılan aynı tip ve modelde iki Alman yapımı el bombası temin edip araçlarına koyarak kendilerine komplo kurulduğuna

yönelik savunmalarıdır.

Mahkeme bu yöndeki savunmaya itibar edilmeme gerekçesinde;

- İlk olarak bir önceki bölümde de değinildiği gibi takip ve kovalama neticesinde sanıkları suçüstü yakalayanların çoğunun Öz İpek pasajı çıkışı ile Şemdinli'ni tek caddesi olan Cumhuriyet Caddesi üzerindeki işyeri sahiplerinden ibaret çevre esnafı veya çalışanları olduğunun anlaşıldığını,
- ikinci olarak ta bunun için örgüt yandaşlarının devletin Jandarma İstihbarat Teşkilatı ve görevlilerinden çok daha üstün bir haber alma faaliyetinin olması, bunun sonucunda Jandarma İstihbaratı görevlileri olan sanıkların görevle Şemdinli ilçesine geleceklerin öğrenmiş olmaları, ilçede bir bombalama olayının gerçekleştirileceğini bilmeleri, patlamadan sonra da olayda kullanılan el bombasının tip ve modelini tespit edebilecek teknik imkânlarla sahip olmaları ve çok kısa sürede bunlarla aynı tip ve modelde iki tane el bombasını temin edebilme imkânına sahip bulunmaları veya eylemde iki adet Alman yapımı el bombaları kullanılacağını önceden bilip yine patlamadan sonra da çok kısa sürede bunlarla aynı tip ve modelde iki tane el bombasını temin edebilme imkânına sahip bulunmaları,
- özetle; bölücü terör örgütü ve yandaşlarının devletin gerek Jandarma İstihbarat Teşkilatı ve görevlileri ile gerekse diğer kurum ve teşkilatlarından çok daha üstün bir haber alma-istihbarat faaliyetinin ve teknik ve maddi imkânlarının olması gerektiğinin kabulünün gerekeceğini,
- bu savunma ve varsayımın ise hayalî bir faraziyeden öteye gidemeyeceğinin aşikâr olduğunu ve hayatın olağan akışına uygun düşmeyeceğini

belirtmiştir.

Mahkeme bu bölümün sonunda,

- Tanık anlatımları ile olayın oluşum şekli ve bu anlatımları doğrulayan patlamanın hemen ardından sanıklar arasında gerçekleştirilen telefon görüşme kayıtları,
- tanıklar tarafından takiple sanıkların suçüstü yakalanmış olmaları ve

- sanıkların araçlarında elde edilen müştekinin dükkânına ait krokiler ve silahlar nedeniyle sanıkların yakın ilişki içerisinde bulduklarının,
- fikir ve irade birliği içerisinde hareket ettiklerinin,
- aynı teşekkül içinde yer aldıklarının kabulü gerektiğini,
- atılı suçun sanıklar tarafından işlendiğinin sübut bulduğunu

belirtmiştir.

### **Savunmanın Taleplerinin Değerlendirilmesi**

Mahkeme hükmün bu bölümünde daha önceden değinilen savunma avukatlarının davanın sonuna doğru ileri sürmüş oldukları mahkemenin görevsizliğine ve davanın genişletilmesi taleplerine ayrıntılı olarak değinmiş ve ret gerekçelerini sıralamıştır. Büyük çoğunluğu Yargıtay'ın hükmü bozma gerekçeleri olan savunma makamının bu taleplerine ilişkin mahkemenin ret gerekçelerini incelemenin faydalı olacağı kanaatindeyiz.

#### **a) Savunmanın Görevsizliğe İlişkin Taleplerinin Değerlendirilmesi**

Sanık müdafileri, görevsizliğe ilişkin taleplerini dile getirirken

- Olayda Yeni TCK'nın 302. maddesinin yasal unsurlarının bulunmadığını,
- suçlara bakma görevinin ibraz ettikleri 1998 tarihli emsal Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarına göre askeri mahkemelere ait olduğunu veya
- normal ağır ceza mahkemesinin yani Hakkâri Ağır Ceza Mahkemesi'nin görevinde olduğunu

savunmuşlardır.

Mahkeme bu talepleri reddederken, ibraz edilen Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarının 1998 yılına ait eski TCK döneminde verilen kararlar olduğunu, ibraz edilen kararların içerik ve mahiyetlerinin de benzeşmediğini savunmuştur. Mahkeme;

"Uygulamada mahkemenin görevinin iddianamedeki sevk ve tavsife göre belirleneceği kabul edilmektedir. Yargıtay 6. Ceza Dairesinin 07.02.1985 gün ve 8135/806 E.K. sayılı kararına göre de görevin tayininde iddianamede gösterilen maddenin değil, olayın anlatılış şeklinin esas tutulması gerektiği belirtilmiştir. İddianamede sanıkların, Yeni TCK'nın 302 ve devamı maddeleri kapsamında Suçları İşlemek İçin Anlaşmak, Devletin Birliğini ve Ülke Bütünlüğünü Bozmaya Yönelik Eylemde Bulunmak, bu amaç doğrultusunda Adam Öldürmek ve Adam Öldürmeye Teşebbüs Etmek suçlarını işledikleri iddia edilerek yargılamalarının CMK'nın 250. ve devamı maddeleri gereğince mahkememizde yapılarak cezalandırılmaları istenmiştir. Gösterilen sevk maddeleri, iddianamedeki tavsife yani olayın anlatılış-iddia edilmiş şekline de uygundur. Kaldı ki, diğer normal Ağır Ceza Mahkemeleri ile CMK'nın 250. maddesine göre yetkili ve görevli Ağır Ceza Mahkemelerinin ilişkilerinin görev ilişkisi değil iş bölümü ilişkisi oluşu, CMK 250. maddeye göre görevli Ağır Ceza Mahkemelerinin ayrı mahkemeler olmayıp normal Ağır Ceza Mahkemelerinin bir dairesi olduğuna ilişkin mevzuat, doktrin ve uygulamayı"

gerekçe göstererek bu talepleri reddetmiştir.

Yargıtay'ın bu davada askeri mahkemenin görevli olduğu yönündeki kararı en az iddianame kadar kamuoyunda tartışılmış olduğundan, mahkemenin görevine ilişkin ayrıntılı açıklamalar Yargıtay kararının değerlendirilmesi aşamasında yapılacaktır. Ancak burada bir iki hususun vurgulanmasında fayda vardır:

Öncelikle mahkemenin sadece normal ağır ceza mahkemesi ile kendisi arasındaki görev yönünden taleplere değindiği, askeri mahkemenin görevli olduğu yönündeki talepleri ret gerekçesinde ise, sunulan Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarının eski tarihli olduğuna değinmekle yetindiği görülmektedir.

İkinci olarak mahkemenin gerekçesine bakıldığında kendi içerisinde çelişkiye düştüğünü görmek mümkündür.

Mahkeme ret gerekçesinde; "görevin tayininde iddianamede gösterilen maddenin değil, olayın anlatılış şeklinin esas tutulması gerektiği"ni belirtmesine rağmen, kendisini iddianamedeki sevk maddesine bakarak görevli saymaktadır. Bu çelişkiyi ortadan kaldırmak içinse olayın anlatılış biçiminin iddia-

namedeki sevk maddesine uygun olduğu gibi kanaatimizce yanlış bir gerekçeye sığınmaktadır.

#### b) Savunmanın Yeni Araştırma Taleplerinin Değerlendirilmesi

Sanık müdafileri 13 Haziran günü celse arasında ibraz ettikleri yazılı beyanlarında aşağıda kısaca değinilecek olan tevsii tahkikat taleplerini dile getirmişlerdir. Bir kısmı Yargıtay'ın bozma gerekçeleri arasında da olan bu taleplerin bazılarını özet olarak burada aktarmaya çalışacağız.

Bunlardan ilki savunma avukatlarının olay saati ve olay sonrasına ilişkin bilgi ve görgüsü olduğunu düşündükleri korucu ve askeri sıfatları olan bazı tanıkların dinlenmesi yönündeki talepleridir. Sanık müdafilerinin bu taleplerinin sebebi sanıklar arasında gerçekleştirilen telefon görüşmesinin Şemdinli'ye gelmeden ve patlamadan önce Kaymakam Çeşmesi mevkiinde gerçekleştirildiği yönündeki savunmalarıdır. Mahkeme bu talebi reddederken, görüşmenin saat 11.29'da ve patlamanın hemen ardından gerçekleştirildiğinin tanık anlatımları ile sabit olduğu, 26 saniye olarak tespit edilen süresinin sadece o mevkide telefonun çekip çekmediğini anlamak şeklinde göstermeye çalıştıkları amaç için gereken birkaç saniyelik makul süreden çok fazla olduğu ve bu durumun hayatın olağan akışına uygun düşmediği gerekçesine dayanmıştır.

Sanık müdafileri ikinci olarak Seferi Yılmaz'ın bomba atılması sonrasında olay yerinden yara almadan kaçıp kaçamayacağı hususunun müdafii huzurunda eğitim el bombasıyla tespitini ve ayrıca yerel mahkemece yapılan keşifte dinlenen tanıkların bizzat mahkeme heyetince giderek yerinde tekrar dinlenmesini talep etmişlerdir.

Mahkeme mahallinde yeniden keşif icrasına yönelik talepleri, mahkemenin Van ilinde bulunduğundan olay yerine gidip gelmenin dahi 10 saatlik bir zaman alacak olması nedeniyle reddetmiştir. Mahkeme ret gerekçesinde; CMK'nın 180/3. maddesindeki "*mahkemenin zorunluluk olmadıkça Büyükşehir Belediyesi sınırları içerisinde bulunan katılan, şikayetçi, sanık, müdafii, müdafii veya tanık ve bilirkişilerin dinlenmesi için istinabe yoluna gidemeyeceği...*"ni düzenleyen hükmün mef-

humu muhalifine göre başka illerin veya uzak ilçelerin söz konusu olması halinde aradaki mesafenin zorunluluk hali kabul edilip talimat yazılabileceğinin genel bir uygulama olduğunu belirtmiştir.

Mahkemenin yerinde keşif yapmayarak, tanıkları dinlememiş olmasını Yargıtay bir bozma gerekçesi saymıştır. Her ne kadar mahkemenin yerinde keşif icrası talebinin ret gerekçesine katılmasak da, CMK 180. maddede gereğince mahkeme zorunluluk hallerinde tanık veya bilirkişilerin istinabe yoluyla dinlenmesine karar verebilir. Yargıtay kararı incelenirken değinileceği üzere bu husus mahkemenin takdirindedir. Ancak mahkeme takdir hakkını kullanırken savunma hakkına riayet etmeli ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılması görevini ihmal etmemelidir.

Seferi Yılmaz'ın bomba atılması sonrasında olay yerinden yara almadan kaçıp kaçamayacağına tespiti için eğitim el bombasıyla tatbikatlı keşif yaptırılmasına ilişkin talep yönünden mahkeme, olay mahallinde Seferi ile birlikte bulunan müdahil Metin'in bombayı Seferi'nin attığına dair bir iddiasının bulunmadığını, kaldı ki böyle bir iddiaya dayalı olarak el bombasının makul patlama süresinde kaçıp kaçılmayacağına anlaşılması için müdahil konumundaki kişiye tatbikini yaptırmanın onun gerek yargılama ve gerekse kişisel haklarına ve usule uygun düşmediğinden bahisle bu talebi reddetmiştir.

Sanık müdafilerinin bu taleplerinin nedeni Seferi'nin bilinçli olarak kendi dükkânına bomba attırması olabileceği yönündeki savunmalarını ispattır. Bu talebe ve ret gerekçesine burada yer vermemizin nedeni ise Yargıtay'ın bomba uzmanı bir kişi marifetiyle tatbikatlı keşif yapılmamasını da bozma gerekçesi saymış olmasıdır. Ancak mahkeme tatbikatlı bir keşif incelemesinin davaya etkisi olmayacağını düşünerek sanık müdafilerinin bu taleplerini reddetmiştir.

Sanık müdafilerinin talepleri arasında bulunan ve Yargıtay tarafından hükmün bozulmasının gerekçeleri arasında sayılan bir diğer konu da 09 Kasım'daki patlama olayı sonrası Silopi ve Batman'da jandarmaya teslim olan ve olayı PKK'nın yaptığına ilişkin ifade veren teröristler Sabri Aldanır, Hasan Salar ve Abdurrahman Yeşilyurt'un mahkemece din-



lenmeleri yönündeki yeni araştırma talepleridir.

Mahkeme bu talepleri de,

- Adı geçen teröristlerin teslim olmalarından sonra anılan eylemi örgütün işlediğini başka örgüt mensuplarından duyduklarına ilişkin ifadelerinin jandarma birimleri tarafından dosya içine ulaştırılmış olduğu,
- duruşmada da okunup zapta geçtiği,
- bu ifadeleri vermiş oldukları hususunda herhangi bir ihtilafın olmadığı,
- ancak ifadelerinde belirtildiği üzere bu beyanların başka örgüt mensubundan duyularına dayalı olduğu,
- bizzat görgüye dayalı olmadığı

gereğesiyle reddetmiştir.

Mahkeme bu talepleri reddederken jandarma tarafından alınan bu ifadelere itibar edilmesi gerektiği ve mahkemece yeniden dinlenmesinin gereksiz olduğu gibi bir gerekçeye dayanmıştır. Kanaatimizce bu yanlış bir düşüncedir. Böyle bir gerekçenin kabulü halinde mahkemenin yargılama safhasında daha önceden emniyette ya da savcılıkta ifade veren hiç kimsenin ifadesine başvurma ihtiyacı hissetmemesi gerekir ki ceza hukuku açısından bu asla kabul edilebilir bir şey değildir.

Bu kimselerin duyuma dayalı bilgilerinin olduğu yönündeki beyanları karşısında mahkemenin tanıklık sıfatlarının yokluğu yönündeki gerekçesine biz de katılmaktayız. Ancak yine de böylesine önemli bir davada davanın seyrini tamamen değiştirebilecek nitelikte beyanlarda bulunan bu kişilerin dinlenmesi gerekirdi.

Sanık müdafileri son olarak olay sonrası medya görüntülerinin TRT'den seçilecek uzman bilirkişi tarafından deşifre ettirilmesini talep etmişlerdir. Bu taleplerinin sebebi de olay sonrası aracın etrafında toplanan kimselerin delileri karattığı, MKE yapımı el bombaları ile olayda kullanılan el bombalarının değiştirildiği yönündeki iddialarıdır. Mahkeme bu talepleri de görüntülerin heyetçe yeterince izlendiği ve deşifre edildiği gerekçesi ile reddetmiştir.

Mahkeme savunmanın yeni araştırma taleplerini değerlendirirken;

- Sanık müdafilerinin 1 Haziran günlü üçüncü celsede iddia makamının esas hakkındaki mütalaasından önce celse sonlarına gelindiğinde *“artık delillerin yeterince toplandığını”* beyan ettiklerini,
- aynı celse esas hakkındaki mütalaa verilmemesinden sonra da sadece *“mütalaaaya karşı diyeceklerini ve savunmalarını hazırlayıp ibraz etmek için süre”* talep ettiklerini,

başkaca araştırmanın genişletilmesi talebinde bulunmadıklarına vurgu yapmıştır.

Mahkemeye göre Yargıtay'ın bozma gerekçelerini oluşturan bu talepler esasa etkili olmayan yargılamayı uzatmaya yönelik taleplerdir.

Mahkemenin de hükmünde ifade ettiği gibi daha önceden herhangi bir talepte bulunmayan sanık müdafilerinin davanın sonunda bu taleplerde bulunmaları yargılamayı uzatmaya dönük görülebilir. CMK gereğince de hâkimin sırf yargılamayı uzatmaya dönük gördüğü talepleri reddetme hakkı mevcuttur. Ancak ceza yargılamasında esas olan şüpheye yer vermeyecek biçimde maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Bu nedenle karar açıklanmaya kadar maddi gerçeği ortaya çıkarmaya yönelik her talebin kabul edilmesi gerekir. Yargılama aşamasında başkaca eksiklikler olmasına ve bu eksikliklere yargılama aşamasının değerlendirilmesi kısmında değinilmiş olmasına rağmen, mahkemenin Yargıtay'ın hükmü bozma nedenlerini de oluşturan ve kanaatimizce yargılamayı uzatmaya yönelik olsa dahi maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için gerekli olan savunmanın bazı taleplerinin reddedilmemesi gerektiğini burada bir kez daha vurgulamak gerekmektedir.

### c) Sanık Veysel Hakkındaki Davanın Tefrikine İlişkin Değerlendirme

Kanaatimizce mahkemenin yargılama aşamasında yaptığı en büyük hatalardan biri de sanık müdafinin duruşmaya katılmaması nedeniyle önce CMK 150. madde gereğince barodan müdafii tayin edilmesini talep etmesi, ardından sanığın savunmasını kendi özel müdafii huzurunda yapmak istemesi nedeniyle onun hakkındaki davayı tefrik etmesidir.

Mahkeme tefriğe ilişkin değerlendirmesinde; CMK'nın "Müdafii görevlendirilmesi" başlıklı 150/3. maddesinde; "üst sınırı en az beş yıl hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan... kovuşturmada sanığa istemi aranmaksızın bir müdafii görevlendirileceği"ni, yine 289/e maddesinde de; "duruşmada kanunen mutlaka hazır bulunması gereken diğer kişilerin yokluğunda duruşma yapılması"nın hukuka kesin aykırılık hâlleri arasında sayıldığını belirttiikten sonra, bu nedenlerle karar verme aşamasına gelen dosyada mahkemenin sanık Veysel hakkındaki davayı tefrik etmek durumunda kaldığına yer vermiştir.

Öncelikle mahkemenin sanık müdafiiin duruşmaya katılmaması nedeniyle sanığa CMK 150. madde gereğince müdafii görevlendirilerek, sanığın bu müdafii huzurunda savunmasını yapmasını istemesi savunma hakkının kısıtlanması olduğundan bu durumun hukuka aykırı olduğu daha önceki bölümlerde açıklanmıştır. Kanaatimizce sanık hakkındaki davanın tefrik edilmesinde hukuken bir engel olmamasına rağmen, tefrikinin doğru olmadığını söylemekte yarar vardır. Zira mahkemenin böylesine önemli bir davada aceleci bir karar verme yolunu seçmek yerine, davayı bir celse tehir ederek tüm sanıkların savunmalarının tespitinden sonra karar vermesi daha uygun olurdu. Böylelikle sanık müdafilerinin mahkemenin adil yargılanma ilkelerine riayet etmediği ve tarafsızlığını kaybettiği yönündeki iddialarının da önüne geçilebilirdi.

### ***Somut Olaya Emsal Kararlar***

Mahkeme somut olaya emsal kararlar başlığı altında olayla benzer nitelikteki davalar sonucunda verilen kararlara değinmiştir. Mahkeme bu bölümde Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin Susurluk Davası'nda verdiği karardan belirli bölümleri buraya aktarmıştır. Bu karar da geçen;

"Terörle mücadele adı altında da olsa hukuk dışı bir örgütlenme ile devletin meşru güçleri gibi güç kullanarak yürürlükteki yasalar yerine kendi güç ve kuralları ile sözde yasalar oluşturmanın, devleti, hukuk devleti olmaktan çıkaracağı, bu koşullarda da güçlünün sözünün geçtiği, nerede başlayıp nerede sona ereceği belli olmayan her türlü yasadışı egemen olduğu bir sistem oluşacağı, sonuçta yurtaş-

devlet ilişkisinde hukuk kuralları yerine korku ve kaygının geçerli olacağı, bunun da bir Anayasa ve Yasa ihlalinin ötesinde tam bir hukuk ihlali niteliği taşıyacağı ve hukuk devletinin bütünü ile ortadan kalkması sonucunu doğuracağı göz önüne alındığında mahkemenin sanıkların eylemlerini TCK'nın 313. maddesine uyar nitelikte görüp karar yerinde gösterdiği gerekçirici nedenlerde de bu nedenle bir isabetsizlik bulunmadığı..."

şeklindeki hüküm gerekçesine atıf yapmıştır.

Mahkeme sanıkları cezalandırma yoluna giderken Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin bu kararından esinlenerek hüküm gerekçesinde bu hükmün gerekçesine benzer gerekçelere yer vermiştir.

### ***Sübut Yönünden***

Mahkeme suçun sübutu yönünden her ne kadar savunmalarda ve görevlendirmeye ilişkin yazılarda sanıkların suçsuz oldukları ve sadece istihbaratla görevlendirildikleri belirtilmiş ise de; sanıkların içinde buldukları araçta yapılan incelemede aracın bagajında ele geçen delillerin Şemdinli ilçesine operasyonel bir faaliyet için gidildiği ve bulunduğu göstergesi olduğunu, eylemin münhasıran istihbarat toplama görevi ile bağdaşmadığını vurgulamıştır. Ayrıca olayın hemen sonrasında Seferi Yılmaz tarafından fark edilmeleri üzerine çevre esnafı ve halk tarafından takip ve kovalamaca sonrası olay yeri yakınında yakalanmış ve teşhis edilmiş olmalarının da, suçta konu bombalama olayının sanıklar tarafından gerçekleştirildiği iddialarını teyit ediyor olması nedeniyle sanıkların bir örgütün faaliyeti kapsamında anlaşarak bu bombalama, yaralama, öldürme ve öldürmeye teşebbüs suçlarını birlikte işlediklerini kabul etmiştir.

### ***Suç Unsurları Yönünden***

Mahkeme suçun unsurları yönünden TCK 302/1. maddesine ilişkin yaptığı değerlendirmede; 5237 sayılı TCK'nın 302. maddesini Yargıtay Ceza Genel Kurulu ve 9. Ceza Dairesi'nin yerleşik içtihatlarına göre 765 sayılı TCK'deki karşılığı olan 125. maddenin yorumlanış biçiminden yola çıkılmak suretiyle değerlendirmek gerekeceğini, Yeni TCK'nın

302. maddesinde yazılı “ayırmaya yönelik” bir fiilin;

- a) Devlet topraklarından bir kısmını veya tamamını yabancı bir devletin hâkimiyeti altına koymaya,
- b) Devletin bağımsızlığını zayıflatmaya,
- c) Devletin birliğini bozmaya,
- d) Devleti egemenliği altında bulunan topraklardan bir kısmını devlet idaresinden ayırmaya yönelmiş olması gerekeceği,

suça konu olaya bakıldığında her ne kadar sanıklar tarafından işlenmiş bulunan suçlar 5237 sayılı TCK'nın 302. maddesindeki neticelerin meydana gelmesini kolaylaştırıyor, devletle halkı karşı karşıya getiriyor, üniter devlet olgusu bir başka açıdan zedeleniyor ise de; sanıkların suçları doğrudan bu amaçlar doğrultusunda işlediklerine dair yeterli delil elde etmek mümkün olmadığı, sanıkların görünürdeki amaçlarının en azından yasadışı yollarla, keyfi ve hukuka aykırı metotlarla terörle mücadele etmek olduğu sonucuna varmıştır.

### ***Somut Olaya Emsal AİHM Kararları***

Mahkeme hükmün bu bölümünde emsal AİHM kararlarına yer vermiştir. Özellikle bu kararlardaki yaşam hakkına vurgu yaparak, mahkemenin kararlarında devlete pozitif yükümlülükler yüklediğini belirtmiştir. Mahkeme, bu kararların içeriğinde terörle mücadelenin bu hakkın korunmasında istisna olmadığının belirtildiğine, bu konuya ilişkin devlet görevlileri tarafından yapılan terörle mücadele kapsamındaki bir operasyon ile ilgili olarak McCann ve Diğerleri-Birleşik Krallık davasında;

“teröre karşı yürütülen operasyonun, mümkün mertebe azami ölçüde, öldürmeye yönelik güç kullanımına başvurulmasını asgari düzeye çekmek üzere yetkili makamlar tarafından planlanmış ve denetlenmiş olup olmadığının da dikkatli bir şekilde incelemesi gerekir”

şeklinde bir değerlendirmeye yer verildiğine vurgu yapmıştır.

### ***Mahkemenin Örgüte İlişkin Değerlendirmesi***

Mahkeme örgüte ilişkin değerlendirmesinde TCK 220. maddede tanımlanan “Suç İşlemek İçin Örgüt Kurma” suçunun unsurlarına yer vermiştir. Mahkemeye göre; TCK 220. maddede tanımlanan örgüt, işlenmesi amaçlanan suçları gerçekleştirebilmek için sadece bir araç niteliğindedir. Örgüt, soyut bir birleşmeden ibaret bir birliktelik olmayıp yapısında mutlaka hiyerarşik bir ilişkinin olması gerekir. Örgütün varlığı için suç işlemek amacı etrafındaki fiili birleşme yeterlidir. Suç işlemek için örgüt kurma suçu bir tehlike suçudur. Dolayısıyla herhangi bir suç işlenmemiş dahi olsa böyle bir örgütün varlığı cezalandırılma için yeterlidir.

Mahkeme sanıkları cezalandırdığı TCK 220. maddedeki suçun unsurlarını tanımladıktan sonra somut olaya ilişkin bir değerlendirmeye gitmiştir. Mahkemeye göre, askeri bir emir komuta zinciri içinde bulunan sanıkların böylesi bir eylemi terör eylemlerinin yoğun olarak yaşandığı bir bölgede tek başlarına planlamaları ve uygulamaları hayatın olağan akışına aykırı ve olanak dışıdır. Sanıkların görevlendirme yazılarında “9 Kasım günü Yüksekova ve Şemdinli İlçeleri bölgesinde bulunan örgüt mensupları hakkında bilgi elde etmek, istihbarı ve operasyonel faaliyetlerde bulunmak ve kendilerine gereken yardım ve kolaylık sağlanmak üzere” görevlendirildikleri bilgisi yer aldığına göre, suç konusu olayın derinliği çok yönlü araştırılmasını gerekli kılmaktadır. Olayın arkasındaki ilişkilerin çözülmesi, olayın bölgedeki diğer kamu görevlilerini de kapsayacak ölçüde güç ve karmaşık olduğunu ortaya çıkarmış, ancak soruşturma ve kovuşturma safhasında bu kişilerin varlığı tespit edilememiştir. Dosya içeriği ve özellikle olay tarihinde sanıkların araçlarında ele geçen belgelerden, sanıkların eylemlerinin iştirak halinde adam öldürmek fiili ile sınırlı olmadığı anlaşılmıştır. Sanıkların amaçladıkları terörle mücadele etme işinin, terör gibi doğası gereği kesintisiz sürdürüleceği açıktır. Sanıkların bölgedeki terörün devamlılığına paralel olarak bu hukuk dışı keyfi eylemlerini sürdürme amacıyla oldukları anlaşılmaktadır.

Ayrıca sanıkların Anayasanın 6. maddesindeki "... Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz" hükmüne aykırı olarak bir örgütlenme ve yetki kullanımı yoluna gittikleri, bunun ise hukuk devleti kuralları içinde savunulur yerinin olamayacağı, terörle mücadele adı altında hukuk dışı bir örgütlenme ile devletin meşru güçleri gibi güç kullanarak yürürlükteki yasalar yerine kendi güç ve kuralları ile sözde yasalar oluşturmanın, devleti hukuk devleti olmaktan çıkaracağı, bu koşullarda da güçlüünün sözünün geçtiği, nerede başlayıp nerede sona ereceği belli olmayan her türlü yasa dışılığın egemen olduğu bir sistemin oluşacağı değerlendirilmesine yer vermiştir.

### **Mahkemenin Kabulü**

Mahkeme "mahkemenin kabulü" başlıklı bölümde uzunca bir şekilde mahkemenin sanıklara ceza verme nedenlerini ve dayandığı delilleri ayrıntılı bir şekilde açıklamıştır. Mahkemenin kanaatini açıkladığı bu bölüm dava ile ilgili kanaatimizin oluşmasına yardımcı olacağından mahkemenin kanaatleri aşağıya aktarılmıştır.

Mahkemenin kabulüne göre; sanıklardan asker olan ve daha önceden buna benzer istihbarı ve operasyonel birçok görevde yer alan Ali KAYA ve Özcan İldeniz, daha evvelinden PKK üyesi olan ve kardeşinin öldürülmesi nedeniyle asil amacı kardeşlerini öldüren PKK ile mücadele etmek olan sanık Veysel Ateş'i de yanlarına alarak örgütsel bir birliktelik içinde hukuk dışı yollarla terörle mücadele etmek amacıyla Şemdinli ilçesinde Umut Kitabevi isimli işyerini işleten daha önceden bölücü örgüt üyesi olmak suçundan ceza alıp 15 yıl hapis yatan müdahil Seferi Yılmaz'ı öldürme karar vermişlerdir.

Sanıklar bu doğrultuda amaçlarını gerçekleştirmek için el bombası kullanmayı da planlayıp malzemeyi yasadışı yoldan temin etmişlerdir. Sanıklar, 7 Kasım ve 9 Kasım günlerinden önce birlikte birden fazla defa bu ilçeye gitmişler, bu geliş gidişlerinde planladıkları eylemi gerçekleştirmede yararlanacakları bilgi ve belgeleri, listeleri ve krokileri düzenlemişlerdir. Bu çalışma sonunda 9 Kasım günü sabah saatlerinde buluşarak, işyerine atmayı

planladıkları dört adet Alman yapımı el bombasını ve 3 adet kalaşnikov silahı yanlarına almışlardır.

Sanıkların ilçeye gelip aracı park ettikleri esnada bazı tanıklar kendilerinden şüphelenmişlerdir. Tanık anlatımlarına göre sanık Veysel Özipek Pasajı'nın bulunduğu tarafa doğru yürüyerek daha önce planlandığı şekliyle Umut Kitabevi'ne bombaları atmıştır. Daha sonra hızla uzaklaştığı esnada işyerine atılan el bombalarından birini gören müdahil Seferi can havliyle kendisini dışarıya atmış ve sanığın peşinden pasajdan dışarı çıkarak çevredekilere hem Türkçe ve hem de Kürtçe olarak "bombayı patlatan bu kahverengili adam, yakalayın" diye seslenip yardım istemiştir.

Bu esnada tanık Zeydan Özel de "yakalayın, bombayı patlatan bu" diye bağırarak çevredekilerden yardım istemiştir. Ayrıca sanık Veysel'in tanığın yanından geçerken cep telefonu ile "alo, neredesiniz" diye konuşmaları ve sanık Ali'nin de o sırada elindeki cep telefonu ile görüştüğü kişiye "nerdesin? Aşağı doğru gel, ben buradayım" diye çağrıda bulunduğu diğer tanıklarca duyulmuştur. Daha sonra da toplanan kalabalık tarafından sanıklar suçüstü yakalanmışlardır.

Mahkeme olayı izahtan sonra, suçüstü halinde sanıkları yakalayan tanıkların beyanlarına itibar edildiğine vurgu yaparak,

- Mahkemece suça konu olayın bu şekilde gerçekleştiğinin duraksamaya yer veremeyecek şekilde anlaşılıp kabul edildiğini,
- sanıkların, normal iştirak iradesini aşan örgütsel birliktelikle hukuk dışı yollarla terörle mücadele etmek olarak kabul edilen amaçla Yeni TCK'nın 220. maddesi kapsamında oluşturulan silahlı suç örgütünün üyesi olarak ve amaçları doğrultusunda müdahil Seferi Yılmaz'ı öldürmeye karar verip bu doğrultuda amaçlarını gerçekleştirmek için malzemeyi temin ederek olay mahalline gidip araçlarını olay yerine yakın bir binanın önüne park ettiklerini,
- sanık Veysel'in önceden temin edilen 2 adet el bombasını alarak pasaja girip planlandığı şekliyle Seferi Yılmaz'ı öldürmek amacıyla ticari bir işletme olan ve iş-

yerini işleten dışında başkalarının da bulunması mümkün olan kitabevine bombaları atması neticesinde maktul Mehmet Zahir Korkmaz'ın ölmesine, müdahil Metin Korkmaz'ın ise yaralanmasına neden olduklarını,

- müdahil Seferi Yılmaz'ın ise yara almadan kurtulduğundan, ona karşı olan eylemin tasarlayarak öldürmeye teşebbüs olduğunu

kabul etmiştir.

### **Hüküm**

Mahkeme her ne kadar Baro tarafından kendisine müdafii görevlendirilmiş ise de; son sözünü vekâlet vermek sureti ile görevlendirildiği avukatı Yurdakan Yıldız hazır olduğunda söylemek istediğini ısrarlı talep etmiş olması nedeniyle sanıklardan Veysel Ateş yönünden davayı tefrik etmiştir.

Diğer sanıklar yönünden ise;

- 1) Sanıklar Ali Kaya ve Özcan İldeniz'in suç işlemek için kurulmuş örgütün üyesi olmak suçundan eylemlerine uyan 5237 Sayılı Yeni TCK'nın 220/2. maddesi gereğince ayrı bir yıl sekiz ay hapis ile cezalandırılmalarına,
  - a) Örgütün silahlı olması nedeniyle sanıkların cezalarının Yeni TCK'nın 220/3. maddesine göre taktiren beşte ikisine kadar artırılması ile ayrı ayrı bir yıl on beş ay on beş gün hapis ile cezalandırılmalarına,
  - b) Sanıkların duruşmalardaki saygılı tutum ve davranışları mahkemece takdiri indirim nedeni kabul edilerek cezalarından Yeni TCK'nın 62/1. maddesine göre taktiren 1/6 oranında indirim yapılması ile ayrı ayrı sonuç olarak bir yıl on ay yirmi yedi gün hapis ile cezalandırılmalarına,
- 2) Sanıklar Ali Kaya ve Özcan İldeniz'in suç işlemek için kurulmuş silahlı örgütün amaçları doğrultusunda bomba ile tasarlayarak adam öldürmeye teşebbüs etmek suçundan 5237 Sayılı Yeni TCK'nın 37/1 maddesi yollamasıyla eylemlerine uyan 82/1-(a) ve (c) maddesi gereğince ayrı ayrı a) Sanıkların elverişli hareketlerini tamamlamalarına rağmen neticenin meydana gelmemesi ve olayda eylemlerinin teşebbüs aşamasında kalması nedeniyle haklarında Yeni TCK'nın 35/2. maddesinin tatbiki ile meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre taktiren ayrı ayrı on beş yıl hapis ile cezalandırılmalarına,
  - b) Sanıkların duruşmalardaki saygılı tutum ve davranışları mahkemece takdiri indirim nedeni kabul edilerek cezalarından Yeni TCK'nın 62/1. maddesine göre taktiren 1/6 oranında indirim yapılması ile ayrı ayrı on iki yıl altı ay hapis ile cezalandırılmalarına,
- 3) Sanıklar Ali Kaya ve Özcan İldeniz'in birlikte suç işlemek için kurulmuş ve silahlı örgütün amaçları doğrultusunda olası kastla adam öldürmek suçundan 5237 Sayılı Yeni TCK'nın 37/1 maddesi yollamasıyla eylemlerine uyan 82/1-(c) maddesi gereğince ayrı ayrı ağırlaştırılmış müebbet hapis ile cezalandırılmalarına,
  - a) Sanıkların suçlarını olası kast ile işlemeleri nedeniyle haklarında Yeni TCK'nın 61/2. maddesi yollamasıyla 21/2. maddesinin tatbiki ile ayrı ayrı müebbet hapis ile cezalandırılmalarına,
  - b) Sanıkların duruşmalardaki saygılı tutum ve davranışları mahkemece takdiri indirim sebebi kabul edilerek haklarında Yeni TCK'nın 62/1. maddesinin tatbiki ile ayrı ayrı yirmi beş yıl hapis ile cezalandırılmalarına,
- 4) Sanıklar Ali Kaya ve Özcan İldeniz'in birlikte suç işlemek için kurulmuş silahlı örgütün amaçları doğrultusunda bomba ile olası kastla adam yaralamak suçundan 5237 Sayılı Yeni TCK'nın 37/1 maddesi yollamasıyla eylemlerine uyan 86/2. maddesi gereğince ayrı ayrı sekiz ay hapis ile cezalandırılmalarına,
  - a) Sanıkların suçlarını silahla işlemeleri nedeniyle cezalarının Yeni TCK'nın 86/3(e) maddesi gereğince yarı oranında artırılması ile ayrı ayrı on iki ay hapis ile cezalandırılmalarına,

- b) Sanıkların suçlarını olası kast ile işlemeleri nedeniyle cezalarının Yeni TCK'nın 61/2. maddesi yollamasıyla 21/2. maddesi gereğince takdiren beşte üçüne kadar indirilerek ayrı ayrı yedi ay altı gün hapis ile cezalandırılmalarına,
- c) Sanıkların duruşmalardaki saygılı tutum ve davranışları mahkemece takdiri indirim nedeni sayılarak cezalarından 5237 Sayılı Yeni TCK'nın 62/1. maddesine göre takdiren 1/6 oranında indirim yapılması ile ayrı ayrı altı ay hapis ile cezalandırılmalarına, oy çokluğu ile karar vermiştir.

Diğer sanık Veysel Ateş hakkındaki dava tefrik edildiğinden hüküm kısmında bu sanığa ilişkin ceza yer almamasına rağmen daha sonradan bu sanık hakkında da aynı hüküm verilmiştir.

Mahkeme üyelerinden biri, hükme katılmayarak karşı oy kullanmıştır.

Karşı oy yazısında;

“Savunma hakkının kısıtlanmaması amacıyla bir önceki celse verilen ara kararından vazgeçilerek, savunma tanıklarının CMK 207. maddesi gereğince dinlenmeleri, mahkemece olay yerinde keşif yapılması ve uzman bilirkişiden rapor alınması, keşifle dinlenemeyen tanıkların dinlenmeleri gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca dosyanın geniş kapsamlı oluşu da nazara alınarak sanıklar müdafilerine esas hakkındaki savunmalarını hazırlamak üzere makul bir süre tayininden ve dosya ile bağlantılı dava dosyalarının incelenip iade edilmek üzere istenilmesinden ve bu yöndeki sanıklar müdafilerinin taleplerinin kabul edilerek eksikliklerin tamamlanmasından sonra karar verilmesinin daha sağlıklı olacağını

savunmuştur.

Aynı üye usul yönünden itirazlarını dile getirdikten sonra;

“Sanıkların üzerlerine atılı eylemleri gerçekleştirdikleri yönünde çoğunluk görüşüne katılmakla birlikte eylemin vasıflandırılmasında farklı düşündüğünü”

beyan etmiştir.

Bu üyeye göre;

“Sanıkların eylemi gerçekleştirdikleri, yer zaman ile sosyal koşullar birlikte değerlendirildiğinde müdahale karşı yapılan bu eylem

ile salt onun cezalandırılması değil, zaten hassas olan yörede kaos ortamının yaratılması, eylemin faili meçhul kalması ile devletin zan altında bırakılması ve böylece yöre insanının devlete olan güvenini zayıflatarak devletin birlik ve bütünlüğünün bozulması amaçlanmıştır. Sanıkların yakalanmasından sonra meydana gelen olaylar da buna işaret etmektedir. Bu nedenle, amaçlanan ve meydana gelen sonuçlar karşısında sanıkların eylemleri devletin birlik ve bütünlüğünü bozmaya yönelik nitelik taşıdığından sanıkların müsned suçtan TCK'nın 302/1. maddesi gereğince cezalandırılmaları gerekmektedir.”

Bu üye, karşı oy yazısını Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden ve mevzuattan alıntılar yaparak çok uzun ve detaylı bir gerekçe ile gerekçelendirmiştir. Bu üyenin karşı oy yazısında yer alan usule dönük gerekçelerin birçoğu Yargıtay'ın da bozma nedenleri arasında olduğundan ve bizim yargılama ve hükme itiraz noktalarımızı oluşturduğundan tekrara düşülmemesi açısından bu gerekçelere hükmün ve Yargıtay ilamının değerlendirilmesi bölümünde yer verilecektir.

#### D. Yargılama Aşaması ve Hükmün Değerlendirilmesi

Buradaki değerlendirmemizde yargılama aşamasını ve bizatihi kararın kendisini ayrı ayrı ele alacağız. Başlangıçta da belirtildiği gibi yargılama aşaması toplam beş celsede bitirilmiştir. Bu aşamaya genel olarak bakıldığında mahkemenin aceleci bir tavırla yargılamayı bir an önce bitirmek gayreti ile hareket ettiğini söylemek mümkündür. Bu kanaatimizin nedeni onlarca tanığı olan bu davada mahkemenin tek bir tanık dahi dinleme gereği hissetmeden sadece sanık ve müdahil tarafları dinleyerek karar vermiş olmasıdır. Yeni CMK'da tüm delillerin soruşturma aşamasında toplanarak kovuşturma aşamasının hızlı bir şekilde tamamlanması usulü benimsenmiş olmasına rağmen davanın esasına etki edebilecek sonradan ortaya çıkacak delillerin mutlak surette değerlendirilmesi gerekmektedir. Örgütten ayrılarak teslim olan ve eylemi PKK'nın yaptığı yönünde ifadeleri mevcut olan bazı örgüt üyelerini dinlememiş olması bunun en bariz örneğidir.

Mahkeme böylesine önemli bir davada tanıkları bizzat dinlemek yerine Şemdinli Asliye Ceza Mahkemesi'ne talimat yazarak üstelik sanık müdafilerine haber vermeksizin istinabe yoluyla dinleme yoluna gitmiştir. Mahkeme bu davranışı ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Adil Yargılanma Hakkı başlıklı 6. maddesi 3. fıkrasının d bendinde yer alan,

“İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çek-tirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıkları ile aynı şartlar altında çağırılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek...”

hükmünü ihlal ettiği gibi CMK'nın 181. maddesindeki

“Tanık ve bilirkişilerin dinlenmesi için belirlenen gün, Cumhuriyet Savcısına, suçtan zarar görene, vekiline, sanığa ve müdafiine bildirilir...”

hükmünü ve doğrudan soru yöneltme hakkını düzenleyen 201. maddesini ihlal etmiştir.

Mahkeme ayrıca maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacını güden ve bu amaçla CMK 207. maddesinde yer verilen “*Delilin ortaya konulması istemi, bunun veya ispat edilmek istenen olayın geç bildirilmiş olması nedeniyle reddedilemez.*” hükmüne aykırı olarak sanık müdafilerinin tevsii tahkikat taleplerine riayet etmemiş, bunların tamamını reddedip karar verme yoluna gitmiştir.

Mahkemenin mutlak surette bozmayı gerektiren CMK 216. maddenin üçüncü fıkrası gereği duruşma bittiğinde son sözü sanıklara vermemiş olması ve 226. madde gereğince suç niteliğinin değişmesi nedeniyle sanıklara ek süre vermeden ya da bu yönde bir taleplerinin olup olmadığını sormadan karar vermiş olması yargılama aşamasındaki eksiklikler olarak göze çarpmaktadır.

Mahkemenin sanıklardan birinin müdafinin duruşmaya katılmaması nedeniyle onun hakkındaki davayı tefrik ederek karar vermiş olması da davayı bir an önce bitirme gayretinin diğer bir göstergesidir.

Yargılama aşamasında bozmayı gerektirecek birçok usulî eksikliğin yapılmış olmasının da bu aceleci tavrın bir sonucu olduğunu düşünmekteyiz. Bu eksikliklerin bir kısmına önceki bölümlerde değinildiğinden ve bir kısmına da Yargıtay ilamının değerlendirilmesi

bölümünde yer verileceğinden burada ayrıca irdelenmeyecektir. Ancak ceza yargılaması anlamında sağlıklı bir yargılamanın yapılmadığını söylemek gerekmektedir.

Kanaatimizce mahkemenin sanık müdafilerinin taleplerini reddetmesindeki ve davayı bir an önce bitirmesindeki gerekçelerinden biri de gerekçeli kararının belirli bölümlerinde zaman zaman vurguladığı üzere mahkemenin tabiriyle tanık ve müdahillerin takip ve kovalamaca neticesi suçüstü yakaladıkları sanıkların bu eylemi gerçekleştirdikleri yönünde tam bir kanaate varmış olmasıdır. Bu gerekçelerle yeni tanık dinleme ve araştırma gereği hissetmediğini düşünmekteyiz.

Gerekçeli kararlar ilgili değerlendirmelerimize gelince; iddianameyi değerlendirirken iddianamenin teknik açıdan bir başka deyişle CMK'da öngörülen usul açısından yanlış ve eksik bir iddianame olduğunu belirtmiştik. Mahkemenin gerekçeli kararını ise karar tekniği açısından gayet iyi bir şekilde hazırladığını belirtmek gerekir. Mahkeme öncelikle kararında sanıkların, tanıkların ve müdahil tarafın her aşamadaki ifadelerine ayrı ayrı yer vermiştir. İddianamedeki sevk maddelerine ve iddianamedeki taleplere kısaca yer verdikten sonra, savcılık makamının esas hakkındaki mütalaasına ve bu mütalaaya karşı müdahil vekillerinin ve sanık müdafilerinin esas hakkındaki savunmalarına değinmiştir. Daha sonra delilleri tartıştıktan sonra hükmünü açıklamıştır. Mahkemenin sanıkların ve müdafilerinin sanıkların suçsuzluğu yönündeki savunmalarını ve delillerini tek tek çürütmüş olması da hükmün iyi hazırladığını göstermektedir.

Karar incelendiğinde mahkemelerce verilen birçok kararda olmayan tatmin edici bir gerekçenin bu kararda mevcut olduğu görülmektedir. Mahkeme iddianamenin aksine soyut ve kişisel değerlendirmelerden uzak, delillerle desteklenmiş bir gerekçeyle hüküm kurma yoluna gitmiştir.

Dava henüz kesin karara bağlanmamış olduğundan devam eden bir yargılamanın esasına ilişkin görüş belirtmeyi hukuk etiği açısından doğru bulmadığımızdan esas yönünden bir değerlendirme yapmıyoruz. Ancak şunu belirtmek gerekir ki sanıkların iddianamede gösterilen sevk maddeleri gereğince

cezalandırılabilimleri ancak iddianamede iddia edilen sanıkların da içerisinde yer aldığı bir örgüt yapılanmasının ortaya çıkarılabilmesi ile mümkündür. Dosyada mevcut delillere göre böyle bir örgütün varlığı ispat edilemediğinden sanıkların “devletin birliğini bozmak” suçundan cezalandırılabilimlerinin mümkün olmadığını düşünmekteyiz.

## DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

### YARGITAY SAFHASI

Mahkemenin hükmünü vermesi neticesinde dava, davanın taraflarınca temyiz edilmiş, usul hükümleri gereğince dosya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilmiştir.

#### Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı Tebliğnamesi

Daha önceden Şemdinli davası ile ilgili yaptığı değerlendirmede Şemdinli iddianamesini hazırlayan savcı Ferhat Sarıkaya'yı eleştiren ve hükümetin Şemdinli ile ilgili soruşturmada kendini yargı yerine koyduğunu iddia eden Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı Nuri Ok'un başkanlığını yürüttüğü Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı dava dosyasıyla ilgili hukuki görüşünü yansıtan tebliğnamede davanın usul ve esastan bozulması talep etmiştir.

Bozmaya ilişkin görüşlerini üç ana nedene dayandıran başsavcılık, sanıklar hakkında verilen cezanın usul eksikliği, eksik soruşturma ve esastan bozulmasını isteyerek, Van 3. Ağır Ceza Mahkemesi'nin sanıklar hakkında verdiği kararın, yüzeysel birtakım düşüncelere, önyargılara ve çelişkili anlatımlara dayandığını öne sürmüştür. Tebliğnamede örgüt üyeliği kavramı irdelenerek örgüt üyeliği için öncelikle bir örgütün varlığının mevcut olmasının gerekliliğine vurgu yapılmış, örgütün varlığının kabulü için ise, örgütün kurucusu veya kurucuları, lideri ve yöneticilerinin olması, hiyerarşik bir yapılanma içinde bulunmalarının zorunlu ve asgari koşul olduğu belirtilmiştir. Öncelikle bu yasal koşulların belge, bilgi ve delilleri ile ortaya konulması, açıkçası üye bulunduğu kabul edilen suç örgütünün varlığının araştırılıp, kesin delillerinin dava

dosyasına getirilmesi gerektiğine işaret edilen tebliğnamede,

“Bu suç ile suç arkadaşlığı, yani suça iştirak ilişkisindeki yasal unsur farkının gözetilmesi gerekirken, suç örgütünün varlığı konusunda hiçbir araştırma yapılmadan, amacı ve sürekliliği ortaya koyan faaliyetler belirlenmeden, sadece işlendiği kabul edilen bir eylemden hareketle afaki bazı düşüncelerle bir suç örgütünün varlığı kabul edilip, sanıkların bu örgütün mensubu oldukları ve bu örgüt adına eylem yaptıklarından bahisle suç örgütüne üye olmaktan da mahkumiyetlerine karar verilmesi”

nedeniyle davanın esastan bozulması talep edilmiştir.

Savcılığın eksik soruşturmaya ilişkin görüşlerinde ise, sanıkların yüklenen suçları işlemedikleri, komplo ile karşı karşıya kaldıkları ve gündüz herkesin gözü önünde bombalama yapmanın akıl dışı olduğuna ilişkin savunmalarını kararlılıkla sürdürdüklerine vurgu yapıldıktan sonra;

“...tanıkların anlatımları arasında var olan açık çelişkiler, gerek tanıklar gerekse müdahillerin anlatımlarında açıklanması gereken hususların mevcut olması, gerçeğe uygunluk ve inandırıcılık öğelerinin değerlendirilmesi ve denetlenmesi, dolayısıyla olayda kesinlikle var olan derin ve yoğun kuşkunun giderilmesini teminen ceza muhakemesinin temel ilkelere olan vasıtasızlık ilkesi gereğinin tam anlamıyla uygulanarak, tanıkların tamamının duruşmada veya olay yerinde yapılacak keşifte bizzat mahkeme tarafından dinlenmesi, yukarıda açıklanan tahkik ve tespit işlemlerinin yapılması, anlatımların olaya ve mahalline ve oluş ile akla uygun olup olmadığının gözlenmesi ve anlatımlar arasındaki çelişkilerin giderilmesine çalışılması, belirtilen resmi yazılar karşısında çok uzun süre denetimsiz kaldığı anlaşılan otomobildeki bombaların değiştirilme olasılığı olup olmadığı ve yeni ortaya çıkacak durumların tahkik ve tespit edilmesi, Faik Duyan ile savunma tanıkları Orhan Gezer, Sabri Adanır ve Hasan Salar'ın dinlenmeleri, yargılamanın devam etmekte olması halinde sanık Veysel Ateş'in davasının birleştirilmesi ve sonuçlarına göre, delillerin bir bütün halinde değerlendirilerek sübut konusunda bir karar verilmesi gerekirken, deliller tam olarak toplanmadan, var olan kuşku giderilmeden, olayın derinliğine vakıf olunmadan, genel ve soyut açıklamalarla yetinilerek ve varsayımlardan hareketle ve



dayanağı olmayan ve dosyadaki delillerin ötesinde yüzeysel birtakım düşünce, önyargı ve kabullerle, yetersiz keşif ve çelişkili anlamlara dayanarak sübutun kabulü ile sanıkların eksik soruşturmayla mahkûmiyetlerine karar verilmesi...”

nedeniyle hükmün bozulması istenmiştir.

Ayrıca tebliğnamede eksik soruşturmaya ilişkin olarak,

“Sanıklar astsubay Ali Kaya ile Veysel Ateş arasındaki cep telefonu konuşmasının patlamadan önce mi sonra mı yapıldığının belirlenmediği ve kitabevinin kapısı açık olmasına rağmen bombanın cam kırılarak içeriye atılmasının normal olup olmadığının araştırılmadan karar verildiği ve olay yerinde keşif yapan Şemdinli Asliye Ceza Mahkemesi’nin tespitlerinde yetersiz kaldığı ve zaafa düştüğü, olaya kuşku ile yaklaşmadığı hususlarına”

dikkat çekilmiştir.

Başsavcılık göreve ilişkin değerlendirmesinde, dosya içeriğine göre TCK’nın 302 ve 316. maddelerindeki suçların yasal unsurlarının mevcut olmaması ve aynı kanununun 220. maddesinden hüküm kurulması nedeniyle Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 5/1, 6, 250/1 ve 252/1-g maddeleri hükümleri dikkate alınarak davanın yetkili ve görevli Hakkâri Ağır Ceza Mahkemesine gönderilmek üzere görevsizlik kararı verilmesi gerektiğine işaret etmiştir.

Savcılık usule ilişkin diğer bozma taleplerinde, iddianamede, sanıkların TCK’nın 316/1. maddeleri uyarınca cezalandırılmaları istenmiş olmasına rağmen sanıkların eylemlerinin TCK’nın 220. maddesinin 2 ve 3. fıkraları kapsamında değerlendirilmiş olmasına göre, CMK’nın 226. maddesi hükmü uyarınca değişen suç vasfı nedeniyle sanıklara “ek savunma hakkı” tanınmamış olması, istinabe edilen Şemdinli Asliye Ceza Mahkemesi tarafından sanık müdafileri haberdar edilmeden yokluklarında keşif yapılması ve tanık dinlenmesi suretiyle CMK’nın 181. maddesine muhalefet edilmesi nedeniyle hükmün bozulması gerektiğini belirtmiştir.

Dava dosyası, bombalamanın yapıldığı kitabevinde keşif yapan Şemdinli Asliye Ceza Mahkemesi’ni yetersizlik, zaafa düşmek ve çelişkili davranmakla suçlayan ve berrak delil

ortamının yaratılmadığından bahseden tebliğname ile birlikte adam öldürme suçlarına bakmakla görevli Yargıtay Birinci Ceza Dairesi’ne gönderilmiştir.

## Yargıtay 1. Ceza Dairesi Kararı

Kendisine gelen dava dosyası üzerinde ilk incelemesini yapan Birinci Daire, tarafların talepleri doğrultusunda tarafları dinledikten sonra esasa ilişkin kararını açıklamak üzere 18 Ocak 2007 tarihinde duruşma yapılması kararı almıştır. 18 Ocak tarihinde tarafları dinleyen mahkeme karar için duruşmayı 1 Şubat ertelemiştir. Herkes 1 Şubat tarihinde mahkemenin davanın esasına ilişkin kararını beklerken ilginç bir gelişme yaşanmıştır. 1 Şubatta yeniden toplanan mahkeme görevsizlik kararı vererek 3’e karşı 2 oyla davanın temyiz incelemeye görevinin 9. Ceza Dairesi’nin görev alanına girdiğine hükmetmiştir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki her ne kadar daire kararında görev tanımı kullanılmış olsa da Yargıtay Birinci Ceza Dairesi’nin kararına karşı Başsavcılığın yaptığı itirazı inceleyen Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun kararında da belirttiği üzere Yargıtay Daireleri arasındaki ilişki bir görev ilişkisi olmayıp, işbölümü ilişkisidir. Bu nedenle Birinci Daire’nin kendisinin bu davaya bakmakla görevli olmadığı yönündeki kararı hukuken hatalı bir karardır.

Mahkemenin hatalı bir karar vermesinden öte bu karardaki dikkat çekici olan husus mahkemenin bu kararını dosya üzerinde ilk incelemesini yaptıktan sonra vermek yerine duruşma günü belirleyerek tarafları dinledikten sonra vermiş olmasıdır. Dosyanın daireye geldikten sonra 15 Ocak tarihinde başkanın emekliye ayrılması ve ilk duruşma için başkanın emekliye ayrılmasından sonraki bir tarihin belirlenmesinin yanında, mahkemenin duruşmayı karar için 1 Şubat tarihine ertelemesine rağmen bu tarihte yeniden toplanarak kendisinin görevli olmadığı yönünde karar vermesi kamuoyunda haklı olarak bazı endişelerin ve soru işaretlerinin oluşmasına sebebiyet vermiştir.

Bu kararın ardından Şamil Tayyar *Star* gazetesindeki köşesinde yer alan “Yanıt Bekleyen Dört Soru” başlıklı yazısında;

- 1) Birinci Ceza Dairesi, Şemdinli dosyasının görev alanı içine girmediğini düşünüyorsa bu kararını 18 Ocak'ta neden açıklamadı?
- 2) Görevi olmadığı halde ilk duruşmada tarafları neden dinledi?
- 3) Kararın onayı yönünde eğilim belirince mi görevsizlik kararı verilerek dosyanın 9. Daire'ye gönderilmesi kararı alındı?
- 4) Başkan Taşan "Emekli oluyorum, kararı sonra verin" diyerek, karara katılmak mı istemedi?

sorularını sorarak kamuoyunda bu yönde oluşan endişeleri dile getirmiştir.

Böylesine bir davanın karar aşamasına gelen temyiz incelemesinde mahkemenin çok ciddi bir hukuki hata yaparak görevsizlik kararı vermesi nedeniyle kamuoyunda oluşan "*Mahkemede kararın onanması yönünde bir eğilim oluşması nedeniyle mi böyle bir karar alındı?*" sorusu, üzerinde durulması gereken önemli bir konudur. Mahkemenin bu kararını hangi saikle aldığı bilmek elbette ki mümkün değildir. Amacımız mahkemeyi zan altında bırakmak olmamakla birlikte, bu karar tüm dava boyunca yaşanan yorumlanması güç bazı gelişmelerle birlikte değerlendirildiğinde bu yöndeki şüpheleri haklı kılmıştır.

### Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı

Yargıtay Birinci Ceza Dairesi'nin bu karardan sonra Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, CMK'nın 308. maddesinde yer alan "*Yargıtay ceza dairelerinden birinin kararına karşı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, re'sen veya istem üzerine, ilamın kendisine verildiği tarihten itibaren otuz gün içinde Ceza Genel Kurulu'na itiraz edebilir.*" hükmüne dayanarak Ceza Genel Kurulu'na itiraz etmiştir.

Başsavcılık itirazında özetle; madde metninde itiraz yoluna başvurulacak karar yönünden bir kısıtlamaya gidilmediğine vurgu yaparak bu itirazın her türlü kararı kapsadığı, dairelerin görevlerinin Yargıtay Yasası'nın 14. maddesinde düzenlenmiş olduğu, 14. maddenin Ceza Daireleri arasındaki görevi iş bölümü esasına dayandırdığı, iddianamedeki tavsife göre temyiz incelemesinin hem 1. Ceza Dairesi'nin, hem de 9. Ceza Dairesi'nin

görevlerinde olduğu gerekçesiyle bu karara itiraz etmiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 20.02.2007 tarih ve 2007/38 E. 2007/44 K. sayı ile bu itiraz üzerine verdiği kararında, Yargıtay Başsavcılığı'nın bu karara itiraz yetkisini Yargıtay İç Yönetmeliği'nin 27. maddesi kapsamında bir ön mesele olarak incelemiştir. Ceza Genel Kurulu bu incelemesinde Yargıtay İç Yönetmeliği'nin 17. maddesi gereğince Ceza Daireleri arasında meydana gelen görev ve işbölümü uyumsuzluklarını karara bağlamak görevinin, Ceza Daireleri Başkanlar Kurulu'na tevdi edildiğini, bu incelemenin ise daireler arasında bir görev uyumsuzluğu çıkması halinde yapılabileceğini savunmuştur.

Ceza Genel Kurulu'na göre; Yargıtay Ceza Daireleri arasındaki görev ilişkisi iç işleyişle alakalı bir iş bölümü ilişkisidir. Bu nedenle Birinci Daire'nin görevsizlik kararı vermesi hukuken hatalıdır. Ancak Yargıtay Başsavcılığı'nın bu karara itiraz yetkisinin varlığının kabulü halinde Ceza Daireleri Başkanlar Kurulu'nun incelemesine tabi olan bir konu Ceza Genel Kurulu'nca incelenmek durumunda kalacağından bu itirazın usulen reddi gerekmektedir. Birinci dairenin görevsizlikle dosyayı gönderdiği Dokuzuncu Daire'nin de kendisini görevsiz kabul etmesi halinde daireler arasındaki bu ihtilaf Ceza Daireleri Başkanlar Kurulu'nca çözüme kavuşturulacaktır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu Başsavcılığın itirazını uzun bir gerekçe ile usul yönünden reddetmiş olmasına rağmen kararın gerekçe bölümünde Birinci Daire'nin görevsizlik kararının yanlışlığına ciddi vurgular yapmıştır. Bizce de Ceza Genel Kurulu'nun kararı yerinde ve doğru bir karardır.

Bu kararla ilgili aktarmak istediğimiz bir başka husus karara katılan bazı üyelerin karar metninde de yer alan bu konuya ve genel olarak davanın özüne ilişkin görüşleridir. Karar incelendiğinde bazı üyelerin usulî bir inceleme için önlerine gelen bu dosyada her ne hikmetse davanın esasına ilişkin görüşler ileri sürdükleri hatta bunun da ötesinde iddianameyi hazırlayan savcı hakkında hukuki görüş sınırlarını aşan eleştiriler yönelttikleri görülmektedir. İddianamenin eksiklikleri elbette ki mevcuttur. Ancak üyelerin önlerine gelen bir

dosyada inceleme konusu ile yetinmek yerine, kendileri ile aynı mesleği yapan ve bu iddianame nedeniyle mesleğinden ihraç edilen savcıya karşı eleştirilerini yöneltmek çabasını da anlamak mümkün değildir.

## Yargıtay 9. Ceza Dairesi Kararı

Dava dosyası, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın Birinci Daire'nin görevsiz olduğuna ilişkin kararına itirazının reddedilmesi neticesinde Birinci Daire'nin kararında görevli olarak belirttiği Yargıtay 9. Ceza Daire'sine gelmiştir.

Yargıtay Dokuzuncu Ceza Dairesi yaptığı inceleme neticesinde tarafların duruşma taleplerini reddederek dosya üzerinden karar vermiştir. Daire, 2007/2839 E. ve 2007/3924 K. sayılı ilamında iddianamedeki suç vasfına yönelik nitelemeye ilişkin olarak;

"Dosya kapsamına bakıldığında, bu suçların maddi ve manevi unsurları itibarıyla oluştuğuna ilişkin herhangi bir delil bulunmadığı gibi, asker kişiler olan ve devletin birliğini, ülke bütünlüğünü bozmaya yönelik eylemlerde bulunan bölücü terör örgütü ile mücadelede görev alan sanıkların, bu örgütün işlediği suçlarla aynı suçu işledikleri şeklindeki suç vasfına ilişkin nitelendirmenin hayal gücünün de çok ötesinde tamamen varsayımlara dayalı hukuki değerden yoksun bir düşünce sonucu olduğu anlaşılmaktadır."

şeklinde bir değerlendirmede bulunmuştur.

## Bozma Sebepleri

İddianameye ilişkin bu değerlendirmesinin ardından hükmü inceleyen daire hükmün bozulması kararı vermiştir. Kamuoyunda çok ciddi tartışmalara sebebiyet veren Daire'nin kararı incelendiğinde; tarafların temyiz sebeplerine değindikten sonra bozma nedenlerini iki ana başlıkta topladığı görülmektedir. Mahkeme kararında;

- 1) Öncelikle, asker kişi olan sanıkların iddianamedeki atılı eylemleri ve kararda sübutu kabul edilen eylemleri terörle mücadele görevleri kapsamında gerçekleştirdikleri belirtildiğine göre 5.7.1996 gün 1996/24-24 E.K. ve 18.12.2000 gün 2000/88-88 E.K. sayılı Uyuşmazlık Mah-

kemesi kararlarında da kabul edildiği üzere, bölücü terörle ilgili Türk Silahlı Kuvvetleri'nin bütün faaliyetlerinin askeri nitelikte olması ve Askeri Mahkemelerin görevlerine ilişkin hükümleri saklı tutan CMK'nın 250/3. maddesi hükmü karşısında, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 54. maddesinin "Vatan aleyhine bir cürüm yapan askeri şahıslar hakkında Türk Ceza Kanununun 125'inciden 145 inci maddeye kadar olan maddeleri hükümleri tatbik olunur" hükmü, 765 sayılı TCK'nın 125'inci maddesinin karşılığının 5237 sayılı TCK'nın 302 inci maddesi olması ve 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanununun 3 üncü maddesinin "mevzuatta yürürlükten kaldırılan 765 sayılı TCK'ya yapılan yollamalar, 5237 sayılı TCK'da bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelere yapılmış sayılır" hükmü, 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun genel görev başlıklı 9. maddesinin "Askeri Mahkemeler kanunlarda aksi yazılı olmadıkça, asker kişilerin askeri olan suçları ile bunların asker kişiler aleyhine veya askeri mahallerde yahut askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidirler" müşterek suçlar başlıklı 12. maddesinin "Askeri Mahkemelere ve Adliye mahkemelerine tabi kişiler tarafından bir suçun müştereken işlenmesi halinde eğer suç Askeri Ceza Kanununda yazılı bir suç ise sanıkların yargılanmaları askeri mahkemelere eğer suç Askeri Ceza Kanununda yazılı olmayan bir suç ise adliye mahkemelerine aittir." Hükümleri uyarınca, davaya bakma görevinin Askeri Mahkemeye ait olduğu, bu dadan tefrik edilen sivil şahıs Veysel Ateş'e ilişkin bu dava da bu dava ile birleştirildikten sonra görevsizlik kararı verilerek dava dosyasının görevli Askeri Mahkemeye gönderilmesi gerektiğinin gözetilmemesi,

- 2) Kabul ve uygulamaya göre de;
- a) Karşı oy yazısında, temyiz dilekçelerinde ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının tebliğnamesinde de belirtildiği gibi mahallinde bomba uzmanı bir bilirkişi ile keşif yapılarak, tanık beyanları arasındaki çelişkiler giderilmeden, olay saati kuşkuyla yer vermeyecek şekilde saptanmadan, olay hakkında görgüye dayalı bulunan ve soruşturma aşamasında beyanları alınan tüm tanıklar kovuşturma aşamasında din-

- lenmeden eksik soruşturma ile karar verilmesi,
- b) Cumhuriyet Savcısı tarafından 09.11.2005 tarihli keşif tutanağının 1. sayfasının zabıt kâatibi tarafından imzalanmaması suretiyle CMK'nın 169/2. maddesine muhalefet edilmesi,
- c) Şemdinli Asliye Ceza Mahkemesi tarafından yapılan keşif ve tanıkların dinlendiği günden sanıklar müdafisine haber verilmemesi suretiyle CMK'nın 84 ve 181. maddelerine aykırı davranılarak savunma hakkının kısıtlanması,
- d) CMK'nın 216. maddesine aykırı olarak hükmün tefhim edildiği oturumda katılanlar vekillerine söz verildikten sonra hazır olan sanıklar müdafilerine diyecekleri sorulmadan duruşmanın bitirilmesi,
- e) Gerçeğin kuşkuya yer vermeyecek şekilde tespiti bakımından dava konusu eylemin PKK örgütü tarafından gerçekleştirildiğine ilişkin beyanları bulunan aynı örgüt mensupları Sabri Adanır ve Hasan Salar'ın dinlenmeleri konusunda sanıklar müdafilerinin talebinin yasal olmayan gerekçelerle reddine karar verilmesi, Abdurrahman Yeşilyurt'un dinlenmesi konusunda ise olumlu veya olumsuz bir karar verilmesi,
- f) Kendilerini vekil ile temsil eden katılanlar lehine vekâlet ücretine hükmolunmaması yasaya aykırı,
- g) İfadeleri dosya içerisine temyiz aşamasında giren Orhan Gezer ve Arif Kaçım'ın dinlenilmelerinin gerekmesi,

Bozmayı icap ettirmiş, Cumhuriyet Savcısı, sanıklar müdafileri ve katılanlar vekillerinin temyiz dilekçeleri ile sanıklar müdafilerinin duruşmalı inceleme sırasında ileri sürmüş oldukları temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan adam öldürmek suçu yönünden re'sen de temyize tabi olan hükmün bu sebeplerden dolayı **bozulmasına**

oybirliğiyle karar vermiştir.

## Yargıtay İlamının Değerlendirilmesi

Yargıtay ilamının hükümden ayrı olarak değerlendirilmesi düşünülmemeyeceğinden buradaki hukuki değerlendirmelerimizde her ikisi açısından birlikte tespit ve görüşlerimize yer verilecektir. Yargıtay bozma nedenlerini iki

ayrı başlıkta toplamış olduğundan sağlıklı bir değerlendirme yapabilmek için bu konuların ayrı ayrı ele alınması gerekmektedir.

## Görev Yönünden Değerlendirme

Bu davanın başından beri yaşananlar içerisinde belki de olayın kendisi kadar dikkat çekici olan Yargıtay'ın bu davaya bakma görevinin Askeri Mahkeme'ye ait olduğu yönünde vermiş olmasıdır. Mahkemenin bu kararının ardından kamuoyunda asker kişi olan sanıkların bir şekilde aklanmak istendiği izlenimi ve şüphesi giderek güçlenmiş, bu davada adilane bir kararın verileceği yönündeki umutlar azalmıştır.

Olayın hemen ardından başlayan anlaşılması güç bazı gelişmeler ve nihayetinde Birinci Daire'nin görevsizlik kararı vermesi ve Dokuzuncu Daire'nin temyiz incelemesi için önüne gelen dosyada Askeri Mahkeme'nin görevli olduğu yönündeki kararı ile neticelenen süreçte bu endişelerin haklılığı tartışılmazdır. Biz buradaki değerlendirmemizde tüm bunlardan ayrı olarak konuyu hukuki açıdan kapsamlı bir şekilde ele alarak bir neticeye varmaya çalışacağız.

Öncelikle Askeri Mahkemelerin görevinin tespiti için bu konuyu düzenleyen Askeri Mahkemeler Kuruluşu Ve Yargılama Usulü Kanunu'na bakmak gerekmektedir. Bu kanunun "Genel Görev" başlıklı 9. maddesinde;

"Askeri mahkemeler kanunlarda aksi yazılı olmadıkça, asker kişilerin askeri olan suçları ile bunların asker kişileri aleyhine veya askeri mahallerde yahut askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidirler."

denilmektedir. Yine aynı kanunun "Müşterek Suçlar" başlıklı 12. maddesinde

"Askeri mahkemelere ve adliye mahkemelerine tabi kişiler tarafından bir suçun müştereken işlenmesi halinde eğer suç Askeri Ceza Kanununda yazılı bir suç ise sanıkların yargılanmaları askeri mahkemelere; eğer suç Askeri Ceza Kanununda yazılı olmayan bir suç ise adliye mahkemelerine aittir."

şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu davada asker kişileri ile birlikte asker olmayan bir sanık mevcut olduğundan davaya bakma

görevinin Askeri Mahkeme'ye ait olup olmadığının tespiti bakımından bu suçun Askeri Ceza Kanununda yazılı bir suç olup olmadığına kısaca bu suçun "askeri suç" olup olmadığına bakmak gerekecektir. Askeri Mahkemeler ile Adliye Mahkemeleri arasındaki görev uyuşmazlıklarını inceleyen Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarına bakıldığında askeri suçların;

- a) Unsurları ve cezalarının tamamı Askeri Ceza Kanunu'nda yazılı olan, başka bir anlatımla, Askeri Ceza Kanunu dışında hiçbir ceza yasası ile cezalandırılmayan suçlar,
- b) Unsurları kısmen Askeri Ceza Kanunu'nda kısmen diğer ceza yasalarında gösterilen suçlar,
- c) Türk Ceza Kanunu'na atıf suretiyle askeri suç haline dönüştürülen suçlar,

olmak üzere üç grupta mütalaa edildiği görülmektedir.

Yargıtay bu düzenlemelerden ve Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarından yola çıkarak;

"Askeri Ceza Kanunu'nun 54. maddesinin 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na yaptığı atıf ve 765 sayılı TCK'nın 125 inci maddesinin karşılığının 5237 sayılı TCK'nin 302'inci maddesi olması ve 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanununun 3 üncü maddesinde mevzuatta yürürlükten kaldırılan 765 sayılı TCK'ya yapılan yollamalar, 5237 sayılı TCK'da bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelere yapılmış sayılır denilmiş olması nedeniyle bu suçun 'askeri suç' olduğuna"

hükmederek Askeri Mahkeme'nin görevli olduğuna karar vermiştir.

Bu yönüyle bakıldığında kararın doğru olduğu düşünülebilir. Ancak bilindiği üzere burada yargılanan sanıklar jandarma astsubay çavuşlardır. Bu nedenle göreve ilişkin bir belirlemede bulunurken jandarmayı özelliği gereği diğer asker şahıslardan ayıran ve daha özel hükümler içeren 2803 Sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu'na bakmak gerekmektedir.

Kanunu'nun 7. maddesinde, "Jandarmanın sorumluluk alanlarında genel olarak görevleri:

- a) Mülki görevleri; Emniyet ve asayiş ile kamu düzenini sağlamak, korumak ve kol-

lamak, kaçakçılığı men, takip ve tahkik etmek, suç işlenmesini önlemek için gerekli tedbirleri almak ve uygulamak, ceza infaz kurumları ve tutukevlerinin dış kurumalarını yapmak,

- b) Adli görevleri, İşlenmiş suçlarla ilgili olarak kanunlarda belirtilen işlemleri yapmak ve bunlara ilişkin adli hizmetleri yerine getirmek,
- c) Askeri görevleri; Askeri kanun ve nizamların gereği görevlerle Genelkurmay Başkanlığı'nca verilen görevleri yapmak,
- d) Diğer görevleri; Yukarıda belirtilen görevler dışında kalan ve diğer kanun ve nizam hükümlerinin icrası ile bunlara dayalı emir ve kararlarla Jandarmaya verilen görevleri yapmak"

şeklinde sayılmıştır.

Aynı yasanın 15. maddesinde, jandarma personelinin askeri görevleri dışında kalan görevleri sırasında işledikleri suçlar nedeniyle adli yargı yerinde yargılanacakları kuralı düzenlenmiş bulunmaktadır. Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarına göre jandarmanın askeri olmayan görevleri de olduğundan görev yeri tayininde eylemi askeri görevleri kapsamında gerçekleştirip gerçekleştirmediklerine bakmak gerekecektir.

Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu'nun Ek 5. maddesinde,

"Jandarma, bu Kanunun 7'nci maddesinin (a) bendine ilişkin görevleri yerine getirirken önleyici ve koruyucu tedbirleri almak üzere, sadece kendi sorumluluk alanında 04.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun, casusluk suçları hariç, 250 nci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Jandarma Genel Komutanı veya istihbarat başkanının yazılı emriyle, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimi tespit edebilir, dinleyebilir, sinyal bilgilerini değerlendirebilir, kayda alabilir..."

hükmüne yer verilmiştir. Bu maddeye bakıldığında jandarmanın mülki görevlerini yerine getirirken suçluların yakalanabilmesi için dinleme yapabilme yetkilerinin düzenlendiği görülmektedir.

Sanıkların en azından görünürdeki savunmalarında ve üst komutanlıklarınca gönderi-

len yazılarda teknik takip neticesinde elde edilen bulgulara dayanarak sanıkların istihbarî ve operasyonel faaliyetlerde bulunma amacıyla ilçeye geldikleri beyan edilmiştir. Sanıkların savunmaları ve dosyadaki deliller birlikte değerlendirildiğinde, mülki görevleri kapsamında kalan bir iş nedeniyle görevlendirildikleri açıkça görülmektedir.

Uygulamada emniyet teşkilatının il ve ilçelerdeki görevlerini kırsal bölgelerde ifa eden jandarmanın askeri görevleri kapsamında böyle bir faaliyette bulunma yetkilerinin olmadığı aşikârdır. Mahkemenin bu durumu aşmak için sanık müdafilerinin dosyaya sundukları ve kanaatimizce bu olayla benzeşmeyen iki olay üzerine verdiği Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarına dayanarak bölücü terörle ilgili Türk Silahlı Kuvvetleri'nin bütün faaliyetlerinin askeri nitelikte olduğu yönündeki kabulü hatalıdır. Bu nedenle Uyuşmazlık Mahkemesi'nin birçok kararında belirttiği üzere askeri olmayan görevlerinin ifası sırasında bir suça karışan sanıkların yargılamalarının normal mahkemelerde yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

Mahkemenin Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 1996/24-24 E.K. ve 2000/88-88 E.K. sayılı kararlarına dayanarak bölücü terörle ilgili Türk Silahlı Kuvvetleri'nin bütün faaliyetlerinin askeri nitelikte olduğu yönündeki kabulü ile Askeri Mahkeme'nin görevli olduğuna dair kararı asla kabul edilemeyeceği gibi, bu kabul çok ciddi hukuki hatalar içermektedir. Öncelikle ceza hukukunun genel ilkelerinden olan "Hiç kimse suçluluğu sabit oluncaya kadar suçlu sayılamaz" ilkesi gereğince olayın mağdurlarının bölücü terörün birer parçasıymış gibi değerlendirilmesi hatalıdır. Mahkemenin kararındaki ikinci yanlışlık bu eylemin Türk Silahlı Kuvvetleri'nin bölücü terörle mücadele yöntemlerinden biri olarak kabul ve takdir edilmesidir. Yüksek yargı merciinin Askeri Mahkeme'nin görevli olduğuna karar vermek adına içine düştüğü bu vahim durum kabul edilemez niteliktedir.

Bu durumda davaya bakmakla görevli mahkemenin tespiti gereklidir. Daha önce aktardığımız üzere yerel mahkeme, bir kısım sanık müdafilerinin Askeri Mahkeme, bir kısmının da Hakkâri Ağır Ceza Mahkemesi'nin görevli olduğu yönündeki itirazlarını kendinin

görevli olduğu düşüncesiyle reddetmişti. Mahkemenin görevinin tespitinde iddianamedeki sevk maddelerine bakılması genel kural niteliğindedir. Daha sonradan mahkeme, eylemin başka bir suçun unsurlarını oluşturduğu kanısına varır veyahut yargılama esnasında suç vasfı değişirse bu durumda kendiliğinden bir karar vererek dosyayı görevli mahkemeye gönderir.

İddianamede sanıkların eylemleri TCK'nın 302 ve 316. maddeleri kapsamında değerlendirilerek CMK 250. maddesi ile bu suçlara bakmakla görevli Van Ağır Ceza Mahkemesi'nde dava açılmıştır. Yargılama neticesinde mahkeme sanıkların eylemlerinin TCK 220. madde kapsamında bir suç olduğuna kanaat getirerek sanıkları bu madde gereğince cezalandırma yoluna gitmiştir. Mahkeme bir kısım sanık müdafilerinin 220. madde kapsamında kalan suçlara bakma görevinin Hakkâri Ağır Ceza Mahkemesi'ne ait olduğu yönündeki taleplerini, CMK'nın 6. maddesinde yer alan "İddianamenin kabulünden sonra, yargılamanın alt dereceli bir mahkemeye ait olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı verilemez." hükmüne dayanarak reddetmiştir. Kanaatimizce bu karar yanlıştır. Zira CMK 250. madde ile görevli mahkemeler eski DGM'lerin yerine görevlendirilmiş, sadece belirli suçlara bakmakla görevli özel mahkemelerdir. Bu nedenle CMK 252/g maddesinde "Bu Kanunun 6'ncı maddesi, 250'nci madde kapsamına giren suçlara bakan ağır ceza mahkemeleri hakkında uygulanmaz." şeklinde bir düzenleme yapılmıştır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2006/8-179 E. 2007/57 K. sayılı kararında da belirttiği üzere "Üst dereceli mahkemenin daha güvenceli olduğuna" ilişkin ilke CMK 250. madde gereğince özel görevli mahkemeler hakkında uygulanamaz. Kapsama girmeyen ya da kapsam dışı kalan suçlar yönünden, yargılaması sonuçlanmayan dosyalar hakkında özel yetkili ağır ceza mahkemelerince dosyaların görevli ve yetkili Cumhuriyet Başsavcılıklarına veya mahkemelere gönderilmesine karar verilmesinin gerekmektedir.

Tüm bu açıklamalardan sonra CMK 250/g maddesindeki açık hüküm gereğince Van Ağır Ceza Mahkemesi'nin sanıkların eylemlerinin TCK 220. madde kapsamında kaldığına kanaat getirmesinden sonra görevsizlik kararı ve-

rerek dosyayı Hakkâri Ağır Ceza Mahkemesi'ne göndermesi gerekirdi. Van 3. Ağır Ceza Mahkemesi'nin bunu yapmayarak yargılamaya devam etmesi ve Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin Askeri Mahkeme'nin görevli olduğu yönündeki kararı kanaatimizce yanlıştır ve şu an sanıkların yargılanmaları görevli olmayan bir mahkemede devam etmektedir.

### ***Diğer Bozma Nedenlerinin Değerlendirilmesi***

Mahkemenin diğer bozma nedenlerine baktığımızda genel itibariyle hükme yönelik eleştirilerimiz ve sanık müdafilerinin bozma talepleri doğrultusunda karar verildiği görülmektedir. Yargılama aşamasındaki ciddi eksiklikler nedeniyle hükmün Yargıtay'ca bozulması sürpriz olmamıştır. Yargıtay'ın bozma nedenlerine genel olarak hüküm kısmında değinildiğinden bu bozma nedenleri burada ayrıca irdelenmeyecektir. Yalnız burada Yargıtay'ın Başsavcılığın tebliğnamesinde yer alan ve bizim de daha önce üzerinde durduğumuz bazı temyiz sebeplerini bozma nedenleri arasında saymadığı görülmektedir. Örneğin Başsavcılığın tebliğnamesinde de vurguladığı CMK 226. madde gereğince suç vasfının değişmesi nedeniyle sanık ve müdafilerine ek savunma hakkı verilmemiş olmasına rağmen bu durum bozma nedenleri arasında yoktur. Re'sen bu hususları incelemekle görevli mahkemenin bozmayı gerektirecek bazı eksikliklere değinmemiş olması yeterli incelemeyi yapmadan karar verdiğini göstermektedir.

Yargıtay'ın hukuken hatalı davrandığı başka bir konu ise mahkemenin görevsiz olduğu yönünde karar vermiş olmasına rağmen davanın esasına girerek diğer bozma nedenlerini incelemiş olmasıdır. CMK'nın 7. maddesinde yer alan "*Yenilenmesi mümkün olmayanlar dışında, görevli olmayan hâkim veya mahkemece yapılan işlemler hükümsüzdür.*" Hükmü gereğince görevsiz bir mahkemece yapılan tüm işlemler hükümsüz olacağından bunun da ötesinde Askeri Mahkeme'nin görevli olması durumunda temyiz incelemesini yapma görevi Askeri Yargıtay'a ait olacağından Yargıtay'ın görev yönünden dosyayı bozması halinde başkaca bir işlem yapmadan dosyayı

yerel mahkemeye iade etmesi gerektiği kanaatindeyiz.

### **Sonraki Süreç**

Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin bozma ilamından sonra dosya yeniden Van 3. ağır Ceza Mahkemesi'ne gelerek 13 Haziran 2007 tarihinde yeniden görülmeye başlanmıştır. Van 3. Ağır Ceza Mahkemesi Yargıtay'ın "eksik soruşturma" gerekçesiyle verdiği bozma kararına uymuş ancak görev yönünden bir karar vermeyerek soruşturmaya devam etmiş ve duruşmayı 11 Temmuz tarihine ertelemiştir. Bu aşamada sanık müdafileri görev yönünden bir karar verilmemesi nedeniyle Van 4. Ağır Ceza Mahkemesine itirazda bulunmuşlardır. Sanık avukatlarının itirazı üzerine dava dosyası ve itiraz dilekçesini inceleyen 4. Ağır Ceza Mahkemesi heyeti, Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin bozma kararına uyma ya da direnme kararının her zaman alınabilecek olması nedeniyle dosyanın askıda kaldığını ve bu kararın itiraz edilebilecek bir karar olmadığını belirterek bu itirazı reddetmiştir.

11 Temmuz 2007 tarihli celsede de görev yönünden bir kararın verilmemesi üzerine mahkeme heyeti değişerek bu mahkemede yer alan başkan ve üyeler değişik illere tayin edilmiştir. Yeni oluşan heyet ise 14 Eylül günü görülen duruşmada savcılığın mütalaası doğrultusunda Yargıtay'ın bozma ilamına uyarak dosyanın sanıkların eylemlerini terörle mücadele görevleri kapsamında gerçekleştirdikleri gerekçesiyle dosyayı Van Jandarma Asayiş Kolordu Komutanlığı Askeri Mahkemesi'ne göndermiştir.

## **BEŞİNCİ BÖLÜM**

### **BASINDA ÇIKAN HABER VE YORUMLAR**

Bu bölümde patlamanın hemen ardından başlayan ve dosyanın askeri mahkemeye gönderilmesi ile sonuçlanan süreçte basında yer alan haber ve yorumlara yer verilecektir. Basının ve bazı köşe yazarlarının Şemdinli yorumları ülkemizde kişilere ve zamana göre

değişkenlik gösteren hukuk algısını ortaya koyacaktır.

Patlama sonrası derin devlet başlıkları atan bazı basın ve yayın organları iddianamenin açıklanmasının ardından bir anda söylem değiştirerek asker yanlısı bir tutum takınmışlar, Şemdinli'yi yok sayma yolunu seçmişlerdir. Basının tavrını yansıtan Şemdinli ile ilgili haber ve yorumlara dört ana başlık altında yer verilecektir.

## İlk Değerlendirmeler

Şemdinli'deki patlamanın akabinde bölgede benzeri olayların daha önce de sıkça yaşanmış olması nedeniyle bu olay da "sıradan" bir patlama olarak algılanmış, ancak patlamayı gerçekleştirdiği iddia edilen kişilerin asker oluşları nedeni ile Susurluk benzeri bir olayla karşı karşıya olunduğu yönünde bir izlenim oluşmaya başlamıştır.

Patlamanın ardından *Cumhuriyet* gazetesinden Mehmet Faraç kaleme aldığı yazısında:

"Yeni bir çete mi? Hakkâri ve çevresinde patlayan bombalar, toplumun huzuru açısından ciddi sinyaller veriyor. Son bombanın yurttaşların sabrının sonunu getirdiği çok net anlaşılıyor. Yoksulluk içinde çarpınan ilçe sakinleri, Şemdinli'yi Irak'a çevirenlerin hangi karanlık ve zengin cephanelikten beslendiğini merak ediyor! Bölgede Yüksekova Çetesi ile Susurlukçuların uzantılarının oluşturduğu bir çete sentezinden söz ediliyor."

değerlendirmesini yapmıştır.

Patlamanın ardından **Genelkurmay Başkanlığı** kendi internet sitesinde yaptığı açıklamada:

"Bu üzücü olaya bazı askeri şahısların da karışmış olabileceğine dair iddialar ortaya atılmaktadır. Söz konusu olay her yönüyle adli makamlara intikal etmiş olup, gerekli yasal işlemler yapılmaktadır. Soruşturma safhasının gizliliği dolayısıyla gelişmeler hakkında yapılacak müteakip açıklamalar adli makamların takdirinde olacaktır. Saygı ile duyurulur."

ifadelerine yer vermiştir.

Gazetecilerin sorularını yanıtlayan başbakanlık sözcüsü Akif Beki ise:

"Sayın Başbakan bu olayın takipçisi olacağını söylemiştir. Bu olayın sorumluların ortaya çıkartılması için her ne gerekiyorsa yapılmalıdır. Olay yerine mülkiye müfettişleri gönderildi. Onlar gerekli idari tahkikatı yürüteceklerdir. Adli süreç de başlamış bulunmaktadır. Onun sonucunu da hep birlikte takip edeceğiz."

diye konuşmuştur.

Olayları değerlendiren DEHAP Hakkâri İl Başkanı Sebahattin Suvağcı da bu olayın ikinci bir Susurluk olduğunu iddia ederek yaptığı açıklamada:

"Bu olay ülkede karanlık güçlerin güvenlik güçlerinin içine sızdığı gerçekliğini açığa çıkarmıştır."

demiştir.

Daha sonradan görevden alınan Hakkâri Valisi Erdoğan Gürbüz CNN Türk'ün canlı yayınına telefonla bağlanarak; güvenlik güçlerinin bu işle ilişkisinin olmasının mümkün olmadığını belirtmiş ve olayla ilgili bir kişinin gözaltında olduğunu söylemiştir. Bu açıklama en büyük mülki amirden dahi olayın diğer failerinin gizlendiğini göstermektedir. Nitekim Türkiye olaylara karışan iki kişinin daha olduğunu günler sonra öğrenmiş, Adalet Bakanı Cemil Çiçek bunun nedenini usulü bir problem olarak açıklamak zorunda kalmıştır.

Şemdinli olayları üzerine *Radikal*'e bir açıklama yapan Deniz Baykal:

"Tatsız bir olay. İnceleme amacıyla ilçeye ciddi bir heyet gönderdik. Olayın izahı gerekiyor. Yargıya büyük görev düşüyor. Gerekli soruşturmalar bir an önce yapılarak sonuç kamuoyuna açıklanmalı. Ciddi yanlışlıklar yapıldığı anlaşılıyor. Bazı kişilerin, kamu otoritesini kullanarak, kamu kurumlarından destek alarak yetkisiz bazı işler yaptığı izlenimi var. Bazı kişiler, devlet içindeki konumlarından güç alarak, devlet dışı işler çeviriyor olabilir. Bir Susurluk sendromu görüntüsü var. Çok yönlü provokasyonlara açık bir olay. Karanlık yönleri var. Türkiye böyle olaylara seyirci kalamaz artık. Türkiye'nin buna izin vermeyeceğini hep beraber vurgulamamız lazım."<sup>2</sup>

demiştir.

<sup>2</sup> *Radikal* gazetesi, 12.11.2005.



Köşe yazarlarından Can Dünder *Milliyet* gazetesindeki köşesinde “‘Ora’ Artık ‘Bu-ra’dır”<sup>3</sup> başlıklı yazısında:

“Bakın hâlâ Şemdinli’den 20 yıl önce, dehşetin başladığı yerden- hukuksuzluğun, yargısız infazın, çeteleşmenin kokusu geliyor. Hâlâ askeri araçlar, silahlar kanlı bombalamalarda kullanılıyor. Yakalanan zanlılar gizleniyor; sessizce salınıyor. Devletin şefkatli eli beklenirken, tersine kanlı bir iç savaşın yarası kabuk bağlamasını isteyen ‘savaş lobisi’ konuşuyor. Yine susuyoruz.”

diyerek Şemdinli olaylarını değerlendirmiştir.

Takip eden günlerde devlet adamlarının Şemdinli’nin üzerine gidileceği yönündeki açıklamaları basın tarafından olumlu karşılanmıştır. İlk günlerde Susurluk gibi bu olayın da üzerinin örtüleceğini düşünen kalemlerden olan Murat Yetkin Başbakan’ın,

“Genelkurmay Başkanı’yla da görüştüm. Ortak karar verdik. Nereye kadar gidiyorsa oraya kadar gideceğiz. Aynı kanaatteyiz. Cumhurbaşkanı’yla da görüştüm. O da böyle düşünüyor. Devletin tüm organları uyum içinde gereğini yapmaya hazır.”

açıklamasından yola çıkarak *Radikal* gazetesinden ki köşesinde:

“Ankara’da bazı devlet görevlilerinin el atından medyaya ‘Susurluk’la ilgisi yok, yerel olay, disiplinsizlik’ görüşünü sızdırmasına karşın, Başbakan-Cumhurbaşkanı-Genelkurmay Başkanı-Meclis Başkanı ve ana muhalefet lideri gibi beş üst makamın bu işin altında ne olduğunu anlamak istemeleri, en azından bu yönde beyanda bulunmaları, Şemdinli olayını Susurluk’tan ayıran belki de en önemli yön.”

diyerek bu tavrı olumlamıştır.

Ahmet Altan belki de o günlerde devlet adamlarındaki bu fikir birliğine tek ters düşen Yaşar Büyükanıt’ın açıklamalarına karşı *Gazetem Net*’teki “İyi Çocuk...”<sup>4</sup> başlıklı yazısında:

“Aşil’in Hektor’u Truva surlarının önünde öldürdükten sonra rakibinin ölüsünün arabasının arkasına bağlayarak sürmesini anlatan Homeros’un bir cümlesi birçok Batı dilinde bir deyim dönuştü. ‘Yaraya bir de aşağılamayı eklemek.’ Devletin içinden çetelerin çıktığı, devlet görevlilerinin çatır çatır adam

öldürüp haraç aldığı ülkede biz çok cinayet, çok ölüm gördük. Ve o ölüme bir de aşağılamayı eklemekten devlet görevlileri hiç çekinmediler. Bunlardan birkaç tanesi özellikle unutulmazdır. Bir tanesi, ünlü Susurluk kazasından sonra arabada emniyet müdürü Hüseyin Kocadağ ile o sıralarda aranmakta olan Abdullah Çatlı’nın birlikte olduğunun anlaşılması üzerine Mehmet Ağar’ın yaptığı ilk açıklamadır. ‘Herhalde Hüseyin Kocadağ, Abdullah Çatlı’yı yakaladı, onu getiriyordu,’ demişti. Her şeyi biliyordu ama bizimle alay etmekten de herhalde bizim anlayamayacağımız bir zevk alıyordu. Bir tanesi, eski jandarma komutanı Teoman Koman’ın televizyonda, yüzünde tuhaf bir gülümsemeyle, ‘JITEM diye bir şey yok’ deyişidir. Şimdi bunlara iki tane daha eklendi. Şemdinli’de pasajdaki bir kitapçıya bomba attıktan sonra ele geçirilen jandarma görevlileri için isimsiz bir ‘istihbarat görevlisinin’ açıklaması. ‘O sırada bomba patlayan pasajda sigara almak için tesadüfen bulunuyorlardı.’ Daha unutulmaz olanı ise kara kuvvetleri komutanının, bomba patlayan pasajın önünde, içindeki kalaşnikoflar, öldürülecek adamlar listesiyle birlikte kimliği de ele geçen jandarma İstihbarat Teşkilatı’na bağlı bir çavuş için söylediği söz olacak. ‘İyi çocuktur, öyle şeyler yapacağını sanmam.’ Jandarma görevlileri, kendi ülkelerinde, kendi vatandaşlarının dükkânlarını bombalayarak öldürürken suçüstü yakalanıyorlar ve bir kuvvet komutanı yakalanan adam için ‘iyi çocuktur,’ diyor. İşte bu, ‘ölüme bir de aşağılamayı’ eklemektir. Bütün bir topluma ‘siz bir hiçsiniz,’ demektir. Şemdinli’de bombalar patlatarak bütün bir ülkeyi karmaşaya sürükleyecek bir provokasyonu gerçekleştirenlerden ‘iyi çocuk’ diye bahsedebilmek kolay iş değil. O ‘iyi çocuk’ halk tarafından yakalanmasına rağmen polis tarafından ‘yakalanamadı.’ Adı belli, kimliği belli, görevi belli ama ‘iyi çocuk’ şu anda polisin elinde değil. Ne gözaltına alınıyor, ne tutuklanıyor. Bombalanan pasajın kapısında, bombayı atan saldırgan, arabasına binerken halk tarafından yakalanıyor, bagajından kalaşnikoflarla birlikte saldırı planları ve ölüm listeleri çıkıyor ama polis tarafından sorguya çekilemiyor. Niye? Çünkü o ‘iyi bir çocuk...’

diyerek bu açıklamaya karşı en can alıcı yazıyı kaleme almıştır.

O günlerde Kara Kuvvetleri Komutanı’nın açıklamaları ile Türkiye’nin gündemine oturan Ali Kaya ile ilgili Mehmet Altındağ’ın sahibi olduğu *Diyarbakır Söz* gazetesi çeşitli iddialar

<sup>3</sup> *Milliyet* gazetesi, 12.11.2005.

<sup>4</sup> *Gazetem Net*, 14.11.2005.

ortaya atmıştır. Manşetinden bu konuyu ele alan gazete:

“Nam-ı diğer ‘Mutkili Ali’ Astsubay A. K. 1998’de Diyarbakır Jandarma İstihbarat Teşkilatı’nda sorgulama görevinde yer alıyordu. Mutkili Ali adıyla tanınan bu JİTEM’ci astsubay, Diyarbakır’da ‘çeşitli isnat ve suçlamalar’ ihdas ederek, 100’e yakın Diyarbakırlı işadamını PKK ve Hizbullah’a ‘finans’ sağladıkları iddiasıyla sorguladı. Bunların başında bizler yani Diyarbakır Söz Ailesi de gelmektedir. Emniyet Teşkilatı’nın mantıkasında ‘olunmasına’ rağmen, JİTEM elemanları tarafından, Diyarbakır Söz Ailesi’nin fertleri gözetilince alındı. Tüm arşivlere el konuldu. 20 gün içerisinde iki kez senaryo sahnelendi. İlkinde ‘Hizbullah’ diye suçlama getirildi. Bu senaryo fiyaskoyla sonuçlandı. 20 gün sonra ailenin diğer fertleri gözetilince alındı. Bu kez PKK’ya ‘finans sağlıyorlar’ iddiasıyla senaryo düzenlendi. Bu senaryoların ‘baş senaristi’ de ‘Mutkili Ali’ Jandarma Astsubayı A. K. idi.”<sup>5</sup>

iddialarında bulunmuştur.

Davanın en önemli sanığı olmasına rağmen her ne hikmetse gözetilince alınıp sorgulanmayan sanık Ali Kaya ise gazete manşetlerinden bir kahraman edasıyla Umur Talu’nun deyimiyle adeta insanlarla dalga geçercesine

“Dünya kadar yer varken niye gidip kitapçıyı bombalayalım”<sup>6</sup>

diyerek mahkeme karşısında olmasa da basın karşısında kendini savunma yolunu seçmiştir.

Tüm bu gelişmeler yaşanırken davanın akıbetini o günlerde gören nadir yazarlardan biri olan Yalçın Doğan *Hürriyet* gazetesindeki köşesindeki:

“Ne zaman ki, Meclis araştırması, soruşturması, soru önergesi, ‘peşini bırakmayacağız’ lafları gündeme bol bol düşüyor, siz o zaman anlayın ki, o iş komisyona havale ediliyor. Ne zaman ki, ‘bu olay örtbas edilemez, sonuna kadar gideceğiz’ lafları duyarsanız, anlayın ki, olayın kapanması yönünde ciddi adımlar atılıyor. Bugüne kadar Meclis Araştırması açılıp da, sonuç alınan kaç dosya var? Meclis Başkanı, Başbakan, onca bakan, ama Şemdinli

yine de türküdeki gibi, bir hışım ile geldi, geçti, peh, peh, peh...”<sup>7</sup>

dediği yazısını “Yanılmayı çok istiyorum.” diyerek bitirmiştir.

Bu dava ile birçok benzer özelliği olan Susurluk Davası’nın emekli hâkimi Sedat Karagül’ün *Zaman* gazetesine yaptığı açıklama ise ülkemizdeki bu neviden davalarda bağımsız yargının nasıl da bağımlı hale geldiğini net bir biçimde ortaya koymaktadır. Yaptığı açıklamada savcının bütün bilgi ve belgelere ulaşması için devlet desteğinin önemine dikkat çeken hâkim, Susurluk davasının toplumun susturulması için hemen açıldığını kaydettikten sonra:

“Şemdinli’deki olaylarda hâkimiyet savcıdadır. Çok iyi, hassasiyetle araştırma yapmalı. Sonuca ulaşmak için delilleri iyi toplamalı. Susurluk davasında delil olmadığı için sonuca ulaşamadı. Savcı çok çalıştı; ama sınırlı kaldı. Delil bulamıyordu. Savcıda büyük bir klasör vardı, dosya yazışmalarla doluydu. Hiçbir yerden cevap alamıyorduk. Savcıdan bilgi istiyordum o da bana ‘sen bul’ diyordu. Kararı verirken o zamanki Adalet Bakanı Hikmet Sami Türk çok baskı yaptı. Baskılara boyun eğmediğim için başka bir adliyeye atamam yapıldı. Bunun üzerine emekli oldum. Ben emekli olduktan sonra Susurluk davasından karar çıktı.”<sup>8</sup>

açıklamasını yapmıştır.

*Hürriyet* gazetesini başyazarı Oktay Ekşi de “Hukuk Devleti Sınırı...”<sup>9</sup> başlıklı Şemdinli ile Susurluk arasındaki benzerliğe dikkat çektiği yorumunda:

“Kendisini devlet içinde devlet sananlar 9 Kasım günü, hem de güpegündüz, ilçe merkezindeki Umut Kitabevi’ni bombalayacak kadar pervasız davrandılar. Fail diye -üstelik halk tarafından- yakalanıp polise teslim edilenlerin Kıdemli Çavuş, Uzman Başçavuş çıkması; JİTEM isimli yasadışı infaz biriminin kalıntısı olduğu izlenimini veren JİT (Jandarma İstihbarat Teşkilatı)’e mensup olduklarının anlaşılması gösteriyor ki, Şemdinli olayının yapısı Susurluk’tan zerre kadar farklı değildir. Şimdi bekleyip göreceğiz. Cumhurbaşkanı, Başbakan, Genelkurmay Başkanı ‘sonu nereye va-

<sup>5</sup> *Diyarbakır Söz* gazetesini, 14.11.2005.

<sup>6</sup> *Sabah* gazetesini, röportaj, 15.11.2005.

<sup>7</sup> *Hürriyet* gazetesini, 16.11.2005.

<sup>8</sup> *Zaman* gazetesini, 17.11.2005.

<sup>9</sup> *Hürriyet* gazetesini, 15 Kasım 2005.

rırsa varsın, sorumluları bulup adalete verme' konusunda kararlı olduklarını ilan ederlerken ne ölçüde samimilermiş, anlayacağız. Dediklerini yaparlarsa bu devletin hukuk devleti olması yolunda çok ama gerçekten çok önemli bir adım atmış olacağız. Ama ya dediklerini yapmazlarsa?"

diye sormuştur.

Başbakanın takip eden günlerde yaptığı "Askeri, polisi karalamak çok yanlış..." açıklanmasını eleştiren Hasan Cemal "Bizden Söylenmesi Sayın Başbakan!"<sup>10</sup> başlıklı yazısında:

"...Elbette yanlış. Karalamak hiç kuşkusuz yanlıştır. Ama varsa, hataları eleştirmek de bir o kadar doğru tutumdur. Hataların üzerine gitmek hukuk devletinin gereğidir. Geçmişte bunun tersi örneklere çok rastladık. Askerin, polisin morali bozulur gerekçesiyle yanlışlar örtbas edildi. 1980'li, 1990'lı yıllarda başbakanların, Özal'ın, Demirel'in, Yılmaz'ın, Çiller'in ağzından da bizzat duymuştum."Şimdi sırası değil!" derlerdi hep. Suskunluğun doğurduğu hukuk boşluğunda böyle oluştu Susurluk. Siyasal iktidarların görmezlikten geldiği boşlukta işlendi faili meçhul cinayetler. İnsan hakları ihlalleri, dışkı yedirmeler, yargısız infazlar böyle hız yaşandı. Sonra Susurluk'un üstü örtüldü. Şemdinli de öyle mi olacak? Kelle koltukta görev yapan asker, polis, güvenlik görevlisi elbette karalanamaz. Ama hukuku hiçe sayanlar elbette kovalanır, adaletin önüne çıkarılır. Çünkü hukuk devletinin gereği yapılmazsa, hem PKK'daki hem de Kürt siyasal hareketindeki şiddet ve silah yanlılarının eli güçlenir. PKK, bölge halkını daha kolay kıskırtır devlete karşı... Bu gerçek bugün geçmişe göre çok daha çıplak hale gelmiştir. Bu nedenle sormak şart: Hukuk devleti olacak mıyız? Olamayacak mıyız? Soyut bir soru değil bu. Son derece somut... Ve Şemdinli bağlamında bu sorunun anlamını yerli yerine oturtamayan bir siyasal iktidar, Türkiye'nin önüne açamaz. Gelir bir yerde tıkanır Sayın Başbakan, bizden söylemesi..."

diyerek başbakanı başlangıçtaki kararlı tutumunu devam ettirmesi yönünde uyarmıştır.

O günlerde birçok medya kuruluşu Şemdinli'ye "eylem" bazlı yaklaşırken "mağdur" bazlı yaklaşmayı tercih eden *Hürriyet* gazetesi ise, Jandarma Genel Komutanı Orgeneral Fevzi Türkeri'nin Başbakan Erdoğan'a gizli bir

<sup>10</sup> *Milliyet*, gazetesi, 18.11.2005.

Şemdinli dosyası verdiğini belirterek, bu dosya içerisinde işyeri bombalanan Seferi Yılmaz'ın PKK'lı Murat Karayılan'la direkt telefon konuşmalarının yer aldığı<sup>11</sup> haberi ile okurlarının karşısına çıkmıştır. Hemen ertesinde hem askeri yetkililer hem de hükümet yetkilileri tarafından yalanlanan "gerçekdişi" bir haberin gerekçesi birçok köşe yazarı ve basın tarafından eylemi meşru gösterme çabası olarak algılanmıştır. Gazetenin genel yayın yönetmeni Ertuğrul Özkök'ün "Tarafsız Saha Müşahidi Olamam"<sup>12</sup> başlıklı yazısındaki

"Ben bu olayın başından beri şu şüpheyi içimden atamıyorum. Yıllardan beri 'derin devlet' kavramı etrafında efsaneleştirdiğimiz 'güçlü devlet' bu kadar beceriksiz, bu kadar sığ, bu kadar acemice bir 'gizli görev' yapabilir mi? Bazı kişiler bana, 'Yapabilir. Yıllardır yapıyor ve yakalanmıyorsa niye yapmasın' dedi. Bu cevap benim için ikna edici değil. İsrar ediyorum, çünkü bu şüphenin devamında çok daha derin bir endişe var."

cümleleri ve devamındaki cümleleri *Hürriyet* hakkındaki bu algıyı güçlendirmiştir.

Açıklamaları ile eleştirilen Yaşar Büyükanıt ise *Hürriyet* gazetesinde<sup>13</sup> yer alan röportajında kendini savunmuştur. Olaya adı karışan astsubayın iyi bir asker olduğu sözlerine ilişkin olarak sözlerinin hepsi yayınlanmadığı için yanlış bir izlenim doğduğunu belirtmiştir. Yargıya baskı iddialarına karşılık ise:

"Asker olarak yargıya baskı altına almak aklımdan bile geçmez, inandığımız temel değerlere aykırıdır. Biz yargıya saygılıyız."

diye cevap vermiştir.

O dönemde Dışişleri Bakanı olan Abdullah Gül ise gazetecilerin sorularını yanıtlarken:

"Sorgulanıp sorgulanmayacağını yakında görürsünüz. Kimseyi peşinen suçlu ilan etmek doğru değil. İlk anda gözaltına alınmamasından kaynaklanan bir usul hukuku prosedürü vardı. Ama üzerinin örtülmesi söz konusu değil. Bunun üzerini örten, gider. Türkiye artık eski Türkiye değil. 96'daki Susurluk şartlarındaki Türkiye değişti. Değişime siz de inanmıyorsunuz ama değişti, göreceksiniz. Devle-

<sup>11</sup> *Hürriyet* gazetesi, 22.11.2005.

<sup>12</sup> *Hürriyet*, gazetesi, 23.11.2005.

<sup>13</sup> *Hürriyet* gazetesi, 23.11.2005.

tin çıkarı bir şeyi örtmek değil, hepsini açık seçik ortaya çıkarmak.”

diyerek Şemdinli soruşturması ile ilgili kanaatlerini belirtmiştir.

Olaylara başka bir boyuttan bakan Melih Aşık daha iddianame ortaya çıkmadan AB ve ABD'nin Erdoğan'a "TSK içindeki Derin Devlet'in ipliğini pazara çıkar... Askeriyeyi mahkûm et." baskısının yapıldığını belirttiği yazısındaki:

"Başbakan Erdoğan yavaşça ancak emin adımlarla askerleri siyasetten uzaklaştırıyor. Şemdinli olayı bu işin kesin biçimde bitirilmesini sağlayabilir..."<sup>14</sup>

yorumu iddianamenin açıklanmasından sonra geliştirilen "Asker yıpratılmak isteniyor." söyleminin belki de ilk adımları olmuştur.

Bu dönemde bazı medya organlarında yer alan Şemdinli'yi başka bir mecraya çekme gayretlerine ilişkin olarak, Mehmet Ocaktan:

"... devlet içindeki bazı farklı oluşumlar ve 'merkez medya'nın bir ayağı, kartları karıştırıp, 'Şemdinli olayı'nda devlete ait unsurları tereyağından kıl çeker gibi temizleyerek kamuoyuna kullanımı son derece kolay bir 'olay tarifi' sunmaya çalışıyor."<sup>15</sup>

diyerek yazının devamında *Hürriyet* gazetesinin daha sonradan yalanlanan "rapor" haberini eleştirmiştir.

Şemdinli'ye başka bir gözle bakma gayretini sürdüren Doğan Grubu gazetelerinden *Milliyet* "Barzani-PKK Çekişmesi Olabilir"<sup>16</sup> başlıklı haberinde Hakkari'de inceleme yapan TBMM heyetine bilgi veren askeri yetkililerin olayın provokasyon olduğunu, ilçede PKK ile Barzani grupları arasında nüfuz mücadelesi yaşandığını söylediklerine değinmiştir.

O günlerde kafa bulanıklığı yaşayan yazarlardan biri olan Nazlı Ilıcak da "Yargısız İnfaz İhtimali"<sup>17</sup> başlıklı yazısında sanıkların Meclis İnsan Hakları Komisyonu'na verdikleri: "Biz bomba atacak olsak, resmi plakalı bir araçla ve gündüz vakti oraya gitmezdik. Herkesin

yoğun olduğu bir saatte bunu niye yapalım?" ifadelerine dayanarak:

"Acaba yargısız infaz mı yapılıyor?" diye bir şüphe içimize düştü. Ya gerçekten Veysel Ateş arabadan çıkmamışsa ve Ali Kaya ile Özcan İldeniz olay yerine istihbarat bilgisi toplamak üzere gitmişse? Ya kitabevi sahibi Seferi Yılmaz'ın hakikaten Karayılan ile ilişkisi varsa? Ya 1 Kasım patlamasının PKK tarafından gerçekleştirildiği tespit edilirse? Ve işin en korkuncu, biz böyle yargısız infaz yaparken PKK'nın ekmeğine yağ sürüyorsak?"

diye sorduğu yazısında bu kafa karışıklığı nedeni ile Seferi Yılmaz'ın Karayılan ile ilişkisinin olmasının bombalama olayını meşru kılmayacağı gerçeğini unutmuştur.

O tarihe kadar bir türlü tutuklanamayan asker sanıkların tutuklanmasının ardından 30.11.2005 tarihli *Sabah* gazetesi "Ağır İhtam", *Radikal* "Astsubaylara Hain Suçlaması" *Yeni Şafak* "İyi Çocuk" "Çok Marifetli" başlıkları ile okurlarının karşısına çıkmışlar ve sanıkların "devletin birliğini bozmak" suçundan tutuklandıkları haberine yer vermişlerdir.

Astsubayların tutuklanmasının ardından *Yeni Şafak* gazetesinde yer alan haberde iki astsubayın avukatı Gülşen'in bölgede savaş olduğunu öne sürerek, müvekkillerinin 'savaş kurallarına' göre yargılanmasını istediği<sup>18</sup> haberi yer almıştır. Yine *Radikal* gazetesine açıklama yapan Gülşen,

"Müvekkillerim lehine beyanda bulunacak tanık bulamıyoruz. Bölgedeki vatandaş, tepki ve baskılardan korkarak lehimize tanıklık etmiyor. Ancak aleyhimize tanıklık eden birçok insan çıkabiliyor. Devlet aleyhinde tanıklık yapılmaması için vatandaşlara baskı var mı."<sup>19</sup>

diye konuşmuştur.

Gelişmeler karşısında Şemdinli'den ümidini kesen Ali Bayramoğlu "Ankara'daki Kara Çukur"<sup>20</sup> başlıklı yazısında:

"Şemdinli'de olup bitenlerin üzeri çabuk kapanacak gibi. Ne zaman bu tür skandalların artçı sarsıntıları Ankara'da güvenlik bürokrasisini kuşatırsa, MİT, Emniyet ile Jandarma ara-

<sup>14</sup> *Milliyet* gazetesi, 23.11.2005.

<sup>15</sup> *Yeni Şafak* gazetesi, 24.11.2005.

<sup>16</sup> *Milliyet* gazetesi, 26.11.2005.

<sup>17</sup> *Bugün* gazetesi, 26.11.2005.

<sup>18</sup> *Yeni Şafak* gazetesi, 01.12.2005.

<sup>19</sup> *Radikal* gazetesi, 01.12.2005.

<sup>20</sup> *Yeni Şafak* gazetesi, 16.12.2005.

sındaki ilişkiler gerilirse, bilin ki dosyalar kapanmakta ve bunun etrafında yaşanan saray kavgası azmaktadır.”

ifadeleri ile bu ümitsizliğini dile getirmiştir.

Şemdinli'ye başka gözle bakmayı istikrarlı biçimde sürdüren *Milliyet*, “Şemdinli’de Jandarma Raporu: Provokasyon”<sup>21</sup> başlıklı haberinde; TBMM Şemdinli Araştırma Komisyonu’na sunulan jandarma istihbarat raporunda, 1 Kasım’daki büyük patlama ile 9 Kasım’daki kitabevi saldırısının PKK tarafından gerçekleştirildiği ve provokasyon amacıyla Türk Silahlı Kuvvetleri’nin üzerine yıkılmak istendiğinin belirtildiği bilgisine yer vermiştir.

*Radikal* gazetesinin “Hırsız evin içindeyse kilit bir işe yaramaz.”<sup>22</sup> başlıklı haberinde Emniyet Genel Müdürlüğü İstihbarat Daire Başkanı Sabri Uzun’un Şemdinli Komisyonu’na verdiği ifadeye yer verilmiştir. İlgili haberde, Uzun’un Hakkâri, Yüksekova ve Şemdinli’deki patlamalar için “Hırsız evin içinde” dediğine ve 2004’te Jandarma Genel Komutanlığı’na atanan orgeneral Fevzi Türkeri’nin göreve başlamasıyla “bu tür disiplinsizliklerin Ankara’da yaşanmadığını” belirttiğine değinilmiştir. Haber detayında Sabri Uzun’un “Seferi Yılmaz izleniyor muydu?” sorusuna ise:

“Bizim hedefimiz değil. Hakkâri istihbaratının da değil. Örgütle ilişkisini bulamadık. Bize göre yok. Jandarmada varsa bize bildirmek zorunda. Hakkâri Valisi’nin, Emniyet Müdürü’nün, İstihbarat Şube’nin bilgisi olmayacak, böyle bir operasyon yapılacak. O zaman bir keşmekeş çıkar. İnsanlar Hakkâri’den Şemdinli’ye operasyona gidiyor, ama bundan vali, Emniyet müdürü ve istihbarat şubesinin haberi yok. Veya bilgi verilmiyor. Böyle bir şeyi kabul edemem. Eğer bir koli gelecekse takibini yapacağım. Jandarma, Seferi Yılmaz’ı böyle yakalasa, kanunsuz dinleme olur beraat ederdi. İstihbaratın yakalama yetkisi yok. Ankara ve İzmir valileri jandarmaya önce yetki verip sonra kanunsuz diye iptal etti. Söke’de bir mahkeme de istenilen takip ve yakalama yetkisini vermedi.”

yanıtını verdiği bildirilmiştir.

Aynı gazetede yer alan haberde Sabri Uzun’un “Bunlar önceden haber alınıp önle-

nemez miydi?” sorusuna verdiği yanıt ise daha da ilginçtir:

“Hırsız evin içinde olursa kilit işe yaramaz. Dünya Barış Günü ve Kadınlar Günü’nde örgütün hiç bombası yok. Burada Barış Günü’nde bomba patlıyor. İmralı’ya gidecek otobüse bomba ve sahibine tehdit var. Cemaatlerden biri dersane yeri kiralamış. Oraya saldırı olmuş. Örgüt-cemaat savaşı gibi bir anlam taşıyor. Şimdiye kadar buna tesadüf etmedim. Roj TV’de olaydan 5-10 dakika sonra haber yapılmış, planlıymış... Soran makama böyle olmadığını, haberin saat 20.00’de verildiğini söyledik.”

Sabri Uzun’un bu açıklamaları basında manşet haber olurken *Yeni Şafak* gazetesinin haberine<sup>23</sup> göre bu açıklamalardan rahatsız olan çevrelerce Uzun’a “artık konuşma” telkini yapılmıştır.

*Zaman* gazetesinde yer alan habere<sup>24</sup> göre aynı günlerde Şemdinli Komisyonu’na ifade veren Hakkari Jandarma Komutanı Albay Erhan Kubat ise adeta Uzun’a cevap verircesine, Ankara’nın göbeği Çankaya’da bile istihbarat yapma yetkilerinin olduğunu belirtmiştir.

## İddianame ve Savcının İhracına İlişkin Haberler

İlk bölümde aktarıldığı şekliyle olayların ardından bir iki istisna haricinde genel olarak Şemdinli’nin aydınlatılması yönünde bir tutum takınan basın, iddianamenin açıklanmasının ardından ikiye bölünmüştür. Bazı basın yayın organları iddianameyi olumlu bularak ardından gelen savcının ihracını eleştirirken, bazıları ise iddianameyi “siyasi” bir metin olarak değerlendirmiş ve savcının ihracını açıktan olmasa da içten içe olumlama yolunu seçmiştir.

İddianameyi manşetlerine taşıyan *Milliyet* ve *Sabah* gazeteleri iddianamedeki Yaşar Büyükanıt’a yönelik iddialara yönelik “Org. Büyükanıt’a Şok Suçlama” (*Milliyet*), “Şok Suçlama” (*Sabah*)<sup>25</sup> manşetleri ile okurlarının

<sup>21</sup> *Milliyet* gazetesi, 27.12.2005.

<sup>22</sup> *Radikal* gazetesi, 20.02.2006.

<sup>23</sup> *Yeni Şafak* gazetesi, 22.02.2006.

<sup>24</sup> *Zaman* gazetesi, 23.02.2006.

<sup>25</sup> *Milliyet* ve *Sabah* gazeteleri, 5 Mart 2006.

karşısına çıkmıştır. Bu tarihten sonra Şemdinli davasında tartışma başka bir alana kaymıştır. İddianamenin aslı değil, iddianamede dolaylı olarak ismi zikredilen ve askerî savcılığa havale edilen bir konu Şemdinli davasındaki bütün iddiaları gölgede bırakmıştır. Öyle ki 6 Mart 2006 günü konuyu manşetine taşıyan *Hürriyet* "İhbar İddianamesi" manşetinin altında "Van Cumhuriyet Savcısı Ferhat Sarıkaya'nın, asıl bombalarını iddianame içine soktuğu ortaya çıktı" yazmıştır. Gazete, aynı haberde iddianame konusunda Vural Savaş'ın "Savcıya disiplin cezası gerekirdi" sözlerine ve Deniz Baykal'ın "Orduya darbe girişimi var" açıklamasına yer vermiştir.

İddianame ile ilgili yayınlarına devam eden *Hürriyet*'in Ankara temsilcisi olan Nur Batur imzasıyla çıkan haber yorumunda;

"Adressiz isimsiz ihbar mektupları, Hukuki boyutundan bir şey çıkmaz, Amaç, paşanın önünü kesip yıpratmak, Hedef TSK"<sup>26</sup>

denirken, Oktay Ekşi başyazısında

"Büyükanıt'ı hedef alan suçlamaların, bir gerçeği ortaya çıkarmaktan çok, maraza çıkarmak amacıyla yapıldığı akla gelmez mi? Ve tabii, ortada acaba siyasi iktidarın bir tertibi mi var diye düşünmek gerekmez mi?"

diye yazmıştır. Gazetenin Genel Yayın Yönetmeni Ertuğrul Özkök ise aynı gün çıkan yazısında Şemdinli İddianamesi ile ilgili

"Bu tavır, hukuk devleti olduğunu iddia eden bir ülkenin savcısına yakışmıyor. İddianamede yer yer skandala varan bölümler var"

yorumunu yaparken 9 Mart tarihli yazısında ise

"İddianameye bakınca, bu tür ideolojik değerlendirmelerin hukuka ne kadar zarar verdiğini açıkça görüyorum. Türkiye, bir savcının yol açtığı bu tartışmanın bedelini ağır ödeyecektir"

değerlendirmesini yapmıştır.

Boş durmayan *Hürriyet* gazetesi Şemdinli iddianamesiyle ilgili 7-14 mart tarihleri arasında "HSYK savcıya soruşturma açılmasını istiyor", "HSYK'ya olaya el koyun daveti", "Yargıtay ve Danıştay başkanları: Bu iddianameyi tasvip etmek mümkün değil", "Savcılar

<sup>26</sup> *Hürriyet* gazetesi, 07.03.2006.

Yüksek Kurulu Sarıkaya hakkında soruşturma açılmasının yargıya müdahale olmayacağını görüşüne yer verdi." başlıkları atarken gazetenin yazarlarından Oktay Ekşi "Yargının bağımsızlığı için kurallar hemen değiştirilmelidir"<sup>27</sup>, Emin Çölaşan "Ferhat Sarıkaya isimli Van Cumhuriyet Savcısı tarafından hazırlanan 100 sayfalık iddianame elimde. İddianamede bir gazetecinin gazeteden kesilmiş yazılarının bulunması, beyefendinin gözünde "suç kanıtı" idi!"<sup>28</sup>, Bekir Coşkun "Eğer bu krize "Bir komutan, bir savcı, bir iddianame" gözüyle bakarsanız yanılırsınız. Bu bir rejim sorunudur. Çünkü bu sefer işin içinde 'Paşa' olması çok şey anlatıyor."<sup>29</sup> yorumlarını yapmışlardır.

O dönem Anavatan Partisi Genel Başkanı olan Erkan Mumcu partisinin grup toplantısında iddianame ile ilgili olarak: "Şemdinli iddianamesi siyasi ve ideolojik bir manifesto- dur." yorumunu yaparken, CHP Genel Başkanı Deniz Baykal savcıyı yerden yere vurmuş- tur.

"Şemdinli savcısı askeri rahatsız etti." diyen *Akşam* gazetesi ise:

"Şemdinli iddianamesinde Orgeneral Yaşar Büyükanıt'a yönelik 'yargıyı etkileme' iddiası, komutanları rahatsız etti. Sanık astsubayların avukatları, iddianameye ilişkin bilgi vermeleri için, dün Jandarma Genel Komutanlığı'na çağrıldı. Görüşmede, Büyükanıt'ın adının iddianamede geçmesinin yanı sıra, iddianamedeki üslup ve bazı ifadelerin de gündeme geldiği öğrenildi. Komutanların, savcılıkla ilgili hukuki girişim başlatılabileceği belirtiliyor. Genelkurmay Başkanı Özkök'ün soruşturma izni verme ihtimali ise düşük olarak değerlendiriliyor."<sup>30</sup>

haberi ile okurlarının karşısına çıkmıştır.

"Ve Karşı İddianame"<sup>31</sup> diyen *Sabah* gazetesi Genelkurmay'ın Şemdinli iddianamesinde suçlanan Büyükanıt ve bölge komutanları için soruşturma izni vermediğini ve iddianameyi hazırlayan savcı hakkında suç duyurusunda bulunduğunu duyurduğu haberinde konuya

<sup>27</sup> *Hürriyet* gazetesi, 8 Mart 2006.

<sup>28</sup> *Hürriyet* gazetesi, 7 Mart 2006.

<sup>29</sup> *Hürriyet* gazetesi, 8 Mart 2006.

<sup>30</sup> *Akşam* gazetesi, 6 Mart 2006.

<sup>31</sup> *Sabah* gazetesi, 21 Mart 2008.

ilişkin Genelkurmay'ın açıklamasına yer vermiştir. "Yargıya saygılıyız, soruşturma sonucunu bekliyoruz" sözlerinin dikkate alınmadığı belirtilerek başlayan Genelkurmay'ın açıklaması şöyledir:

"Adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs olduğu iddia edilen ve kamuoyu tarafından çok iyi bilinen ifadenin, hüküm kurmak amacıyla kasıtlı olarak sadece bir bölümünün dikkate alındığı görülmüştür. İfadenin tamamı dikkate alındığında hükmün öngördüğü kastın olmadığı açıkça anlaşılmaktadır.

İddianamede yer alan ve Cumhuriyet Savcısı tarafından çete kurma fiili olarak bahsedilen bir diğer suçlama ile ilgili olarak halihazırda askeri yargıda devam etmekte olan bir hazırlık soruşturması olmasına rağmen, aynı konuda ve aynı şahıs tarafından verilen yeni ifadelerle itibar edilerek, hiçbir maddi delil ve bulguya dayanmaksızın bir yüksek rütbeli komutan adının da aynı suçlamalara yeni bir olay gibi dahil edilmesi, hukukun etik kurallarının dışına çıkıldığını göstermiştir.

Dosyada yer alan ihbar mektubunda imzası dahi olmayan ve vermiş olduğu adresin sahte olduğunu mülki makamların resmi yazısı ile teyit ettirmiş olduğumuz bir şahsın hiçbir somut delile dayanmayan hayali iddiaları üzerine TSK'nın bazı mensupları hakkında görevi kötüye kullanma, rüşvet ve kaçakçılık gibi çok ağır suçlamalar yapılarak vahim bir hukuki hata işlenmiştir.

Jandarmanın mülki görevleri kapsamında olduğu yasalarda açık bir şekilde ifade edilmiş olmasına rağmen önleyici kolluk faaliyeti için istihbarat temini amacıyla yapılan bir görevlendirme işlemi, bölgede mülki görevi ve sorumluluğu olmayan ancak valinin kuvvet talebi sonrası kolluk kuvvetlerini harekât komutası/kontrolüne alan personel ile de böyle bir talep olmadığı halde irtibatlandırılmış ve bu personel gerçekte ilgisi olmayan suçlamalara maruz bırakılmıştır.

İddianameyi hazırlayan Savcı; kendisine ulaşan iddia, ihbar ve şikâyetlerden Genelkurmay'ın yetkisine girenleri, soruşturma yapmaksızın ve hiçbir hüküm sergileyici ifade kullanmadan, olduğu gibi, yetkili makam olan Genelkurmay'a göndermesi gerekirken, yasal yetkilerini aşarak kendisine göre suç tanımı yapmış ve bunu olmaması gereken bir şekilde iddianamesine yansıtmıştır.

İddianamede yer alan usul ve maddi hatalar ile noksanlar dikkate alındığında, bir Cumhuriyet savcısının bu derece hukuk bilgisinden

yoksun veya tecrübesiz olamayacağı, bu bariz hataları yapması için, belli bir görüşün temsilcilerinin kamuoyuna da yansımış etki ve telkinleri altında kalmış olabileceği değerlendirilmektedir.

Muhteva olarak bu iddianamenin söz konusu bölümlerinin maksadını aşan, hukuki olmaktan çok siyasi içerikli, bazı mensuplarını hedef alarak TSK'yı yıpratmaya ve terörle mücadeledeki azim ve iradesini zayıflatmaya yönelik olduğu kanaatine varılmıştır.

TSK'ya yapılan bu haksız ve maksatlı suçlamalar karşısında öncelikle anayasal sorumluluğu olanların tavır almaları, bu saldırıyı bütün yönleriyle ortaya çıkarmaları ve arkasındaki çarpık zihniyetin temsilcilerini makam, statü ve konumları ne olursa olsun kamuoyuna açıklamaları ve haklarında işlem yapmaları gerekmektedir. Bu çerçevede, iddianameyi hazırlamış olan Savcı hakkında gerekli girişim tarafımızdan yapılmıştır. TSK kendisine karşı düzenlenen bu girişimlerin tümüyle farkındadır ve yasal yollardan sonuna kadar da takipçisi olacaktır.

TSK milletinden aldığı güçle, vatanın birlik ve bütünlüğü için bütün mensuplarıyla, gerektiğinde canlarını da seve seve vererek kutsal görevini yapmaya devam edecektir. Bu mücadele azminin kırılmayacağını ve ne kadar uğraşılırsa uğraşılınsın bu kutsal kurumun içine nifak sokulamayacağını yüce ulusumuza teyiden ifade etmek isteriz."

Türkiye'de adeta deprem etkisi yapan iddianamenin ardından gelen ihraç haberini "Kötü çocuğa ihraç"<sup>32</sup> başlığı ile duyuran *Yeni Şafak* gazetesi haberin detayında:

"Şemdinli iddianamesinde, Astsubay Ali Kaya hakkında "İyi çocuktur" diyen Orgeneral Yaşar Büyükanıt'ı "yargı sürecini etkilemek'le suçladığı için hakkında soruşturma başlatılan Savcı Sarıkaya, HSYK tarafından meslekten ihraç edildi."

bilgisini verirken devamında 1'e karşılık 6 oyla alınan ihraç kararına sadece Adalet Bakanlığı Müsteşarı Fahri Kasırga'nın "meslekten ihraç" değil "kınama" cezası verilmesini talep ederek karşı çıktığını yazmıştır.

Eski Cumhurbaşkanı Kenan Evren hakkında iddianame hazırladığı için aynı akıbete uğrayan Sacit Kayasu gazeteye yaptığı değerlendirmede:

<sup>32</sup> *Yeni Şafak* gazetesi, 21 Nisan 2006.

"HSYK tarafından verilen cezanın çok ağır olduğunu düşünüyorum. Savcının burada tek hatası vardır o da, Kara Kuvvetleri Komutanı Büyükanıt hakkındaki suçlamaları iddianameye koymamalıydı. Aslında bu bir gözdağıdır. Askere dokunmayın demek isteniyor."<sup>33</sup>

derken Mazlumder Genel Başkanı Cevat Özkaya ise:

"Anayasa'da HSYK kararlarına karşı yargı yolunun kapalı olması göz önüne alındığında bu kararın hukuk devleti konusunda çaba sarf edecek yargı mensupları için bir gözdağı niteliği taşıyacağı kesindir."<sup>34</sup>

değerlendirmesini yapmıştır.

İhraç kararını "Anıta Çarptı"<sup>35</sup> başlığı ile duyuran *Akşam* gazetesi konuya ilişkin hukukçuların değerlendirmesine yer vermiştir. Gazeteye değerlendirme yapan Prof. Dr. Zaffer Üskül:

"Bu kararı son derece düşündürücü ve ölçüsüz buluyorum. Bir savcının hazırladığı iddianame nedeniyle meslekten atılması, bundan sonra iddianame hazırlayacak olan savcılar daha çekingen davranmasına neden olacaktır. Sarıkaya hakkında başlatılan soruşturma ve verilen ölçsüz ceza, hukuk dışındaki etkilerin varlığını sürdürdüğünün göstergesidir. Üzülerek söylüyorum, Türkiye'de sistemin öngörmediği müdahaleler bugün de etkili. İddianameye tepkilerin ardından, HSYK üyelerinin Adalet Bakanı'na başvurarak Savcı hakkında soruşturma istemesi, cezanın ön işaretiydi."

derken Prof. Dr. Hikmet Sami Türk:

"Meslekten ihraç cezası, son derece istisnai bir cezadır. Savcı adına çok üzıldüm. Bu cezayı çok ağır buluyorum. Yer değiştirme veya kınama cezası verilebilirdi. Ceza henüz kesinleşmediği için halen bu imkân var. Bu karar, iddianame hazırlayacak diğer savcıların çok daha dikkatli davranmalarına yol açacaktır. Savcının ceza alması iddianameyi etkilemez. Mahkeme, iddianameyi şekil yönünden kabul etmiştir. İddianamenin sanıklarla ilgili bölümü mahkemece incelenir ve değerlendirilir."

yorumunu yapmıştır. Eski Yargıtay Başsavcısı Vural Savaş ise:

"Bu karardan sonra iddianame tartışmalı duruma gelmiştir. Savcının meslekten ihracına neden olacak nitelikteki bir iddianameyi kabul eden mahkeme heyetinin vakit kaybetmeden davadan çekilmesi gerekir. Bu heyet hakkında da soruşturma başlatılmalıdır."

şeklinde bir değerlendirmede bulunmuştur.

"Sus-Pus Oldular"<sup>36</sup> diyen *Milli Gazete* ise Şemdinli olaylarının ardından "Kesinlikle ikinci bir Susurluk yaşanmayacağını" avaz avaz ilan eden AKP iktidarının savcının meslekten ihraç edilmesiyle birlikte sessizliğe gömüldüğü yorumunu yaparak hükümeti eleştirmiştir.

Ankara Barosu adına bir açıklama yapan Baro Başkanı Ahsen Coşar ise yazılı açıklamalarında:

"Savcı Ferhat Sarıkaya tarafından, gerek Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi Rektörü ile diğer yöneticileri hakkında, gerekse Şemdinli'deki olaylar sonrasında düzenlenen iddianamelelerin, yargı bağımsızlığı ile tarafsızlığını çok açık biçimde çiğneyen, içeriği ve dayandığı kanıtlar itibarı ile suç ve suçluların belirlenmesine ve cezalandırılmasına değil de, siyasi bir amaca hizmet eden, bu bağlamda yargı/hukuku siyasallaştıran iddianameler olduğu çok açıktır. Türkiye'de düşünen, yazan ve konuşan önde gelen insanların aleyhlerinde düzenlenmiş olan, yargı bağımsızlığıyla tarafsızlığına aykırı, insanların lekelenmeme hakkına açıkça saldırı niteliği taşıyan ilk iddianamenin Sarıkaya iddianamesi değildir. Bu nitelikteki iddianameleri düzenleyen ve insanların mahkemeler önünde yıllarca acı çekmesine neden olan Savcılar hakkında, bugüne kadar hiçbir işlem yapmamış olan Yüksek Hâkimler ve Savcılar Kurulunun, asker talebi üzerine Savcı Ferhat Sarıkaya'yı meslekten ihraç etmiş olması, yargı bağımsızlığıyla hukukun üstünlüğü adına son derece endişe verici bir talihsizlik olmasının yanı sıra, Şemdinli'deki olayların üstünün kapatılmak istendiğinin de çok somut bir göstergesidir."<sup>37</sup>

diyerek HSYK'yı eleştirmiştir. Sarıkaya'nın asker telkiniyle ihraç edildiği şeklindeki iddiaları "gülünç" olarak nitelendiren Yargıtay Başsavcısı Nuri Ok ise:

<sup>33</sup> *Yeni Şafak* gazetesi, 21 Nisan 2006.

<sup>34</sup> *Yeni Şafak* gazetesi, 21 Nisan 2006.

<sup>35</sup> *Akşam* gazetesi, 21 Nisan 2006.

<sup>36</sup> *Milli Gazete* gazetesi, 23 Nisan 2006.

<sup>37</sup> *Milliyet* gazetesi, 25 Nisan 2008.



“Tarafsızlığını yitirenin aramızda yeri yok”<sup>38</sup> diyerek ihraç kararını savunmuştur.

İddianamenin ardından bazılarının “hukuk” adına iddianameye sahip çıktığı, bazılarının ise “asker” adına taraf değiştirdiği dönemin ardından yargılama süreci boyunca Şemdinli ile ilgili basında çok az haber yer almıştır. Bu durumdan yakınan Umur Talu “Haberin Var mı?”<sup>39</sup> başlıklı Şemdinli Davası’nın üçüncü duruşmasının yapıldığını belirttiği yazısında:

“Ama önceki gün bu dava varken, dün, Türkiye’nin en büyük medyasında duruşmayla ilgili hemen hemen tek satır dahi yoktu; yahut hakikaten tek satır vardı. Bir de sağda solda istisnalar. Şekerim, bu davanın davası değil miydi, günlerce bu ülkenin tüm kurumlarını birbirine sokan? Gülüm, bu dava üstüne bin bir yorum, haber, spekülasyon, baskı, tehdit, komplo kuşkusu, cepheleşme yaşanmadı mı? Tatlım, sonuna kadar dendi, sonra vazgeçildi, kafa karıştı, memleket kaynadı, değil mi? Yok. Sanki ne Şemdinli vardı ülkede, ne vaka, ne dava!”

diyerek basının bu ilgisizliğinden yakınmıştır.

## Karar Sonrası Çıkan Haberler

Yargılama süreci boyunca Şemdinli ile ilgili derin bir sessizliğin yaşandığı basında mahkemenin kararını vermesinden sonra ertesi gün tüm gazeteler Şemdinli kararına geniş yer ayırmışlardır.

“Şemdinli’de karar: İki askere 39’ar yıl”<sup>40</sup> manşeti ile çıkan *Radikal* gazetesi haberinin devamında davanın Susurluk gibi gündemi sarstığını duyurmuştur. *Zaman* gazetesi haberi “Şemdinli’de karar: astsubaylara 39 yıl hapis”<sup>41</sup> başlığı ile duyururken, *Yeni Şafak* gazetesi, “Şemdinli’ye Ağır Ceza”<sup>42</sup> manşetini atmıştır. Bazı gazeteler ise kararı ağır bularak kararın içeriğinden öte verilmiş hızına dikkat çekerek tartışmayı başka bir boyuta sürüklemek gayretini içerisine girmişlerdir. Haberi

<sup>38</sup> NTV, 23 Nisan 2006.

<sup>39</sup> *Sabah* gazetesi, 15 Haziran 2006.

<sup>40</sup> *Radikal* gazetesi, 20.06.2006.

<sup>41</sup> *Zaman* gazetesi, 20.06.2006.

<sup>42</sup> *Yeni Şafak* gazetesi, 20.06.2006.

“Şemdinli kararı tartışmalı”<sup>43</sup> başlığıyla veren *Cumhuriyet* gazetesi ardından kararı Yargıtay’ın bozabileceğini iddia etmiştir. Gazetenin yazarı Oral Çalışlar ise kararı olumlu bularak, mahkemenin, sanıkların çete olduğuna hükmettiğine işaret etmiştir. *Hürriyet* gazetesi, mahkeme kararına eleştirel yaklaşırken, Genel Yayın Yönetmeni Ertuğrul Özkök:

“Umarım bu kadar kısa sürede verilen kararlar adalet gerçekten tecelli etmiştir. Yoksa 20 yıldır o bölgede kahramanca savaşan askerlerimize telafisi hiç mümkün olmayan bir iftira atılmış olacaktır.”

dediği yazısında kararın hızlı verilmiş olmasını eleştirmiştir.

A. Turan Alkan medyanın ikiye bölünmüş bu halini kaleme aldığı “Ne Bu Sür’at Bu Cella?”<sup>44</sup> başlıklı yazısında:

“İlk gün itibarıyla kamuoyuna akseden yorumlar iki merkezde toplanıyor: ilki, ‘yaşasın adalet, demek ki çeteler de yargılanıp ceza alabiliyor; demek ki askerler de çete suçundan adalete hesap verebiliyor’ yollu bir belirgin sevinç nidâsı. İkincisi ise mahkemenin kararını eleştiren nitelikte, ‘PKK’lı teröristlere bile bu kadar ağır ceza verilmiyor; vatan savunması için canını dişine takan bu askerler, karmaşık bir oyunun kurbanı seçildiler’ makamında yoğunlaşmakta.”

diyerek medyanın tutumunu eleştirmiştir. Kararın ardından Bianet’e bir açıklama yapan müdahil avukatlarından Diyarbakır Barosu Başkanı Sezgin Tanrıkulu da “Şemdinli çetesi üç kişiden oluşmuyor.”<sup>45</sup> diyerek kararı temyiz edeceklerini açıklamıştır.

*Zaman* gazetesinin haberine göre<sup>46</sup>, CNN Türk’e konuşan AB-Türkiye karma parlamento Komisyonu’nun Eşbaşkanı Joost Lagendijk,

“Umarım bu üç kişinin arkasındaki kişi ya da kurumların da sorgulanması, hatta yargılanması mümkün olur.”

dedikten sonra:

<sup>43</sup> *Cumhuriyet* gazetesi, 20.06.2006.

<sup>44</sup> *Zaman* gazetesi, 21.06.2006.

<sup>45</sup> *Bianet*, 20.06.2006.

<sup>46</sup> *Zaman* gazetesi, 21.06.2006.

"Bu karar, Türkiye'de hukuk devletinin sadece sivilere değil, güvenlik güçlerine karşı da sağlıklı işlediğinin açık bir kanıtıdır."

diye konuşmuştur. Gazetenin aynı tarihli bir başka haberinde ise, davanın müdahillerinden seferi Yılmaz'ın PKK üyesi olmaktan tutuklandığı haberi yer almıştır.

Oral Çalışlar *Cumhuriyet* gazetesindeki köşesinde "Şemdinli'nin anlamı..."<sup>47</sup> başlıklı Şemdinli'nin devletin içindeki çeteleşmeyi tasfiye etmek açısından bir dönüm noktası olduğunu belirttiği yazısında:

"Şemdinli olaylarının ardından meclis araştırma komisyonu kuruldu. Tartışmalar aylarca sürdü. Savcı Ferhat Sarıkaya'nın kara kuvvetleri komutanı orgeneral Yaşar Büyükanıt'ın adını iddianamede geçirmesi, hükümetle ordu arasında ciddi bir gerginlik yarattı. Sonunda Ferhat Sarıkaya, iddianamesi yüzünden görevden alınan savcı olarak tarihe geçti. Şemdinli'deki olaylar nedeniyle Meclis Araştırma Komisyonu'na ifade veren ve 'hırsız evin içinde' diyen emniyet genel müdürlüğü istihbarat daire başkanı Sabri Uzun da İçişleri Bakanlığı tarafından görevinden alındı. Daha sonraki siyasi gelişmeler içinde hep 'Şemdinli vakası' bir milat olarak kabul edildi. 'Şemdinli'den önce' ve 'Şemdinli'den sonra' olmak üzere iki dönemden söz edilir hale geldi. Hükümet, Şemdinli sonrası tutumu nedeniyle kendisini destekleyen çevrelerde bile güvensizliğe neden oldu. Şemdinli olayının yargı süreci bir yere geldi. Yargı önemli saptamalarda bulundu. Sanıkların "'çete' olduğuna hükmetti. Şimdi idarenin bu kararı iyi değerlendirmesi ve ülkemizin demokratikleşmesi için dersler çıkarması ve üzerine düşeni yapması gerekiyor."

demiştir.

"Yargı: Sarıkaya Büyükanıt'a galebe çaldı..."<sup>48</sup> diyen Ali Bayramoğlu *Yeni Şafak* gazetesindeki köşesinde:

"...bu dava savcı Ferhat Sarıkaya'nın hazırladığı iddianamesi üzerinden görüldü. Yüksek hakim ve savcılar kurulu, asker, hükümetin, Cumhurbaşkanı'nın, bakan'ın etkisiyle Sarıkaya'yı hazırladığı iddianamede tarafsız davranmadığı gerekçesiyle görevden ihraç ederken, bağımsız yargı aynı iddianameyi tarafsız

ve hukuki buldu, kabul etti ve hükmünü buna göre verdi..."

dediği yazısında savcının ihracının yanlışığın vurgu yapmıştır.

Gazetenin bir başka yazarı Fehmi Kuru ise "Sınıfta Kaldık"<sup>49</sup> başlıklı yazısında Şemdinli davası boyunca medyanın tutumunu eleştirmiştir. Yazısında:

"...o süreçte, HSYK gibi bazı devlet organları yanlış kararlar verse, bazı devlet birimleri gereksiz alınganlık gösterip bunu dışa vursa ve meclis'in araştırmayla görevli komisyonu yan çizse bile, olup bitenlerden fazla etkilenmeyen bir kuvvet hep var oldu: yargı... Van 3. Ağır ceza mahkemesinin kararı, ne kadar ve hangi yönüyle tartışılırsa tartışılın, hep özlemi çekilen yansız ve bağımsız yargı beklentisine de cevap teşkil ediyor. Bu süreçte sınıfta çakan bir 'sözde kuvvet' de var: medya... Zaman zaman '1. Kuvvet' olduğu iddialarına sahip medya, gerçek anlamda devletten bağımsız bir '4. Kuvvet' gibi davranmadı bu süreç içerisinde. Elbette istisnalar da var, ancak belli başlı yayın organları, ileri gelen yazarları ve yorumcularıyla medya, Şemdinli sürecine alışılmadık bir aldırılmazlıkla yaklaştı. Bazı yayın organları, bir asker kişinin 'kendisini tanımam, iyi çocuktur' referansını, olaya uzak durmak için yeterli saydı."

diyerek bu dava boyunca medyanın tutumunu özetlemiştir.

*Milliyet* gazetesine açıklama yapan Yargıtay eski başsavcısı Sabih Kanadoğlu:

"Veysel Ateş'in savunmasını yapması için davası ertelenirken, diğer sanıklar hüküm giyiyor. Yani bunun anlamı yok. Rahatlıkla söylebilir ki, bir an önce karara bağlanması için bir gayret sarf edildiği açık."

diyerek mahkemenin kararını eleştirmiştir.

Kararın çıktığı tarihlerde gündemde olan yurtseverlik tartışmalarından esinlenen Ergun Babahan "Nedir yurtseverlik?"<sup>50</sup> diye sorduğu *Sabah* gazetesindeki köşesinde:

"Memleket için kurşun atmak mı, yurtçinde ve dışında yasadışı eylemler yapıp kan dökmek mi, kitapçıya bomba atmak mı, bomba atanları suçlayan savcıyı meslekten atmak mı? Şemdinli'de memleket aşkına sağa sola

<sup>47</sup> *Cumhuriyet* gazetesi, 21.06.2006.

<sup>48</sup> *Yeni Şafak* gazetesi, 21.06.2006.

<sup>49</sup> *Yeni Şafak* gazetesi, 21.06.2006.

<sup>50</sup> *Sabah* gazetesi, 21.06.2006.

bomba atan iyi çocuklar mı yurtsever, yoksa onları mahkûm eden hâkimler mi? Meslekten atılacak kadar kötü iddianame hazırlayan bir savcının suçlamalarına dayanarak iki kişiyi 40 yıla yakın hapse niye mahkûm ettik? İnsanın zihnini yoran, akla ziyan sorular bunlar biliyorum.”

diye yaşanan karmaşayı dile getirdikten sonra:

“Bombacılar sahip çıkan, sayfalarında kaynağı belirsiz telsiz konuşmalarını sayfa sayfa deşifre edip olayı terör örgütüne yıkmak isteyen gazetelerin yöneticileri, savcuyu infaz eden köşe yazarları, iddianameyi ‘darbe girişimi’ olarak niteleyen siyasetçiler ne diyecek bu karara karşı?”

sorusunu sorarak karardan duyduğu memnuniyeti dile getirmiştir.

Tüm gazeteler karara odaklanmışken o güne kadar atlanan bir konuyu, Alay Komutanı Erhan Kubat’ı gündemine alan *Radikal* gazetesinin “Şemdinli’nin tek dokunulmazı alay komutanı”<sup>51</sup> başlıklı haberi aynen şöyle:

“Şemdinli’deki bombalı saldırıyla ilgili iki astsubay 39 yıl 10 ay 27’şer gün ağır hapis cezası aldı, ihmali görülen yöneticilerin yeri değiştirildi, ancak Hakkâri Jandarma Komutanı Albay Erhan Kubat’la ilgili bir işlem yapılmadı.

Kubat’ın adı ilk kez astsubaylar Ali Kaya ve Özcan İlideniz ile itirafçı Veysel Ateş’in üzerinden ve araçlarından çıkan ‘görevlendirme yazısında’ görülmüştü. Daha sonra görevinden ihraç edilen Van Savcısı Ferhat Sarıkaya, Kubat’ı görevi kötüye kullanmakla suçlamış ve dosyasını askeri savcılığa göndermişti. Savcılık ise soruşturmaya gerek olmadığına karar vermişti. Van 3. Ağır Ceza Mahkemesi’nde dava sürerken, Kubat’ın 9 Kasım’daki bombalama olayından 13 gün sonra, Kaya ve İlideniz’e ‘takdirname’ verdiği ortaya çıkmıştı.”

Doğan grubu medyasının karara bakışını köşesinden eleştiren Kürşat Bumin “‘Jet karar’a jet yorum!’”<sup>52</sup> başlıklı yazısında:

“Şemdinli davası’nda çıkan kararın bazı büyük gazetelerce (unutmayalım lütfen: ‘büyük gazete’ derken terazide ‘ağır çeken’ gazeteleri kastediyorum her zaman) ‘görülüş’ tarzı dikkatimi çekmişti. *Akşam* gelişmeyi şöyle aktarıyordu: ‘Şemdinli’de jet karar: 39 yıl’.

*Milliyet* şöyle: ‘Şemdinli davasında jet karar: 39’ar yıl’. Ve *Hürriyet*: ‘Şemdinli’de jet karar 2 astsubaya 39’ar yıl.’

Ne dersiniz, bu benzerlik ilginç değil mi? Üç büyük gazete —her işi bırakmış— bütün dikkatlerini kararın ‘jet’liği üzerine teksif etmişti...

Bu arada kimsenin hakkını yememek için şu bilgiyi de aktarmalıyım: *Hürriyet* gazetesi ‘jet karar’ı ‘yetim’ muamelesi yapıp baş sayfasının kervan geçmez bir köşesine atarken, *Milliyet* ve *Akşam* ‘karar’a hak ettiği yerleri ayırmıştı.) Kararın başına iliştilmiş ‘jet’ sözcüğünü görür görmez şöyle düşünmüştüm: Pek çok açıdan bu fevkalade önemli kararın ‘jet’liğine takmak hiç mi hiç iyiye âlâmet değil!”

diyerek bir anlamda medyanın tutumunu özetlemiştir.

“Kararın jetliği”ne takıp her ne hikmetse başkaca bir bakış açısı geliştiremeyen Ertuğrul Özkök’ün Kürşat Bumin tarafından aynı yazının devamında aktarılan köşe yazısı ise şöyle:

“PKK’ya yakınlığı ile tanınan bir gazete, hâkimlerden birinin izne çıkacağını önceden yazmıştı. Nitekim öyle olmuş ve onun yerine gelen daha da ağır bir ceza istemişti.’ / ‘Acaba Yüksek Askeri Şûra’dan önce ‘Verilmek istenen bir mesaj mı vardı?’ Eğer öyleyse, bu karara başka ‘arzular’ karışmış demektir.’ / ‘Gelelim başka bir karşılaştırmaya. Türkiye’de bu kadar hızla yargılanan başka biri var mı? Var... Abdullah Öcalan. PKK elebaşısının, yargılanması 29 gün sürmüş. Astsubayların ise 1,5 ay.’ / ‘Türkiye bu kararla bazı iç ve dış ‘demokratların’ gözünde olumlu puan almış olabilir. Bir vatandaş olarak benim gözümde durum böyle değil.’ / ‘Umarım bu kadar kısa sürede verilen kararlar ‘adalet gerçekten tecelli etmiştir’... Yoksa, 20 yıldır o bölgede kahramanca savaşan askerlerimize, telafisi hiç mümkün olmayan bir iftira atılmış olacaktır.”

*Hürriyet*’in bu tutumuna kendi içinden bir yazar, Cüneyt Ülsever:

“Kararı beğenmeyenler mahkemenin ‘hızlı karar’ verdiği kanaatindedir. Yargının verdiği kararların çok geç verildiği, bunun için de değerini yitirdiği iddialarının genel kabul gördüğü bir ülkede bu kez ‘hızlı karar’ eleştiriliyor.”<sup>53</sup>

<sup>51</sup> *Radikal* gazetesi, 22.06.2006.

<sup>52</sup> *Yeni Şafak* gazetesi, 22.06.2006.

<sup>53</sup> *Hürriyet* gazetesi, 22.06.2006.

diyerek bir anlamda isyan etmiştir.

Tüm basın olumlu yada olumsuz kararı konuşurken *Cumhuriyet* gazetesinin manşetinden Genelkurmay Adli Müşavirliği'nin, Şemdinli davasıyla ilgili kararı "Yüksek Askerî Şûra öncesi askeri yıpratmaya yönelik bir karar olarak değerlendirildiği"<sup>54</sup> haberine yer verilmiştir. Haberin devamı ise şöyle:

"Adli Müşavirlik, kararın Yüksek Askerî Şûra toplantısı öncesi askeri yıpratmaya yönelik olduğunu belirtti. Müşavirliğe göre, davanın iddianamesini hazırlayan, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından meslekten ihraç edilen Savcı Ferhat Sarıkaya'nın rövanşını almak da hedefleniyor."

Ancak haberin ardından Genelkurmay yaptığı açıklamada:

"Halen yargı süreci devam eden bir konuda yapıldığı ileri sürülen değerlendirme ile ilgili haber gerçeği yansıtmamaktadır."

diyerek *Cumhuriyet*'i yalanlamıştır.

Cumhuriyet karardan duyduğu memnuniyetsizliği uydurma manşetlerle dile getirirken köşe yazarlarından Hikmet Bila "Bazı Hukukçular Farklı Düşünüyor"<sup>55</sup> başlıklı yazısında farklı düşünen kendi deyimi ile "deneyimli hukukçu" Sabih Kanadoğlu'nun fikirlerine başvurduğu yazısında:

"Van 3'üncü Ağır Ceza Mahkemesi'nin Şemdinli davasında iki astsubayı 'jet karar'la 39 yıl 5'er ay hapse mahkûm etmesi, tartışmayı da beraberinde getirdi. Etnik siyasetçiler zevkten dört köşe, bir kısım Avrupalıların ağız kulaklarında.

Ve bir soru: Yargıtay bu kararı bozarsa, Van mahkemesinin kararını alkışlayanlar (yerli ya da yabancı), Yargıtay kararını da alkışlayacaklar mı?"

sorusuyla kararın bozulacağını o günlerden görme basiretini göstermiştir.

## Yargıtay Kararı Sonrası Haberler

Yargıtay'ın bozma kararını flaş gelişme olarak duyuran NTV kararın "eksik soruşturma"<sup>56</sup>

gerekçesi ile bozulduğunu ön plana çıkarmıştır. NTV'ye açıklama yapan ve açıklamasında yargılama sürecinin kendileri açısından sonuçlanmadığını, umutlu olduklarını, yargılamanın ilk anından itibaren bağımsız yargıya sürekli müdahale edildiğini savunan Şemdinli davasının müdahil avukatlarından Cüneyt Caniş:

"Bizler sonucun az çok nereye gideceğini tahmin edebiliyorduk. Gerekçeli karar elimize ulaştığında daha ayrıntılı beyanda bulunacağız"

açıklamasını yapmıştır.

Sanık avukatı Vedat Gülşen ise; Yargıtay 9. Ceza Dairesinin bozma kararının adaletini yerini bulması yönünden çok önemli olduğunu belirterek:

"Terörle mücadelede çalışan diğer arkadaşlar için moral olacaktır."

dedikten sonra konuşmasının devamında:

"Bunda zannediyorum ki adli yargı ile askeri mahkemeler arasındaki uyumsuzluk mahkemesinin kararı uygulanmaya başlanacak ve askeri mahkemeler bu konuda yetkili olacaktır. Bu yönüyle de bu karar ile bir ilk yaşanmış oluyor."

diyerek Yargıtay 9. Daire'nin kararında belirtilen "yerleşik Uyuşmazlık Mahkemesi kararları" gerekçesinin aksine bunun bir ilk olduğuna vurgu yapmıştır.

"Yargıtay Şemdinli Kararını Hayali Buldu"<sup>57</sup> diyen *Milliyet* gazetesini haberin devamında kararda geçen "hayal gücünden öte varsayımlara dayalı, hukuki değerden yoksun" ibarelerine vurgu yapmıştır. *Zaman* gazetesini ise Yargıtay kararı ile ilgili haberinde sanık avukatı Vedat Gülşen'in "moral olacak" cümlelerini ön plana çıkarmıştır.

Ahmet Altan "Güle Güle Şemdinli"<sup>58</sup> başlıklı "Üniforma var ise 'terör' yoktur." dediği yazısında:

"Ben, gördüğümüz o görüntülerin bizlere unutturulacağını çok öncelerden söylemiştim. Marmara depreminde ölen binlerce insanın suçlusu bulundu mu ki Şemdinli yol alabilsin. Gördüklerimizin unutulduğundan habercilerin

<sup>54</sup> *Cumhuriyet* gazetesini, 22.06.2006.

<sup>55</sup> *Cumhuriyet* gazetesini, 23.06.2006.

<sup>56</sup> *NTV*, 17.05.2007.

<sup>57</sup> *Milliyet* gazetesini, 17.05.2007.

<sup>58</sup> *Star* gazetesini, 17.05.2007.

de kuşkusu var ki haber sitelerinde olayın ne olduğunu yeniden hatırlatmışlar.”

diyerek karara tepkisini dile getirmiştir. tarihlerde haber siteleri olayı belki unutmamıştı ancak gazeteler Şemdinli'yi çoktan unutmışlardı bile.

Bu durumdan rahatsız olan Ahmet Altan “Şemdinli'yi unutmak ve unutturmak...”<sup>59</sup> başlıklı yazısında:

“Önceki gün... Van 3. Ağır Ceza Mahkemesi, dosyasını Askeri Mahkeme'ye gönderdi. Daha vahimi... Haberi *Star* ve *Yeni Şafak* dışında hiçbir gazetenin birinci sayfasında görmedim... Zaten gazetelerin çoğunluğunda da bu haber yoktu. Şemdinli usuldan usuldan gitmekte.”

diyerek basının tavrını özetlemiştir.

Sanıkların askeri mahkeme tarafından tahliyesinin ardından Mümtazer Türköne yazısında:

“Mevzubahis olan ‘bizim çocuklar’ ise gerisi teferruat. Başta vatan, sonra devlet, sonra millet; hepsi birer teferruat. ‘Bizim çocuklar’ olmadan vatan korunamayacağına göre, önce göz bebeğimiz olan ‘bizim çocuklar’ korunacak. Çaresiz ‘bizim çocukları’ korumanın, vatanı korumaktan, devleti yaşatmaktan, milleti bir arada tutmaktan daha önemli olduğunu anlatacağız. Bizim adımıza, bizim hakkımızı hukukumuzu korumak adına iddiada bulunan bir savcının onurunu, ‘bizim çocuklar’ için feda edeceğiz. ‘Bizim çocuklar’ı koruma görevinin hukukun üstünde olduğunu fark edemediği için onlara ceza veren ve bu büyük hataları yüzünden tenzil-i rütbe ile sağa sola sürülen yargıçları da bir hukuk kazasının kurbanları olarak hatırlayacağız.”<sup>60</sup>

diyerek itirazını dile getirmiştir.

Mehmet Altan'ın “Sivilin ‘kırk yıl’ verdiğini askerin bıraktığı bir hukuk devleti biliyor musunuz?” diye sorduğu ve ardından “Bu, hukuku kanırtan bir uygulamadır”<sup>61</sup> cümlesi karara en sert tepki olarak göze çarpmıştır.

Doç. Dr. Mustafa Şentop da *Zaman* gazetesindeki “Yargı Bağımsızlığı ve Şemdinli Da-

vası”<sup>62</sup> başlıklı yazısındaki değerlendirmesini:

“Hukuk tarihimizin fevkalade dikkate değer bu olayı yeterli derecede tartışılmamıştır. Bu olay, başlı başına, Türkiye’de yargı bağımsızlığı konusunu açıklığa kavuşturacak niteliktedir. Ülkemizde yargı bağımsızlığı, her zaman, sadece yargının siyasi iktidardan bağımsızlığı olarak ele alınmaktadır. Hatta bu tezlere barksanız, adalet bakanı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyesi olmasa ülkemizde yargı tam bağımsız olacaktır. Yargının siyasi iktidardan bağımsız olmasının gerekliliğine inanan bir kişi olarak, ülkemizde yargı üzerinde etkili olan güçler arasında siyasi iktidarın ilk sıralarda yer almadığı kanaatini taşıyamıyorum.”

diyerek o günlerde yargı bağımsızlığı vurgusu yapan yüksek yargı mensuplarını eleştirmiştir.

*Bugün* gazetesindeki köşesinde aynı tarihlerde DTP Genel Başkanı Nurettin Demirtaş hakkında verilen tutuklama kararı ile sanıkların tahliyesini değerlendiren Gülay Göktürk:

“Demirtaş’ın suçu tutuklu yargılanmayı gerektiren bir suçsa, Şemdinli Davası’nın sanıklarının haydi haydi tutuklu yargılanması gerekmez miydi? Üç yıl hapis cezasıyla yargılanan bir kişinin mi kaçma ihtimali daha fazladır; 39 yıl hapis cezası yemiş bir kişinin kaçma ihtimali mi? Şemdinli Davası’nı başından bu güne kadar dikkatle izleyen bölge insanının ne düşünmesini bekliyorsunuz? Suçüstünde yakalanan ‘iyi çocuklar’ı kurtarmak için gösterilen bütün o çabaları gördükçe; boyunlarında 39 yıllık mahkûmiyet hükmüyle ellerini kollalarını sallaya sallaya dışarı çıkmalarını seyrederken ne hissetmesini bekliyorsunuz Kürtlerin? Nasıl olup da kendilerini bir hukuk devletinin çatısı altında hissedecekler? Nasıl olacak da ‘eşit vatandaş’ olduklarını düşünecekler? Nasıl olacak da devlete güvenecekler? Zaman zaman bazıları çıkıp ‘Kürt sorunu da neymiş; Türkiye’de böyle bir sorun mu var?’ diyor.”<sup>63</sup>

dediği yazısında askeri yargının kişilere göre değişkenlik gösteren tutumunu eleştirmiştir.

*Radikal* gazetesindeki köşesinde “Tebrikler Paşam!”<sup>64</sup> başlıklı sert bir yazı kaleme alan Perihan Maden’in yazısı ise şöyle:

<sup>59</sup> *Star* gazetesi, 16.09.2007.

<sup>60</sup> *Zaman* gazetesi.

<sup>61</sup> *Star* gazetesi 17.12.2007.

<sup>62</sup> *Zaman* gazetesi, 17.12.2007.

<sup>63</sup> *Bugün* gazetesi, 19.12.2007.

<sup>64</sup> *Radikal* gazetesi, 18.12.2007.

“...benim 2’de 1’de karşıma çıkan bir kanun maddesi olan ‘Yargıyı etkilemeye teşebbüs’ten en yargılanası biçimde Şemdinli sanıklarından Ali Kaya’ya kefil olmuştu. ‘Tanırım, iyi çocuktur’ demişti Büyükanıt. Yargıyı etkileyebilecek bir cisim, bir mevki var ise, olabilecek ise; O Yaşar Büyükanıt’tır herhalde. (Ben olsa olsa ‘tersinden’ etkilemeye ‘teşebbüsle’ kalırım Adalet İnsanlarımızı.) Umudun Kitapevi’ne bomba attıktan sonra, yöre halkı tarafından kısıvrak, sıcak sıcak, suçüstü yakalanan sanıklara Normal Mahkeme 39 yıl 5 ay 10’ar gün mahkûmiyet vermişti. Ama Yargıtay bu ANORMAL DAVANIN Askeri Mahkeme’de görülmesine karar verdi. Hani Savcı Ferhat Sarıkaya’nın görev hayatını sonsuza dek bitiren ANORMAL DAVANIN. Askeri Mahkeme (Anormal Mahkeme?) serbest bıraktı 3 sanığı da. Şimdi. Genelkurmay Başkanımız’ın kefaletiyle taçlandırılan sanıklar önce Askeri Mahkeme’ye ‘devrediliyorlar’, sonra da serbest bırakılıyorlar. İşte ben BUNA ADALET DERİM! Ben buna Yargıyı Etkilememek derim! Adalet Mülkün (ve Askeriyenin) Temelidir, derim. Şemdinli’de yaşananlar üstüne İHD ve Mazlumder’le oraya gitmiş, Umudun Kitapevi’nin halen kanlı, tozlu, bomba kalıntılı halini görmüştüm. Kana bulanmış, kan içinde kalmış, kandan şişmiş bir kitabı (bir diyet kitabı) alıp yanımda getirmiş, hayatımdaki insan kanıyla şişmiş kitabın varlığına katlanamayacağıma karar verip Adnan Yıldız’a vermiştim. Yani ‘taraf’ olmak söz konusuysa, hayatta her daim kaçınılmaz olarak taraf olmak diye bir şey varsa, ben bombalamanın akabinde Şemdinli’ye gidip kitapevinin halini görüp, ölen gencecik adamın eşinin, oğlunun gözlemini görüp, ordaki Kürtlerle konuşup, olanı biteni birinci ağızlardan dinlediğim için taraftım. Tarafım. Yaşar Büyükanıt da taraf, anlaşılır. Zira kalkıp bombalamayı, silahlamayı yapan astsubaylara kefil olma zahmetine katlandı. Sonra işte dava NORMAL MAHKEMEDEN (Yargıtay kararıyla) Askeri Mahkeme’ye alındı ve birinin 39 yıl 5 ay 10 gün verdiğine, diğer mahkeme serbest! bırakma verdi. Arada bir savcının da hayatı kaydı. Kaydırıldı. Şemdinli bir milattı. Şemdinli’de bomba atıp silahla tarayıp normal sivil vatandaşlarımızın ölümüne neden olmuş ‘görevlilerimizi’ aklayarak, bu milatı nasıl ‘değerlendirdiğimizi’ apaçık kanıtladık. Vatana millete hayırlı uğurlu olsun. Abdullah Gül’ün dediği üzere: ‘Tebrikler Paşam!’”

## SONUÇ

Şemdinli davası Türk hukuk tarihinde her yönü ile iz bırakan bir davadır. Halen devam

eden yargılama sürecinde bugüne kadar yaşanan olayların her biri ders alınması gereken ibretlik vakalardır. Cumhuriyet tarihinde birden fazla örneğine rastladığımız benzer davalar olmasına rağmen AB yolunda ilerleyen ve “reform niteliğinde yasalar” yapan ülkemizde Şemdinli’nin milat olacağını ümit edenler maalesef büyük bir hayal kırıklığına uğramışlardır. Bu davanın sonunda sanıkların cezalandırılmaları ya da gerçekten suçsuzluklarının ispatı ile beraat etmeleri bu yöndeki düşünceleri değiştirmeyecektir. Örneğin, sanıkların cezalandırılmaları, askerinin adının telaffuz edilmesinin bir savcının meslekten ihracı için yeterli bir sebep teşkil ettiği düşüncesini değiştirmeyecektir. Ya da bu ülkede yargının bağımsız olmadığı, adalet bakanının HSYK’dan çıkarılması ile bu bağımsızlığın sağlanamayacağına ispat edilmiş olduğu sonucunu da değiştirmeyecektir.

Bu dava, geçmişten ders almadığımızı ya da ders almaya niyetimizin olmadığını bizlere göstermiştir. Dava sürecinde Susurluk’un ardından beylik laflar ederek günah çıkaranların o tarihten bu yana değişmedikleri ortaya çıkmıştır. Ülkenin “güvenilir kurum”larının bu güvenilirlikleri hangi yollarla temin ettikleri dava sürecinde ispatlanmıştır. “Hukuka saygı” sözcükleri sarf edenlerin saygılarının ancak o hukuk kendilerine dokunmadığı müddetçe mümkün olabileceği görülmüştür.

Bu dava, Yeni CMK’da iddianamenin iadesi kurumu benimsenmiş iken hazırlayıcısının ihracına sebebiyet veren bir iddianame ile yargılama yapılıp sanıkların cezalandırabileceğini bizlere göstermiştir. Bu dava ayrıca, bir mahkemenin kanunlarla kendisine tanıdığı “direnme hakkı”nı kullandığı takdirde tüm üyelerinin tayin adı altında sürgün edilebileceği, yerlerine gelenler mecburen “uyuma kararı” vermek durumunda oldukları gerçeğini de göstermiştir.

Bugüne kadar bu neviden davalarda sağlam bir siyasi iradenin olmayışı hep eleştiri konusu olagelmıştır. Şemdinli’de başlangıçta var olan siyasi irade cumhuriyet savcısına sahip çıkamayarak acizliğini ortaya koymuştur. Nereye kadar giderse gitsin diyen siyasiler kendi bekası adına hukukun elden gidişini seyretmek durumunda kalmışlardır. Bu davadan sonra artık Cumhuriyet Savcıları, bir dev-

let memuru olarak rahattır ve devletin askeri refleksine uyararak, askeri şahıslar aleyhine iddianame hazırlamayacaktır.<sup>65</sup>

Bu davanın kaybedenleri ise hukuk bilincine sahip olmayan/olamayan hukukçuları olmuştur. Bu nedenle ülkenin en yüksek yargısı hukuk tarihinde bir ilke imza atarak bu eylemi “askerin terörle mücadele yöntemi” olarak görmüş ve askeri mahkemenin yetkili olduğuna karar verebilmiştir. “Yargı erkini korumak” adı altında kendi fikir ve düşüncelerini koruma gayretinde olan bazı hukukçular Şemdinli savcısının ihracına açıktan alkış tutma yoluna gitmişler, yaşanan hukuksuzlukları militarizm refleksleri ile görmezden gelmişlerdir. Bir gün herkesten esirgedikleri hukuk kendilerine lazım olduğunda: “Adalet mutlaka galip gelir.”<sup>66</sup> diyerek o “hukuk”u hatırlamışlardır. Hukuk üretemeyen ve hukuku yaygınlaştıramayan, hak arama bilincini insanlara veremeyen hukukçular<sup>67</sup> bu davanın kaybedenleri olmuşlardır.

Şemdinli davası mevcut hukuk sisteminin çarpıklıklarını görüp tartışabilmemiz için bizlere çok önemli fırsatlar sunmuş olmasına rağmen maalesef bu tartışma yapılamamıştır. Sistemin kendini korumak adına kurduğu olağanüstü mahkemelerin devamı olan DGM’lerin —yeni kanunla “özel görevli mahkemeler”in— hukuk sisteminde oluşturduğu karmaşa değerlendirilememiştir. Özel görevli Van Ağır Ceza Mahkemesi görev alanına girmeyen bir suçtan dolayı sanıklara ceza verirken sadece verilen cezalar değerlendirme konusu yapılmıştır. Bu mahkemelerin sadece “sistem dışı” kişileri yargılayabilecekleri kanıtlanırken, sistemin iyi çocukları buralarda yargılanmak durumunda kaldıklarında sistem çocuklarına sahip çıkarak kendi mahallelerine taşımıştır. İnsanlar, hâkimlik teminatının olmadığı bir ülkede, iyi çocukların hamisi ile ast-üst ilişkisi içerisinde ve ona bağlı çalışan askeri mahkemelerin bu insanları yargılayıp adil bir karar verebileceklerine inandırılmıştır.

Hiçbir hukuk devletinde olmayan çift başlı yargı sisteminin ulusal ve uluslararası hukukun benimsediği bir suçun işlediği yere veya niteliğine göre, yargılamanın hangi mahkemede yapılacağından önceden belirlenmiş olması anlamına gelen “tabii hâkim” ilkesini zedeleyiş tartışılma imkânı dahi bulamamıştır. Bu konular tartışılmadığı için bu ülkenin hukuka inanan insanları canına kastedilen bir müdahilin askeri mahkemenin önünde duruşma neticesini çaresiz gözlerle bekleyişini televizyonlardan izlemek durumunda kalmıştır. Müdahil avukatlarından Van Barosu Başkanı Ayhan Çabuk’un davadan çekilirken sarf ettiği şu sözleri yaşanan hukuksuzluğu özetlemektedir:

“Asayiş Kolordu Komutanlığı Askeri Mahkemesi hiçbir şekilde bu davanın görevli mahkemesi değildir. Bugün verilmiş olan karar hukuk tarihi karşısında yok hükmündedir. Biz müdahil vekilleri olarak bugünden itibaren artık hukukun referans kabul edilmediğine inandığımız yargılama sürecine dâhil olmayacağız.”

Bu davanın sonucunda sanıkların cezalandırılıp cezalandırılmayacaklarına, mevcut delillerin tartışılıp değerlendirilmesi neticesinde “bağımsız yargı” tarafından karar verilecektir. Ancak şu ana kadar yaşanan süreçte olayın ilk anından itibaren yargının bağımsızlığına gölge düşürüldüğü izlenimini veren olaylar cereyan etmiş ve bir yargılama ya da soruşturmada olmaması gereken gelişmeler yaşanmıştır. Halk tarafından emniyet birimlerine teslim edilen sanık Veysel Ateş’in kendisini uzman çavuş olarak tanıttıktan<sup>68</sup> sonra isimlerini ve geliş amaçlarını savcılıkta söyleyebileceği yönündeki emniyet ifadesi ve ardından Emniyet Genel Müdürlüğü Terörle Mücadele Şube Müdürlüğü Daire Başkanı Ahmet Selim Akyıldız’ın tanık olarak alınan 22.12.2005 tarihli ifadesinde Veysel Ateş’in gözaltında iken cep telefonu ile bir astsubayla (Ali Kaya) görüştüğünü belirtmiş olması sanıkların olayın başından beri kendilerini ayrıcalıklı hissettiklerini göstermektedir.

Olayın ilk günlerinde asker sanıkların yine askeri birimlerce kamuoyu ve resmi makamlardan gizlenerek olayla ilgili başkaca kimsenin gözaltında olmadığı yönündeki açıklamaları biri-

<sup>65</sup> Muharrem Balcı, *Haksöz* dergisi, Ocak 2008.

<sup>66</sup> Sabih Kanadoğlu, Ergenekon soruşturmasında evinin aranması sonrası gazetecilere mülakati.

<sup>67</sup> Muharrem Balcı, *Haksöz* dergisi.

<sup>68</sup> Polis memuru Hikmet Özdemir’in 22.12.2005 tarihli ifadesi.

leri tarafından bu sanıkların korunmak istendiği şüphesini doğurmuştur. Yaşar Büyükanıt'ın sarf ettiği "Tanırım iyi çocuktur" cümlesi tek başına anlam ifade etmezken tüm bu gelişmelerle birlikte değerlendirildiğinde bir anlam kazanmıştır.

İddianamenin açıklanmasının ardından Genelkurmay tarafından 20 Mart 2006 tarihinde yapılan açıklama şöyledir:

"Türk Silahlı Kuvvetleri'ne yapılan bu haksız ve maksatlı suçlamalar karşısında öncelikle anayasal sorumluluğu olanların tavır almaları, bu saldırıyı bütün yönleriyle ortaya çıkarmaları ve arkasındaki çarpık zihniyetin temsilcilerini makam, statü ve konuları ne olursa olsun kamuoyuna açıklamaları ve haklarında işlem yapmaları gerekmektedir."

Kendilerini bu açıklamanın muhatabı kabul edenler verilen emir doğrultusunda harekete geçerek, tek suçu "İyi çocuklar" dediği için hakkında "Adli yargılamayı etkilemeye teşebbüs" suçundan dava açılmasını isteyen bir savcını meslekten ihraç etmişlerdir.

Ardından "hırsız evin içinde olursa kilit işe yaramaz" diyen Sabri Uzun görevden alınmıştır. "Astsubaylar emir alıp dükkânları bombaladıysa bu emri kim verdi, yok kendi başlarına hareket ettilerse ordudaki bu disiplinsizliğin hesabını kim verecek?" diye soramayan insanlar, askerın mukaddesatına dil uzatan herkesin en ağır bir biçimde cezalandırıldığı bir ortamda "bağımsız mahkeme"nin hiçbir şeyden etkilenmeyerek vereceği adil kararı beklemeye koyulmuşlardır.

Mahkeme ise tüm cesareti ile sanıkları cezalandırırken kararında şu ibarelere yer vermiştir:

"...askeri bir emir komuta zinciri içinde bulunan sanıkların böylesi bir eylemi terör eylemlerinin yoğun olarak yaşandığı bir bölgede tek başlarına planlamaları ve uygulamaları hayatın olağan akışına aykırı ve olanak dışıdır. Sanıkların görevlendirme yazılarında 9 Kasım günü Yüksekova ve Şemdinli ilçeleri bölgesinde bulunan örgüt mensupları hakkında bilgi elde etmek, istihbarî ve operasyonel faaliyetlerde bulunmak ve kendilerine gereken yardım ve kolaylık sağlamak üzere görevlendirildikleri bilgisi yer almaktadır. Suç konusu olayın derinliği çok yönlü araştırılmasını gerekli kılmakla birlikte, olayın arkasındaki ilişkilerin çözülmesinin, bölgedeki diğer kamu görevlilerini

de kapsayacak ölçüde güç ve karmaşık olduğunu ortaya çıkardığından, soruşturma ve kovuşturma safhasında bu kişilerin varlığı tespit edilememiş, var ise de kendilerine ulaşılamamıştır."

Mahkemenin kararındaki bu ibarelere Sursuluk ve benzeri davaların kararlarında da rastlamak mümkündür. Bu ibarelerin ne anlam ifade ettiğini bu davayı derinlemesine tahlil ettiğimizde şimdi daha iyi anlayabiliyoruz.

Bizler bu topraklarda seksen beş yıldır gerçek anlamı ile hiçbir zaman hakim olamayan hukukun bir gün hakim olacağına inanan hukukçular olarak bu davanın da diğerleri gibi tarihin derinliklerinde bir rivayetten ibaret kalmaması için tüm yönleri ile burada aktarmaya çalıştık. Vicdanımızdaki adalet duygusu bizleri sonunda gerçeğe ulaştıracaktır.





# Sorunlu Askeri Yargı ve Çözüm Önerileri

Şerife Gül ARIMAN-Mahir ORAK-Sezgin TUNÇ



## RAPORUN AMACI

Çok başlı ve karmaşık yargı sistemimiz; emir komuta zincirinde boğulan askeri yargı, iş yükü altında boğulan adli yargı, halkı ile arasına duvarlar ören idari yargı olarak temelde üçe ayrılmıştır.

Yargının tam bağımsız ve halkın nezdinde güvenilir olması gerekliliği, esasını adalet sağlamak üzere var olmasından almaktadır. Toplumun yargı organlarına olan güveninin azalması; bireylerde adalet ve hakikat hissiyatının zayıflamasına sebep olur. Bu durum ise herkesin kendi adaletini kendi sağlaması [ihkak-hak]nın yolunu bir nevi meşrulaştırır. Hakikatin tecelli yeri olarak görülen mahkemelerin bağımsızlığının sağlanması, yargıdaki çok başlılığın ve kafa karışıklığının giderilmesi gerekmektedir.

Mazlumder yargı sistemimizin her kolundaki sorunlara hak temelli olarak zaman zaman değinmiştir. Bu çalışmada ise Askeri Yargı'nın Anayasa'daki, mevzuattaki, pratikteki ve uluslararası hukuktaki yerlerini anlatmakta; sorunları tespit etmekte ve yargıyı, bağımsızlığına kavuşturmak için öneriler sunmaktadır.

## GİRİŞ

Yargı kavramı 1921 Anayasası'nın hiçbir yerinde geçmemiş; 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanununda ise yargı hakkı ve yargı erki şeklinde kullanılmıştır. Yargı hakkının bağımsız mahkemeler tarafından kullanılacağı, yargıçla-

rın bütün davaların görülmesinde ve hükümünde bağımsız olduklarına ilişkin maddeleri bulunmakla birlikte, hâkim teminatına ilişkin düzenlemeler “yürütme organına bağlı yargı erkini” ortaya çıkarmıştır.

1961 Anayasası yargı alanına, ileride pek çok tartışmaya zemin olacak yenilikler getirmiştir.

Bu önemli yenilikleri maddeler halinde sıralarsak:

- 1) 138. maddesi ile “askeri yargı” kavramını yasallaştırmış;
- 2) Hâkimlerin bağımsızlığını sağlamak üzere “Yüksek Hâkimler Kurulu” oluşturulmuş;
- 3) Yasaların Anayasa'ya uygunluk denetimini yapmak üzere “Anayasa Mahkemesi” oluşturulmuş;
- 4) “Askeri Yargıtay” oluşturulmuştur.

1961 ve 1982 Anayasaları ile, hâkimler ve mahkemeler üzerinde her türlü tesiri bertaraf edecek hükümler konmuş, mahkemelerin yürütme ve yasama organı karşısında tamamen bağımsız hale gelmesi ve hâkimlerin her türlü haklarının teminat altına alınması öngörülmüştür.<sup>1</sup> Tüm bunlar yargı bağımsızlığının ilkesel olarak kabul edildiğini göstermektedir.

Askeri yargı, 1961 Anayasası'nın 138. maddesiyle ihdas edilerek “Anayasal Kurum” vasfını kazanmıştır. Askeri mahkemelerde görev yapacak olan üyelerin çoğunluğunun ‘hâkimlik’ niteliğine sahip olmaları bir zorunluluk olarak kabul edilmiştir. 25.10.1963 tarihinde ise günümüzde halen geçerliliği devam eden “353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu

(\*) Bu rapor, Genç Hukukçular Hukuk Okumaları Grubu'nun bir atölye çalışması olarak Mazlumder Genel Merkezi için hazırlanmıştır.

<sup>1</sup> Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 357.

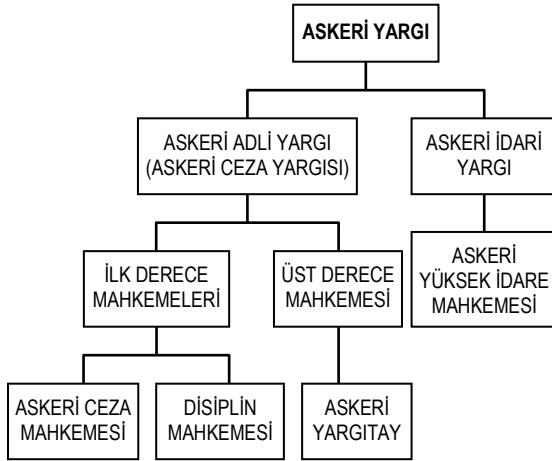
ve Yargılama Usulü Hakkında Kanun” kabul edilmiştir. 1961 Anayasası’na paralel hükümleri içeren 353 Sayılı yasa ile askeri mahkemelerin iki hâkim ve bir subaydan oluşacağı belirlenmiştir.

1982 Anayasası’nda askeri mahkemelerin kuruluşu ile ilgili emredici bir hüküm bulunmadığından, yasa koyucu askeri mahkemelerin kuruluşunu istediği gibi düzenleyebilecek, hâkim sayısını ve niteliğini değiştirebilecektir.<sup>2</sup>

1971 Anayasa değişikliği ile Türk Hukuk Sistemi içerisinde yerini alan Askeri Yüksek İdare Mahkemesi yapısı tümden bir garabet örneği olarak 1982 Anayasası’nda anayasal bir kurum haline gelmiştir. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi hukuki bir ihtiyacın ürünü olarak görülmemelidir.

Askeri yargıya ilişkin en eski kurum Askeri Yargıtay’dır. Askerî Yargıtay, 6 Nisan 1914 (24 Mart 1330) tarihinde 233 sayılı Geçici Kanunla, Divan-ı Temyiz-î Askerî adıyla “Divan-ı Harp”lerden verilen hükümleri temyizen incelemek üzere kurulmuştur. Askerî Yargıtay bugünkü adına ve modern yapısına 1961 Anayasası ile kavuşmuştur. 1961 Anayasası, Askerî Yargıtay’ı, diğer yüksek yargı organları ile birlikte, yüksek mahkemelerden biri olarak düzenlemiştir.<sup>3</sup>

## ASKERİ MAHKEMELER



<sup>2</sup> Ümit Kardaş, *Almanak Türkiye 2005*, Askeri Yargı, s. 53.

<sup>3</sup> “Askeri Yargıtay’ın Tarihçesi”, <http://www.msb.gov.tr/Birimler/ASYAR/htm/tarihce.htm>

Askeri yargının Anayasa’nın 138 vd. maddelerinde öngörülen yargı sistemi içerisinde, ayrı nevi şahsına münhasır bir yapıya sahip olduğu göze çarpmaktadır. Bu çıkarımı yapmamızı sağlayan başlıca iki sebep bulunmaktadır.

Bu sebeplerden ilki, Anayasa’nın düzenleniş biçimidir. Bu düzenlemeye göre Anayasa üçüncü kısmının üçüncü bölümünde, “Yargı” başlığı ile düzenlenen ve 138. madde ile başlayan bölümün klasik anayasal kurama göre “genel” nitelikte düzenlemeler yapması gerekirken; Anayasa, sivil adli ve idari mahkemeler için genel düzenlemeler yapma yolunu seçmiş, askeri mahkemeler için de 145. maddede müstakil bir düzenleme yapmıştır.

Çıkarımımızı dayandırdığımız ikinci sebepe yargı düzenimize ilişkindir. Anayasa’nın yukarıda değindiğimiz düzenlemeleri ile getirmiş olduğu yargısal düzene göre, sivil mahkemeler adli ve idari mahkemeler olarak ikiye ayrılmaktadır. Adli mahkemelerde şahıslara ilişkin yargılamalar yapılırken, idari mahkemelerde şahıslar ile devlet tüzel kişiliğini oluşturan idari merciler arasındaki ihtilaflar çözüme kavuşturulmaktadır. Mevzu bahis yargısal düzende şahısların statülerine göre ayırım yapılmayarak, herkes eşit şekilde bu yargısal düzene tabi tutulmuştur. Buna rağmen Anayasa asker kişiler söz konusu olduğunda, onları farklı bir kamu düzenine (bir iç ülke düzenine) tabi addederek, ayrı bir adli ve idari düzen öngörmüş (Anayasa, madde 145 ve 157) ve böylelikle askeri düzeni sivil düzenden tecrit ederek, kendi başına bir otonomiye, bağımsızlığa kavuşturmuştur.

Askeri Mahkemelerin kuruluşu, bu yönü ile ayrı bir düzen olarak ele alınmalı ve Anayasa’nın kendi içerisinde çelişkili bir görünüm arz eden düzeni bu açılardan değerlendirilmelidir.

## Askeri Mahkemelerin Kuruluşu

Mevcut anayasal düzene göre Askeri Mahkemeler, adli ve idari askeri mahkemeler olarak başlıca iki yargı yoluna ayrılarak düzenlenmiştir.

## 1. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi

İdari yargısal yolda Anayasa, 157. maddeyle Askeri Yüksek İdare Mahkemesini ilk ve son derece mahkemesi olarak düzenlemiştir. Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde, askeri olmayan makamlarca tesis edilmiş olsa bile, asker kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların yargı denetimi yapılmaktadır.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, T.C. Anayasa'sının 157. maddesinden hukuki dayanağını alan; Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay ve Uyuşmazlık Mahkemesi ile birlikte altı Yüksek Mahkemeden biridir.<sup>4</sup> Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde, asker kişileri ilgilendiren ve askerî hizmete ilişkin idarî eylem ve işlemlerden doğan iptal ve tam yargı davalarına bakılır.

## 2. Askeri Adli Mahkemeler

Askeri Adli Mahkemeler kendi içinde iki dereceli bir sistem öngörülerek tasarlanmıştır. Anayasaya göre Askeri Adli Mahkemeler de ilk derece mahkemeleri olarak Askeri Disiplin Mahkemeleri, Askeri Ceza Mahkemeleri, Genelkurmay Mahkemesi ve üst derece mahkemesi olarak da Askeri Yargıtay'dan oluşmaktadır.

### a) Disiplin Mahkemeleri

İlk derece mahkemelerinden ilki Askeri Disiplin Mahkemeleridir. Disiplin Mahkemeleri 1961 ve 1982 Anayasalarımız tarafından öngörülmüş olan mahkemelerdir. Bu mahkemeler, 16.06.1964 tarih ve 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları hakkında Kanun ile kurulmuştur. Kanunun 1. maddesine göre Disiplin Mahkemesi; tugay ve daha büyük kıt'a, karargâh ve askeri kurumlar ile Milli Savunma Bakanlığı Müsteşarlığı teşkilatında kurulur.

Kanunun 2. maddesine göre, biri başkan ikisi üye olmak üzere üç subaydan kurulur.

Disiplin mahkemesinde görev yapan subaylar aynı zamanda normal kıta görevlerini de sürdürürler. Disiplin Mahkemeleri asker kişilerin ufak askeri suçlarına bakmaktadır.

### b) Askeri Ceza Mahkemeleri

Askeri Ceza Mahkemesi, Türkiye'de Anayasanın 145. maddesinde öngörülmüş, 25.10.1963 tarihli ve 353 sayılı Askerî Mahkemeler Kuruluşu Ve Yargılama Usulü Kanunu ile kurulmuş ve düzenlenmiştir. Kanun sivil mahkemelerde uygulanan Ceza Muhakemeleri Kanununun Askeri Mahkemelerdeki benzeri olup genel itibarıyla Askeri Ceza Kanununda öngörülmüş suçların işlenmesi halinde ceza yargılaması yapan mahkemelerde uygulanacak usul ve esasları tespit etmiştir. Hukuk yargılaması yapan bir mahkemeyi bünyesinde bulundurmeyen bu kanun, asker kişilerin şahsi ihtilafları ile ilgili yargılamaları, askeri ceza mahkemelerin yargı yetkisi dışında bırakmıştır. Kanuna göre "Askerî ceza yargısı askerî mahkemelerin askerî ceza yargısı alanındaki yargısal faaliyetleridir."<sup>5</sup>

### c) Genelkurmay Askeri Mahkemesi

Genelkurmay Başkanlığı nezdindeki askeri mahkeme, general ve amiraller yargılandığı zaman kurulmaktadır. 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'na göre üç askeri hâkim ile iki general veya amiralden oluşur. General ve amirallerin Askeri Mahkemelere tabi suçlarından dolayı yargılanmaları Genelkurmay Başkanlığı nezdinde kurulan askeri mahkemede yapılır.

## Subay Üye ve Askeri Mahkemelerde Hiyerarşi Sorunu

353 sayılı Kanunun 1. maddesine göre (Değişik birinci fıkrâ: 21.01.1981- 2376/1 madde) Türk Milleti adına yargı yetkisini kullanacak askeri mahkemeler; kolordu, ordu, (deniz ve havada eşidi) ve kuvvet komutanlıkları ile Genelkurmay Başkanlığı teşkilatında Milli Savunma Bakanlığınca kurulur."

<sup>4</sup> [http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_menu.asp?IDNO=24](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_menu.asp?IDNO=24) ve bkz.: Anayasa 157. madde.

<sup>5</sup> Sahir Erman, *Askerî Ceza Hukuku*, İÜHF Yayınları, İstanbul 1970, s. 299-613.

demektedir. İlgili maddeye göre mahkemelerin kuruluşunda askeri yapılanma dikkate alınmış, mahkemelerin yargı alanı “kolordu”, “ordu” gibi askeri birimler dikkate alınarak belirlenmiştir.

Hem askeri idari yargıda hem de askeri ceza yargısında hâkim sınıfından olmayan üyeler bulunmaktadır. Mahkemelerin kuruluşunda görev yapacak ve yargılama makamını oluşturacak şahısları (özellikle hâkim demekten kaçınılmaz) 353 sayılı Kanun’un ikinci Maddesi’nde “Askeri Ceza Mahkemeleri iki askeri hâkim ve bir subay üyeden kurulur.” şeklinde ifade ederek, yargılama makamını iki hâkim ve de bir subayın işgal edeceği düzenlenmiştir. Eleştiri hakkımızı bundan sonraki başlık lehine saklı tutarak, bir asker olan subayın, hâkimlik mesleğinin gerektirmiş olduğu ehliyet ve sığata sahip olmadan, yargılama makamı gibi hassas bir makamda bulunmasını bir anlam verememekteyiz.

Diğer hâkim üyelerin nitelikleri, seçim ve liyakatleri 357 sayılı Kanun’da düzenlenmişken, yargılama makamının asli unsurlarından olan subay üyenin nitelikleri 353 sayılı Kanun’da düzenlenmiştir. 353 sayılı Kanunun 3. maddesine göre;

“Askerî mahkemelerde bulunacak subay üyelerin, en az yüzbaşı rütbesinde muharip sınıfı olmaları, sanığın astı ve yargılama süresince en yakın amiri olmamaları ve taksirli suçlar hariç, bir suçtan hükümlü bulunmamaları şarttır.”

Düzenlemede de vurgulandığı gibi subay üyenin en az “yüzbaşı” rütbesine sahip olması gerekir. Fakat ilgili rütbenin mutlak olmadığı ve asgari bir standart belirttiği madde metninden anlaşılabilir diğer husustur. Buna göre “...sanığın astı...” olan subaylar mahkeme heyetinde yer alamazlar. Göze çarpan özellik ise askeri hiyerarşinin mahkemeye nasıl etki ettiği.

### **Genelkurmay Başkanının Teorik Olarak Yargılanamaması**

Askeri hiyerarşinin mahkemeye nasıl etki ettiğinin en somut örneği ise Genelkurmay başkanının yargılanamayacağı gerçeğidir. Bir asker kişi olarak işlediği suçlar açısından as-

keri mahkemelerin yargılama yetkisi sahasına girmesine rağmen oluşturulacak mahkemede onu yargılayacak üst rütbeli subay olamayacağı için, yani bir askeri mahkeme oluşamayacağı için Genelkurmay Başkanları için teorik bir yargı bağıışıklığı öngörülmüş olmaktadır.

### **Savcılık Üzerindeki Refakat [Vesayet] İlişkisi**

Askeri Mahkemelerin diğer asli unsuru olan iddia makamını ise sivil yargıda olduğu gibi savcıların işgal ettiğini söylemek mümkündür. 353 sayılı Kanun, askeri mahkemelerde yargılama içerisinde savcılarının da bulunduğunu belirtmiştir.

353 sayılı Kanunun 6. maddesine göre “Teşkilatında askeri mahkeme kurulan her kıta komutanı veya askeri kurum amirinin refakatinde bir askeri savcı ile yeteri kadar askeri savcı, yardımcı olarak bulunur.” İddia Makamı olan savcılığın kuruluşunda ise madde metninden de anlaşılacağı üzere “kıta komutanlığı” ve eş değerdeki “askeri kurum amirliği” gözetilmiştir. Fakat burada göze çarpan husus şudur ki, iddia makamı gibi önemli bir makam kendi başına örgütlenmiş bir yapı niteliğinde değildir. Nasıl bir ilişkiyi anlattığı belirsiz bir kelime olan “refakatinde” kelimesi ile savcılıklar kıta komutanlıklarına veya kuruldukları kurumun amirine bağlanmıştır.

Yukarıda değindiğimiz husus olan “refakat” meselesi hukuki bir terim olmadığı gibi tespit edebildiğimiz kadarıyla askeri bir terim de değildir. Fakat Kanunun 8. Maddesi ile savcılıkların kuruluşunu düzenleyen 6. maddesi beraber değerlendirildiğinde “refakat” kelimesinin bir hiyerarşik kavram olduğu ortaya çıkmaktadır. Öyle ki 8. madde;

“Nezinde askeri mahkeme kurulan kıta komutanı veya askeri kurum amiri bir suçun işlendiğini öğrendiklerinde refakatlerindeki askeri savcıya soruşturma açtırır ve yapılmakta olan soruşturma hakkında askeri savcıdan her zaman bilgi isteyebilirler.”

demektedir.

Bu maddeden de anlaşılacağı üzere Askeri Savcılık klasik manada bir savcılık (iddia) makamı namında kurulmayıp yardımcı bir kurum

niteliğindedir. Kıta Komutanı ve Kurum Amiri sivil mahkemelerdeki Cumhuriyet Başsavcı vasfına haiz kişiler mesabesinde olmaktadır. Dolayısıyla idari birer makam, daha ötesi askeri makam olan komutanlık ve amirlik, karar mercii konumuna getirilerek, iddia faaliyetlerini başlatan, savcılık eliyle yürütülen yetkilere sahip başsavcı niteliği kazandırılmıştır. Bu durumda mahkemelerde bağımsız yargılamanın en önemli ayaklarından biri olan Savcılıklar ile Askeri Savcılık olarak anılan birimlerin birbiri ile alakası olmayan iki ayrı husus olduğu ortaya çıkmaktadır. Askeri savcılık olarak anılan askeri birimlerin tabiri caizse yetkileri geniş birer kalem teşkilatı olmaktan öteye geçemedikleri görülmektedir.

### **Askeri Mahkemelerin Görevleri**

Önceki başlıkta kuruluşunu inceldiğimiz askeri mahkemelerin görev alanları ile ilgili düzenlemeler, Anayasanın 145. maddesi ve 353 sayılı Kanun'da yapılmıştır. İlgili kanun ve Anayasa karşılaştırıldığında Askeri Mahkemelerin görevleri aşağıdaki suçlarla sınırlanmıştır;

- 1) Asker kişilerin askerî olan suçları, (askerî suç, Askerî Ceza Kanununda düzenlenen suçlardır).
- 2) Asker kişilerin asker kişileri aleyhine işledikleri suçlar.
- 3) Asker kişilerin, askerî mahallerde yahut
- 4) Askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlar.

Bu üç madde beraber incelendiğinde, mahkemenin görev alanı belirlenirken temelde "asker kişi" dikkate alınmış ve mahkemenin görev alanı bu sıfat üzerine belirlenmiştir.

353 sayılı Kanunun 10. maddesi "asker kişilerin" kimler olduğu hususunda açıklık getirmiştir. Buna göre kanunun uygulamasında şu kişiler "asker kişi" sayılırlar:

- a) (Değişik: 29/6/2006-5530/2 madde) Muvazzaf askerler; subaylar, astsubaylar, askerî öğrenciler, uzman jandarmalar, uzman erbaşlar, erbaş ve erler,
- b) Yedek askerler (Askeri hizmette buldukları sürece),

- c) Milli Savunma Bakanlığı veya Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşlarında çalışan sivil personel,
- d) Askeri işyerlerinde çalışan ve İş Kanununa tabi bulunan işçiler,
- e) Rızası ile Türk Silahlı Kuvvetlerine katılanlar.

Bu sayılanlar dışındaki herkes, kanun anlamında sivil kişi vasfındadırlar.

### **Askeri Mahkemelerde Sivil Kişilerin Yargılanması Anayasa-Kanun Çelişkisi**

Askeri Mahkemelerin "sivil kişileri" yargılama görevleri var mıdır?

Anayasa'ya baktığımızda müspet cevap verebileceğimiz bu duruma, 353 sayılı Kanun'un görevle ilgili maddeleri incelendiğinde olumsuz cevap verilebilir. Gerçekten Anayasa'nın 145. maddesinin 2. fıkrasına göre "askerî mahkemeler, asker olmayan kişilerin özel kanunda belirtilen askerî suçları ile kanunda gösterilen görevlerini ifa ettikleri sırada işledikleri suçlara bakmakla da görevlidirler." Bu düzenlemeye istinaden 353 sayılı Kanun'da Askeri Mahkemelere verilen görevler 29 Haziran 2006 tarih ve 5530 sayılı Kanunla, 353 sayılı Kanun'un 13. maddesinin değiştirilmesi sonucu, Askeri Mahkemelerin görevleri dışına çıkarılarak "saklı", "bakaya" gibi suçların yargılanması sivil mahkemelere devredilmiştir. Kanun'un 13. maddesi düzenlemeden sonra şu hali almıştır;

"Askerî Ceza Kanununun 55, 56, 57, 58, 59, 61, 63, 64, 75, 79, 80, 81, 93, 94, 95, 114 ve 131'inci maddelerinde yazılı suçlar, askerî mahkemelerin yargı yetkisine tâbi olmayan sivil kişiler tarafından barış zamanında işlenirse; bu kişilerin yargılanması, adli yargı mahkemeleri tarafından, Askerî Ceza Kanunu hükümleri uygulanmak suretiyle yapılır."

Ayrıca yakın tarihte 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 3. maddesine

"Barış zamanında, asker olmayan kişilerin Askeri Ceza Kanunu'nda veya diğer kanunlarda yer alan askeri mahkemelerin yargı yetkisine tabi bir suçu tek başına veya asker kişilerle iştirak halinde işlemesi durumunda asker ol-

mayan kişilerin soruşturmaları Cumhuriyet savcılarını, kovuşturmaları adli yargı mahkemeleri tarafından yapılır.”

şeklinde hüküm eklenmiştir. Bu düzenleme sivillerin askeri yargıda yargılanmamaları adına müspet bir adım olmuştur. Ayrıca yine bir yenilik olarak, Savaş ve sıkıyönetim halleri dışında, askerin örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde imâl ve ticareti suçu ile suçtan kaynaklanan malvarlığı değerini aklama suçunun soruşturulması ve kovuşturulması adli yargıya (Ağır Ceza Mahkemesine) bırakılmıştır.

Sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde de Askeri Mahkemenin görev alanı Anayasa'nın 145. maddesinin 3. fıkrası ile 353 sayılı Kanun'un muhtelif maddelerinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

## Askeri Mahkemelerin Yargılama Usulleri

Askeri mahkemelerde yargılama usulü 353 sayılı Kanun'da düzenlenmiş olup sivil mahkemelerden çok farklı bir yapıya sahip değildir. Yargılama usulü Kanun'da soruşturma evresi ve kovuşturma evresi olarak ikiye ayrılmıştır. Soruşturma evresini her ne kadar savcılığın bağlı olduğu kıta komutanlığı ve kurum amiri başlatsa da, devamı iddia makamı olan savcılıklar tarafında yürütülmektedir.

Bu bölümde iki ciddi sorun göze çarpmaktadır.

**Birincisi**, yukarıda belirtmiş olduğumuz soruşturma açılmasının savcılık tarafından değil, nezdinde askeri mahkeme kurulan kıta komutanı veya askeri kurum amiri tarafından açılmasıdır.

**İkincisi**, askeri hiyerarşinin mahkeme usulüne etki ettiğini gösterir 141. maddedir. Bunları sırasıyla inceleyelim.

### 1. Refakat İlişkisi Soruşturmanın Gizliliği İlkesini de İhlal Etmektedir

353 sayılı Kanun'a göre, nezdinde Askeri Mahkeme kurulan kıta komutanı veya askeri kurum amiri bir suçun işlendiğini öğrendikle-

rinde refakatlerindeki askeri savcıya soruşturma açtırır ve yapılmakta olan soruşturma hakkında askeri savcıdan “her zaman bilgi isteyebilirler”.

Bu aşamada savcılık, suçun işlendiğini ihbar ve şikayet (silsile takip edilerek) yolu ile öğrenen kıta komutanı ve kurum amirinin emri ile soruşturma açarak, şüphelinin leh ve aleyhine deliller toparlayarak gerektiğinde iddianame hazırlayarak dava açılması için mahkemeye sevk edecektir.

Suçun işlendiğini bizzat kendisi öğrenen savcının kendiliğinden soruşturma açma imkânı kısıtlıdır. Ağır Ceza Mahkemesi'nin görevine giren suçlar veya gecikmesinde sakınca umulan hallerde askerî savcılar derhal soruşturmaya başlayabilirler. Fakat bu durumda derhal amirlerine haber vermeleri gerekmektedir.<sup>6</sup>

Böylece kıta komutanı veya kurum amirinin de suça karışma ihtimali karşısında soruşturmanın gizliliği kuralının ne derece ihlal ettiği açıktır. Bu yönüyle soruşturmanın kısıtlı olmasının yanı sıra, kıta komutanı ve kurum amirinin suç olarak görmediği hatta kesinlikle soruşturma başlatılmaması gerektiğini düşündükleri “iyi çocuklar” için, savcının kendiliğinden hareket etmesi bir başkaldırı niteliğindedir. Bu sebeple komutan veya amir ile karşı karşıya gelmek istemeyen savcının kendiliğinden soruşturma açmasının “uygulanabilme kabiliyeti” gerçekçi değildir. Bu sebeple başlangıçta belirtildiği gibi askeri savcılık makamı klasik manada bir iddia makamı olarak kurulmayıp yardımcı bir kurum niteliğindedir.

Soruşturma başladıktan sonra, gerek görüldüğünde bu aşamada savcı veya teşkilâtında askerî mahkeme kurulan kıta komutanı veya askerî kurum amirinin istemi üzerine, askeri mahkemece tutuklama, yakalama gibi tedbir kararları da uygulanabilir. Askeri mahkemece ayrıca istem üzerine arama ve zapt kararları verilebilir. Delillerin toplanması için ifade alma, tanık dinleme gibi bazı işlemler de yine soruşturma aşamasında yapılır. Bütün bu koruma tedbirleri, delillerin toplanarak işlenen veya işlendiği iddia edilen suçun kovuşturul-

<sup>6</sup> Bkz.: 353 Sayılı Kanun, 95. madde.

maya hazırlanması için soruşturma aşmasında, soruşturmayı yapan iddia makamınca yapılan iş ve işlemlerdir.

Kovuşturma evresinde ise, suça ilişkin iddianame kabul edilerek yargılama aşamasına geçilir. Bu aşamada ilk olarak askeri yargılamada görev yapacak olan subay belirlenir. Bu belirlemeden sonra duruşma günü belirlenir ve yargılamaya geçilir. Bu safha kesin hükmün verildiği ana kadar devam eder. Süreç içerisinde mahkemeye en kıdemli hâkim başkanlık eder ve gerek gördüğünde re'sen delil toplar; tanık dinler; bilgi ve belgeleri toplarlar.

## 2. Duruşmaların Aleniliği İlkesinin Zedelenmesi Sorunu

Duruşmanın aleniliğinin de zedelenmesi sonucunu doğuran bu maddeye göre sanığın astı eğer zarar gören sıfatına haiz değil ise duruşmada bulunamayacağı hüküm altına alınmıştır.

“Duruşmada asker kişilerden, sanığın astı olanlar dinleyici olarak bulunamazlar. Sanıklar birden çok ise en büyüğünün rütbe ve kıdemi esas alınır. Suçtan zarar gören asker kişi, rütbesi ne olursa olsun, duruşmada hazır bulunabilir. Ancak, askeri mahkeme disiplini sebeplerinden dolayı bu kimseyi de duruşma salonundan çıkarabilir. Sanığın astı eğer zarar gören sıfatına haiz değil ise duruşmada bulunmayacağı hüküm altına alınmıştır.”

Anayasada hüküm altına alınan “Yargılamanın Aleniliği” ilkesine rağmen sırf sanığın altında bir rütbeye sahip olduğu için astların yargılamayı izleme hakları engellenmiştir. Bu hüküm yüksek (amiral-general) rütbeli kişilerin yargılamasında sadece mahkeme heyeti ve ilgili kişiler dışında kimsenin yargılamaya katılmayacağı gibi birçok sakıncayı içerisinde taşımaktadır.

Kesin hüküm veren mahkeme bundan sonra davadan el çekecek ve yargılama (tahkikat) safhası son bularak gerek görüldüğünde (bazen de kanunen zorunlu hallerde) bir üst safha olan temyiz yoluna geçilir. Bu yola başvurulmadığında gereken sürelerin geçmesi veya bu yola başvurulduktan sonra hükmün onanması ile hüküm kesinleşir.

## Askeri Mahkemelerin Bağımsızlığı

Askeri Mahkemelerle ilgili bütün anlatımlarımız aslında bu başlığa ilişkin anlatılacakların sağlam zemine oturtulması için yapılmış olup, bu başlıkta “Bağımsız” olması gereken ama “sözde bağımsız” olan askeri mahkemelerin “bağımlılık halleri” ortaya konulacaktır.

Türkiye'nin taraf olduğu ulusalüstü mevzuatta, adil yargılanma ilkesi bağlamında mahkemelerin bağımsızlığı ve bu ilkenin devamı niteliğindeki, “tarafsızlık”, “bağımsız hâkim” ve “hâkim güvencesi” gibi ilkeler bakımından Askeri Yargı ve Askeri Mahkemeler değerlendirildiğinde, söz konusu mahkemelerin “mahkeme” ve “yargı” nitelikleri tartışılır hale gelmektedir.

Anayasa düzenine bakıldığında Askeri Yargı'nın temel sivil yargı düzeni dışında olduğuna giriş kısmında değinmiştik. Keza, Askeri Hâkim ve Askeri Savcılık olarak ifade edilen meslek sıfatları Anayasa tarafından öngörülmemiştir. Öyle ki, Anayasanın Hâkimlik ve Savcılık Mesleği başlıklı 140. maddesinde “Hâkimler ve savcılar adli ve idari yargı hâkim ve savcıları olarak görev yaparlar.” demekle askeri düzen içerisindeki hâkim ve savcıları sivil düzenden ayrı tutmuştur. Yine Anayasa 138. maddesinde “Mahkemelerin Bağımsız” olduğunu belirtmiştir. İlgili hükme göre;

**Madde 138:** Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler.

Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz.

Görülmede olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz.

Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.

demek sureti ile mahkemelerin bağımsızlığın güvence altına alınmıştır. Buna rağmen mahkemelerdeki “hâkim ve savcılar” su-

bay vasıfları ile mahkemelerdeki “subay” üyenin varlığı bu bağımsızlıkla ciddi bir tezat oluşturmakta, mahkeme vasfına haiz Askeri Mahkemeleri adeta askeri hiyerarşi düzeni içinde birer “disiplin” şubesi haline getirmektedir.

Şimdi aşağıda bu iki hususun yargı üzerindeki gölgesinin derinliğini ve yarattığı karanlığı inceleyelim.

### **1. Ast-Üst İlişkisi Yargı Bağımsızlığına Gölge Düşürmektedir**

Yukarıda birinci başlıkta verdiğimiz mahkemelerin kuruluşu ile bundan sonra inceleyeceğimiz “mahkeme hâkim ve savcılarının seçim” usulü beraber değerlendirildiğinde, Askeri Yargı düzeninde iki kimlikli mevkie sahip hâkim ve savcılarının ortaya çıktığı görülecektir. Mahkemede hâkim veya savcı olan görevliler, bir yandan da subay kimlikleri ile ordu hiyerarşisi içerisinde yer almaktadırlar. Dolayısıyla anayasal hükümle görevlerinde bağımsız olması gereken hâkimler, pratikte üstlerine bağlı olmak zorundadırlar.

Değindiğimiz bu iki kimliklilik, yargılama yapan hâkimlerin gerek özlük hakları gerekse vicdani kanaatlerini etkiler niteliktedir. Yargılama yapan yargı makamının bir yandan 926 sayılı Askeri Personel Kanunu tarafından kendisine uygulanan ve subay olması hasebi ile kıdem ve yükselmesini etkileyen hususları düşünürken, bir yandan da vicdani kanaatinin bağımsızlığından bahsetmek beraberce düşünülmeli güç mevzulardandır.

Öte yandan, söz konusu iki kimlikli olma keyfiyeti, gerek İHAS madde 6’da öngörülen, gerekse Anayasa’nın 138. maddesinde düzenlenen mahkemelerin bağımsızlığı ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Hâkimlik mesleğinin gerektirmiş olduğu teminatı zedeler nitelikteki bu hiyerarşik düzende, tabiiyet, ast-üst ilişkisi içindeki kişilerden birinin (bazen astı) yargıçlık yaparken, diğerinin ise sanık olarak (bazen üst) astın karşısına çıkması söz konusudur. Unutulmamalıdır ki burada yargılama yapan yargıç amirini yargıladığını bilmekte, çoğunlukla da hala nüfuz sahibi olan bu şahsın nüfuzunu aşmamaktadır.

Hâkimlik makamı için yaptığımız bu açıklamada dikkat edilmesi gereken, yaptığımız açıklamaların münhasıran mahkeme heyetini oluşturan kişilerden sadece hâkim olanlar için yapıldığıdır.

Bu yönüyle mahkeme heyetindeki subay üyenin açıklamalardan varestede tutulduğu unutulmamalıdır. Şöyle ki, subay üye kontenjanından yargı makamını işgal eden kişi, yukarıda değindiğimiz üzere ne bir hâkimlik ehliyetine sahiptir nede uzman bir bilirkişidir. Bu durumdaki bir kişinin, gerek Anayasa’nın gerekse İHAS madde 6’da öngörülen “kanuni hâkim” güvencesi ilkesindeki hâkimlik vasfını bile taşımasının, ciddi insan hakkı ihlallerine neden olabileceği açıktır.

### **2. Meslekten Hâkim Olmayan “Üye”nin Formasyon Sorunu da Adil Yargılamayı Etkileyen Başka Bir Sorundur**

Ayrıca subay da olan hâkimler mahkeme heyetinde daimi üyeler iken heyetin üçüncü üyesi olan subay üye her özellikli yargılama için ayrıca belirlenmekte, dolayısıyla zaten hâkim ehliyet ve yeterliliğine haiz olmayan bu üye, uygulama içinde rutin bir yeti ve hukuki refleks de kazanmamaktadır.

353 sayılı Kanun’da sahip olması gerekli nitelikleri sayılan subay üyenin, ne amaçla mahkeme heyetine sokulduğu örtülü de olsa anlaşılamamaktadır. Kanaatimizce subay üye, yargılama yapan subay hâkimlerin bir an için unutulabilecekleri “subay” vasıflarını hatırlatmak için düzenlemeye konmuş, dolayısıyla yargılamanın tarafsızlığını etkilemek için kanunda düzenlenmiş bir unsurdur.

## **ASKERİ HÂKİM VE SAVCILAR**

Hâkimlik mesleği, yapılan vazifenin memnuniyetinin veya hüsrânının, yalnızca hak dağıtıcısının kendi vicdanında resmedildiği bir meslektir. Bu yüzden, kendini gayretle ve hassasiyetle vazifesine verenler için en faziletli mesleklerden addedilir.

Bu başlıkta inceleme konumuz Askeri Mahkemelerin asli unsurları olan hâkim ve



savcıların seçim usulleridir. Bunu yaparken üst başlıkla bağlantı kurmaya çalışacağız.

Askeri Mahkemeler birçok hususta sivil mahkemelerden farklı özelliklere sahiptirler. Bunların başında da Askeri Mahkemelerde görev yapan hâkim ve savcıların statüleri gelmektedir. Askeri Mahkemelerde yukarıda değindiğimiz gibi bir subay üye bulunmakla beraber, bu subay üyenin bulunmaması halinde bile bu mahkemelerin tam bağımsızlıkları hiyerarşinin gölgesi altındadır. Söylemimizin temel dayanağını da hâkim ve savcılarının “iki kimlikli” statüleri oluşturmaktadır. Statü kavramı ile şüphesiz hâkim ve savcılarının bu sıfatları yanında bir de “subay” olmalarını işaret etmeye çalışmaktayız.

Söz konusu bu iki kimlik yönü ile aşağıdaki başlıklarda kısaca Hâkim ve Savcı unvanına sahip “subayların” seçim usullerine kısaca değineceğiz.

#### **a) Askeri Hâkim ve Savcılarının Seçim Usulü**

Askeri Mahkemelerde görev yapacak olan subay “Hâkim” ve “Savcılar” Anayasada statüleri tamamen muğlak olan, hatta 140. maddesinde “Hâkimler ve savcılar adlı ve idarî yargı hâkim ve savcıları”ndan ibarettir denilmekle rahatlıkla askeri hâkim ve savcılarının anayasal statüden yoksun asker kişiler, memurlar olduklarını söyleyebiliriz. Anayasa’nın bu formüle yanlışlığına rağmen 26.10.1963 tarihli ve 357 sayılı Askeri Hâkimler Kanunu, hâkim ve savcı subay üyelerin seçim usulünü düzenlemiştir. Bu kanunda ayrıca subay üyelerin özlük işleri, atanma biçimleri gibi birçok hususta düzenlenmiştir.

#### **b) Askeri Hâkim ve Savcılar HSYK’ya Bağlı Olmayıp MSB’ye Bağlıdır. Bağımsızlık İlkesi Bu Yönüyle Başka Bir Açıdan da Zedelenmektedir**

Kanunda göze çarpan ilk husus şudur ki, Askeri Subay Hâkim ve Savcılar, sivil mahkemelerde görev yapan meslektaşları gibi Hâkim ve Savcılar Yüksek Kurulu gibi bağımsız (kısmen de olsa) bir kurul tarafından seçilip atanmamaktadırlar. Ayrıca Askeri Mahkemelerin idari işleri ile askeri savcılıkların bütün işlemleri Milli Savunma Bakanının gözetimine

tabi tutulmuştur.<sup>7</sup> Tamamen siyasi bir organ olan, yürütmenin bir organı olan Savunma Bakanlığı’na bu bağıllık hususu ise mahkemelerin bağımsızlığı açısından izahı zor bir durumdur.

357 sayılı Kanun’un 1. maddesinde, “Hâkim” ve “Savcı” üyelerin seçilebilmeleri için sahip olmaları gereken nitelikler sayılmıştır. Bu maddeye göre subay hâkim veya savcı olabilmek için,

“Türk vatandaşı olmak, Türk Silahlı Kuvvetleri Sağlık Yeteneği Yönetmeliğinde belirlenen sağlık şartlarına sahip olmak, taksirli suçlar hariç olmak üzere; affa veya zamanaşımına uğramış yahut ertelenmiş olsa bile, bir cürümden hükümlü bulunmamak veya ceza soruşturması veya kovuşturması altında olmamak; sarhoşluğu, kumar oynamayı adet edinmiş veya kumar oynatmış olmamak, yahut kendisinin veya ana ve babasının ve varsa eşinin ahlak yönünden kötü hali bulunmadığının veya kendisinin yasa dışı tutum ve davranışları olmadığının yaptırılacak araştırma sonunda anlaşılmış bulunmak”

gerekmektedir.

Genel itibariyle diğer devlet görevlilerinin seçimde aranan şartlardan farklı olmayan bu maddenin ‘Yeni Türk Ceza Kanunu ile uyumlu hale getirilmeyişi’ göze çarpmaktadır.

Kanunun 2. maddesinin başlığı askeri bir bakış açısı ile “kaynaklar” olarak belirlenmiş, Madde metninde ‘askeri hâkim ve savcı subayların kimler olabileceği belirtilmiştir. Maddeye göre,

“Muvazzaf subaylar, Askeri liseleri bitirerek Harb Okulları’na kabul olunan askeri öğrenciler, Kıtada başarı göstermiş ve bir hukuk fakültesi bitirmiş bulunan yedek subaylar, TSK nam ve hesabına harbiye veya hukuk fakültesi okuyan muvazzaf subaylar ile hukuk fakültesini bitirip de düzenlenen sınavlarda başarılı olanlar”

subay hâkim ve savcılık yapabilecek kişiler olarak belirlenmiştir.

Ayrıca muvazzaf subaylardan hâkim ve savcı olunabilmesi için Kanun’un 3. maddesinde ek bir şart öngörülerek, ancak muharip sınıftan subayların hâkim ve savcı olabileceği hüküm altına alınmıştır.

<sup>7</sup> 353. sayılı Kanun, madde 35.

Bu özelliklere sahip kişilerin seçimlerinden sonra, bir yıl aday hâkim ve savcı (657 sayılı Kanuna paralel olarak) kaldıktan sonra sicil ve sicil amirlerince verilen puanlamaya göre (başarılı olmaları halinde), 3 yıllık hâkim ve savcı yardımcılığına atanarak burada gördükleri hizmetten sonra sicillerine istinaden verilen notlarla hâkim ve savcılığa geçmeye hak kazanmaktadırlar.

Söz konusu hâkim ve savcılar bu sıfatlara sahip olduktan sonra, daha önceden subay vasfına sahip olmayan kişiler ayrıca idari olarak da TSK'ye bağlanarak, subay unvanı almaktadırlar. Bundan sonra hâkim, savcılar idari olarak TSK'ye bağlanarak iki farklı unvana bir anlamda iki farklı kimliğe sahip olmaktadır.

Yukarıda anlattıklarımız Adli Askeri Mahkemeleri hakkındaki genel durumdur. Bunun dışında fakat paralelinde olarak Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'ne üyelerin atanma usulü 1982 Anayasası'nda ve 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununda (AYİMK) düzenlenmiştir.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi için de benzer şekilde iki çeşit üye öngörülmüştür. Bunlardan biri hâkim sınıfından olan üyeler, diğeri ise hâkim sınıfından olmayan üyelerdir.

Anayasa'nın 157'nci maddesinin 2'nci fıkrasına göre,

"Askeri Yüksek İdare Mahkemesi askeri hâkim sınıfından olan üyeleri, mahkemenin bu sınıftan olan başkan ve üyeleri tamsayısının salt çoğunluğu ve gizli oy ile birinci sınıf askeri hâkimler arasından her boş yer için gösterilecek üç aday içinden; hâkim sınıfından olmayan üyeleri, rütbe ve nitelikleri Kanun'da gösterilen subaylar arasından, Genelkurmay Başkanlığınca her boş yer için gösterilecek üç aday içinden Cumhurbaşkanınca seçilir".

1602 sayılı AYİMK 7'nci maddesi hâkim sınıfından üyelerin "en az yarbay rütbesinden birinci sınıf askeri hâkimler" ve hâkim sınıfından olmayan üyelerin ise "iki yılını doldurmuş kurmay yarbaylarla, albay rütbesinde üç yılını doldurmamış kurmay subaylar" arasından seçilmesini öngörmüştür.

Bu kişilerin atanmasında öneri yetkisi bir adli makam olmayan Genelkurmay Başkanlığına verilmiştir. Bu düzenlemeler değerlendirildiğinde

Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde de bağımsız bir kurul tarafından seçilmeme sorununun Askeri Ceza Mahkemesi ile benzeştiği görülmektedir.

### c) Askeri Hâkim ve Savcılarının Sicilleri, Özlük Hakları ve Askeri Hiyerarşi İçindeki Yerleri

Anayasa Mahkemesi bir kararında "Askerilik üste doğru hiyerarşi, alta doğru ise otoritedir"<sup>8</sup> demek sureti ile Askeri Mahkeme'nin varlığının altında yatan anlayışın tespiti açısından önemli bir saptamada bulunmuştur. Belirlenen bu düşünce ekseninde yapılandırılan Askeri Mahkemeler, iki kimlikli subay (hâkim) üyelerle yönetilirken bu üyelerin sicilleri hakkında, 357 sayılı Kanun iki farklı sicil düzeni öngörmüştür. Kanunda öngörülen düzenin ilki idari sicil, ikincisi ise mesleki sicil düzenidir.

### d) Askeri Hâkimlikte Sicil Sorunu, Çift Başlılık

Mesleki sicil düzeninde tutulan tek belge niteliğindeki sicil 357 sayılı Kanun'un 12. maddesinde "Mesleki Sicil Belgesi" olarak belirlenmiştir. Bu sicil sivil mahkemelerdeki hâkim savcılar için de tutulmakta ve genel itibari ile Hâkim Savcılık yeterliliğini ölçen, gördükleri işe göre içersinde buldukları mahkemenin üst organlarınca tutulan sicildir. Esasen bu sicil belgesi askeri hâkimlik, askeri savcılık, adli müşavirlik ve disiplin subaylığı görevlerinde bulunanların tamamı hakkında düzenlenmektedir. Nitekim 357 sayılı Kanun 13. maddesinde bu sicilin Hâkim ve Savcılar için Askeri Yargıtay dairelerince tutulacağı hükme bağlanmıştır. (Madde 13/f1, b1)

İdari sicil düzeni olarak bahsettiğimiz diğer düzende ise iki farklı sicil belgesi düzenlenmektedir. 357. sayılı Kanun 12. maddesi bunları general-amiral sicil belgesi, subay (Asteğmen-Albay) sicil belgesi olmak üzere iki türlü olduğunu belirtmiştir. General-amiral sicil belgesi; idari sicil üstlerince askeri hâkim general-amiraller hakkında; Subay (Asteğmen-Albay) sicil belgesi, idari sicil üstlerince askeri hâkim subaylar hakkında tutulmaktadır.

<sup>8</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 11.12.1990 tarihli 1989/17 E. 1990/33 K. Nolu kararından.

Subay (Asteğmen-Albay) sicil belgesi subay rütbesi olarak Asteğmen, Teğmen, Üsteğmen, Yüzbaşı, Binbaşı, Yarbay ve Albay<sup>9</sup> rütbelerine sahip subaylar hakkında tutulan sicil belgesidir. Bu sicil belgesini tutmaya yetkili kişiler ise bir sınıflandırmaya tabi tutularak “Birinci, ikinci ve üçüncü sicil üstler” olarak üç sınıfa ayrılmışlardır.

357 sayılı Kanun’un askeri mantığı hâkimleri kendilerinden ayrı düşünemediği için subay unvanı verdikleri hâkimlere not vermeye yetkili sicil üstlerini de 12. maddesinde şöyle belirlemiştir;

***Subay sicil belgesini düzenlemeye ve sicil vermeye yetkili idari sicil üstleri:***

***Birinci sicil üstü:*** Sicili düzenlenecek askeri hâkim subayın kuruluş bağlantısına göre nezdinde askeri mahkeme kurulan komutan veya askeri kurum amiri; Askeri Adalet İşleri Başkanlığı, Askeri Adalet Teftiş Kurulu Başkanlığı ve Askeri Yargı ile ilgili diğer idari hizmette bulunanlar için amir durumunda bulunan en az yüzbaşı rütbesindeki,

***İkinci sicil üstü:*** Kuruluş bağlantısına göre birinci sicil üstünün bir üst görev yerinde bulunan, komutan veya amir durumundaki,

***Üçüncü sicil üstü:*** Kuruluş bağlantısına göre ikinci sicil üstünün bir üst görev yerinde bulunan komutan veya amir durumundaki subay olup aşağıdaki istisnalar saklıdır.

Hâkim olarak görev yapan kişilerin ayrıca kendi mesleklerinde ilerlemeleri bu madde ile “mesleki başarı” dışında bazı etmenlere tabi tutulmuş, adeta askeri vesayet kurarak, Karar Mercii olması gereken hâkimler, askeri hiyerarşi içersine sokulmuşlardır. Nitekim Kanun’un 14. maddesinde, “askeri hâkim subayların rütbe terfii, rütbe kıdemliliği ve kademe ilerlemesi hakkında 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu hükümleri uygulanır.” demek sureti ile hâkimleri ayrıca subay unvanları ile 926 sayılı TSK personel kanununa bağlamıştır. 926 sayılı Kanun incelendiğinde ise görüleceği üzere subayların yükselebilmesi için “subay mesleğinin gerektirmiş olduğu yeterlilikleri” yerine getirmiş

olması gerektiği vurgulanmıştır. Sonuç itibari subay hâkimlik mesleği, iki yönlü ve hiyerarşi içersinde yer alan “üste doğru hiyerarşiye itaat; aşağıya doğru ise asta karşı kendini üst görerek otorite kurmaktan mürekkep bir emir komuta (karar merci olmaktan ziyade) zincirinin” unsuru olarak ifa edilmektedir.

Askeri hâkimlerin özlük işleri ise 357 sayılı Kanunun 18. maddesinde yine subaylara ilişkin düzenlemelere tabi olduğu belirtilmiş, hâkim olmanın ötesinde subay sıfatı gözetilerek maaş yükselmeleri ve diğer özlük hakları subaylar hakkındaki kanun hükümlerine tabi tutulmuştur.

Ayrıca Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde hâkim sınıfından olmayan üyelerin mahkemede en fazla dört yıllık görevli olmaları ve bu sınırlı sürede kendi terfileri ve tayinleri için iyi bir sicil hazırlayabilmeleri gerekmektedir. Zira Askeri Yüksek İdare Mahkemesi’ndeki görevlerinden sonra asli görevlerine geçeceklerdir. Subay üyelerin bu psikolojik etkenlerle idareye karşı açılan davalarda objektif olabilmeleri ve tarafsız olarak karar vermeleri oldukça güçtür.

Bütün bu hususlar beraber değerlendirildiğinde Hâkim ve Savcı vasfına haiz kişilerin, bu vasıflarından ziyade subay vasıfları öne çıkarılmıştır. Bu da ilgili makamları işgal eden kişilerin hâkim, savcılık yapmak yerine emir komuta zinciri içersindeki “komutanlar” gibi davranmalarına sebep olabilmektedir.

**e) Askeri Hâkim ve Savcılarının “Hâkim ve Savcılık Teminatı”**

Hâkimlerin ve savcılarının bağımsızlığını garanti altına almak için 1982 Anayasası’nın 139. maddesinde “hâkimlik teminatı” düzenlenmiştir.

Hâkimlerin azlolunamaması, hâkimlerin 65 yaşından önce emekliye sevk olunamaması, hâkimlerin bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa aylık ve ödeneklerden ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamaması gibi unsurlar hâkimlik teminatının gerekleri ve sonuçlarıdır.

Mahkemelerin organ olarak bağımsızlığı, ancak yargı fonksiyonunu ifa eden hâkimlerin teminatlı bir statüye kavuşturulmaları, yani

<sup>9</sup> 27.07.1967 tarihli ve 926 sayılı TSK Personel Kanunu, madde 29.

herhangi bir baskı veya tehditle karşılaşmazın görevlerini tam bir serbestlik ve tarafsızlıkla yerine getirebilmeleri ile gerçek bir anlam kazanır.<sup>10</sup>

Özetle hâkim teminatı, hâkimlerin her türlü dış baskı, tehdit, teşvik, tavsiye, telkin ve yönlendirmeye karşı korunması ve en önemlisi azlolanamamasıdır.

Askeri muhakemenin bağımsız organlarca yürütülmemesi, yürütmenin yukarıdaki belirttiğimiz çeşitli durumlarda hâkimlerin kararlarına (en azından ve en iyimser şekilde) psikolojik olarak müdahil olması dahi hâkim teminatına gölge düşürmektedir.

#### d) Yaş Kararlarıyla Hâkimlik Teminatı Ağır Şekilde İhlal Edilmektedir

Ayrıca yılda iki kez düzenlenen YAŞ toplantılarında emeklilikler ve terfiler karara bağlanmakta; bazı nedenler gösterilerek hâkimler azledilebilmektedir. YAŞ toplantıları askeri yargı içerisinde bir düzen olmadığından doğrudan konuyla alakalı görülmesi dahi, alınan kararlar ve sonuçları itibarıyla hâkimlik teminatına etkileri söz konusudur.

İdarenin arzusu ile mesleğini kaybedebileceği endişesine kapılan hâkimlerin, görevlerini adalet icaplarına uygun bir şekilde yapmakta müşkülata düşebileceği, bağımsızlıklarını kaybedebileceği unutulmamalıdır.<sup>11</sup> Hâkim sıfatı ile görev yapan bir subayın bile bu duruma düşebilme ihtimali dahi hâkim teminatı açısından olumlu değerlendirilemeyecek önemli bir husustur.

Bu sebeple yargı denetimine tabi olmayan YAŞ kararları ile ihraç edilen askeri hâkim ve savcılarının düşürüldükleri bu durum, kendilerinden sonra aynı görevi ifa eden meslektaşları için de YAŞ üzerinden sürekli psikolojik bir baskı olarak hâkimlik teminatına aykırılığı yaratmaktadır.

Ayrıca Yüksek Askeri Şura'nın Kuruluş ve Görevleri Hakkındaki Kanunun 3. maddesinde, askerlerin ihracı ile ilgili bir görevi bulun-

mayan kurumun, işlevsel bir askeri disiplin mahkemesi dâhilinde bu hususlarda karar verme hakkını disiplin mahkemesine bırakması ile söz konusu sıkıntı giderilebilecektir.

## DEĞERLENDİRME

Avrupa ülkelerinin pek çoğunda barış zamanlarında Askeri Mahkeme bulunmamaktadır. Askeri Mahkeme bulunan ülkeler ise, Askeri Mahkemelerine sivil yargıçların katılımını sağlamaya yönelik çalışmalar yapılmaktadır. Yine pek çok ülkede, Askeri Yargı'tan bahsedilmediği gibi, iki başlı, üç başlı yargı sistemleri de kabul görmemektedir.

Yargı sistemimize ait yukarıda belirttiğimiz sıkıntılar, karşılaştırmalı hukuk bağlamında düşünüldüğünde, yargının bağımsızlık serüveninde akıllara şu sorular takılmaktadır. Acaba hâkim ve savcılık yapan subaylar bütün baskılardan uzak bir şekilde yargılama yapabilmekteler midir? Ya da böyle bir imkânları var mıdır? Askeri Mahkeme olarak bilinen kurum bir disiplin şubesi midir? Askeri hâkim üste bağlı iken aynı zamanda bağımsız olabilir mi? Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin verdiği bir kararla YAŞ'a sevkedilen hâkim için hâkim teminatı, adli yargıdaki bir hâkimin hâkim teminatı ile aynı mıdır?

Askeri yargının görev ve yetki alanının, sivil mahkemelere kıyasla kural olarak arızı nitelik taşıması gereği açısından bakıldığında; Türkiye'de askerin görev ve yetkisinin fiili olarak savaş, seferberlik ve güvenlik arızı halleriyle sınırlı olmaktan uzak olması gerçeğinden dolayı, esasında askeri yargı "arızı" olmaktan oldukça uzaktır. Askeri yargının, kapsam olarak arızı olmadığı gerçeği bir tarafa, askeri yargının ve Askeri Mahkemelerin mevcut halleriyle, "yargı" vasfını haiz olup olmadığı da tartışmalıdır. Yani Türkiye'nin taraf olduğu ulusal üstü mevzuatta, adil yargılanma ilkesi bağlamında mahkemelerin bağımsızlığı ve bu ilkenin devamı niteliğindeki, "tarafsızlık", "bağımsız hâkim" ve "hâkim güvencesi" gibi ilkeler bakımından askeri yargı ve Askeri Mahkemeler değerlendirildiğinde, söz konusu Mahkemelerin "mahkeme" ve "yargı" nitelikleri tartışılır hale gelmektedir. Askeri hiyerarşiye, emir ve komutaya tabi bir muhakemenin, bağımsızlığından söz edilemeyeceği açıktır.

<sup>10</sup> Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s. 358.

<sup>11</sup> 15.05.1963 gün ve 963/112-112 sayılı karar.

Yine, emir-komuta hiyerarşisinin katı bir biçimde uygulandığı orduda, asker kişileri yargılamakla yükümlü askeri hâkimin, başka bir kişi ve organdan emir almamak anlamına gelen tarafsız ve bağımsızlığı, askeri hâkimin ve askeri savcının, emir ve talimatla bağlı olması bakımından sorunlu iken, kendi sınıfından olan silah arkadaşlarını yargılaması bakımından ise de bu defa “kendine karşı” bağımsız ve tarafsızlığı sorunludur.

Bunlara ek olarak, askeri yargıda, amir konumunda bulunan sicil amirlerinin hazırladığı siciller doğrultusunda yapılan hâkim ve savcı atamalarının da, mahkemenin ve hâkimin bağımsız olmadığına ve hâkimlik güvencesinden yoksun olduğuna karine teşkil ettiğini belirtmekte fayda var. 28 Şubat döneminde Emniyet İstihbarat Dairesi Başkanı Bülent Orakoğlu ve Onbaşı Kadir Sarmusak’ın askeri mahkemede yargılandıkları davada beraat etmeleri sonrasında, beraat kararı veren mahkeme üyelerinin zorunlu atamaya tabi tutulmuş olmaları bu karineyi destekleyen örneklerden sadece biridir.

Adil yargılanma ilkesi bağlamında, Askeri Mahkeme üyeleri arasında hukuk eğitimi almamış subayların bulunması da, dikkatle değerlendirilmelidir.

Yine, Şemdinli davasında, sivil mahkemelerin sanıklar hakkında 39 yıl hapis cezasına hükmetmesi üzerine, Yargıtay tarafından, davaya konu eylemlerin, askeri suç kapsamında değerlendirilerek davanın askeri yargının görev kapsamında olduğuna hükmedilmesi sonrasında Askeri Mahkeme’nin sanıklar hakkında tahliye kararı vermesi, Mahkeme’nin yapısı ve doğası itibarıyla anlaşılabilir iken; sivil bir üst mahkeme olan Yargıtay’ın yerel mahkeme kararını görevsizlik nedeniyle bozarak dosyayı askeri yargıya göndermesi anlaşılabilir değildir.

Böylece sivil bir mahkeme, kendi görev alanını gönüllü olarak daraltarak, askeri yargının görev alanını kendi aleyhine genişletme eğiliminde olmuştur. Elbette bu sorun, bir dönem askeri brifingler almış ve sivil siyaset alanının daraltılmasına büyük katkılarda bulunmuş yargı camiasının gerçek anlamda sivil olup olmadığıyla da ilgilidir.

Son olarak, Ergenekon Davası kapsamında, sanıklardan birinin ofisinde ortaya çıkan “İrticaya Karşı Eylem Planı”nın, *Taraf* gazetesinde yayınlanmasından sonra, Askeri Savcılığın tartışmalı bir yayın yasağına karar vermesi, Eylem Planında imzası bulunan Albay’ın çağrıldığı ifadeye gitmeyeceğinin açıklanması ve olay hakkında soruşturma yürüten Askeri Savcılığın, eylem planı hakkında, soruşturmaya gerek bulunmadığı yönünde karar vermesi, bu çalışmada açıklanan hususları ispatlar mahiyettedir.

## SONUÇ

Böyle bir raporlama çalışmasının hacmini aşacak iddialara değinmeden, sonuçları şöyle özetlemek mümkündür;

- Askeri hâkim ve savcılık yapan subaylar öncelikle, subay yönleri ile göz önünde bulundurulmalı, çifte kimlik taşıyan astın, yani üstleri nazarında bir emir muhatabının, hiyerarşi içindeki yerini unutarak yargılama yapması olanak dışında görünmektedir. Öncelikle bu husus askeri mantıkla ters olup, Anayasa Mahkemesinin tabiri ile “üste karşı hiyerarşi” kuralına aykırıdır. Öte yandan, yargılama yapan subaylar, askeri unvanları ile mahkemede hâkimlik makamını işgal etmektedirler. Yargılamalarda ortaya çıkacak ilk ve en büyük sorun ise zaten buradan kaynaklanmaktadır; “üstünü yargılamaya çalışan, bir astın varlığı”.
- Heyet şeklinde teşekkül ettirilen Askeri Mahkemelerin doğal üyelerinden biri olan subay üye ise kendi başına önemli sorun teşkil etmektedir. Öyle ki, hiçbir hukuki formasyona sahip olmayan, hukuki bir ehliyetten ve en asgari usul bilgilerinden bile yoksun subay üye yargılama yapma yetkisine sahip kılınmıştır. Unvanının önünde hâkim veya savcı sıfatı bulunmayan üye, bilirkişilik vasfına bile haiz değil iken yargılama yapması, suç teşkil eden fiilleri mahkeme heyetinden biri olarak vasıflandırması, mevzu bahis fiillere müstahak cezalar vermesi en ağır insan hakkı ihlalden öteye bir şey değildir. “Adil Yargılanma Hakkı” olarak formüle edilen hakkın kapsamındaki “doğal hâkim” ilkesini yerle yeksan eden

subay üye, kelime anlamı ile bile “hâkimlik” vasıflarına haiz değildir.

- Tarafsız, baskılardan uzak yargılama yapma, mahkemelerin hem görevi hem de hakkı niteliğindedir. Askeri yargı kapsamında yaptığımız incelemede değinildiği üzere, “kıta komutanı veya kurum amirinin refakatinde kurulan” savcılık makamı kendi başına hareket kabiliyetine haiz değildir. Kıta komutanı veya kurum amirinin istemi ile daha doğrusu emri ile harekete geçen bir mekanizmanın, yani re’sen soruşturma yetkisi olmayan bir mahkemenin yargılama yapma hakkına sahip olmadığı ortadadır.
- İdari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların ilk ve son derece mahkemesi olarak görev yapmakta olan Askeri Yüksek İdare Mahkemesi üyelerinin fazlaca deneyime sahip olmaması, subay üyelerin en fazla 4 yıl ve pratikte genelde 2 yıl görev yapıyor olmaları, idarenin lehine hareket etmelerinin sonraki görevleri için gerekli oluşu vb. muhtemel sakıncaları nedeniyle bağımsız bir mahkemeden söz etmek imkânsızdır.
- YAŞ toplantılarında alınan ihraç kararları ve bu kararların bir mahkeme tarafından denetlenemiyor oluşu, hâkim subaylar bakımından “hâkim teminatı”na gölge düşürmektedir.
- Özetle, yukarıda değindiğimiz bütün hususlar; subay hâkim ve savcılarının varlığı, mahkemelerde subay üyenin varlığı, yargılama sürecinin kıta komutanı veya muadili kurum amirinin başlatması, hâkim ve savcı teminatının olmayışı gibi hususlar, Askeri Mahkemelerin bağımsız olmadığı gerçeğini ortaya çıkarmaktadır.

## ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Askeri yargı konusunda temel sorunun, bir darbe Anayasası olan 1961 Anayasası ile ihdas edilen ve yine bir askeri darbe ürünü olan 1982 Anayasası ile güçlendirilen Türk Askeri Yargısı’nın, Türk yargı teşkilatı içerisinde meşruiyetinin bu güne kadar sorgulanmadan yerini koruyabilmesi, darbelerin sonuçlarının ve etkilerinin, büyük ölçüde yürürlükteki darbe Anayasası sayesinde sürmekte olduğu

gerçeği hatırlanarak, somut çözüm önerisi bağlamında, askeri yargıyı da içine alan kapsamlı bir yargı reformu ve sivil bir Anayasanın gerekli olduğu açıktır.

Çok başlı ve dağınık bir yargı sisteminde, bağımsız yargılamadan da söz edilemeyeceğinden ve Askeri Mahkemelerin bağımsız yargılama yapmalarının mümkün olmadığından, Mazlumder olarak aşağıdaki önerileri teklif etmekteyiz;

- 1) Askeri yargı da dâhil, adli ve idari bütün yargı mercileri birleştirilmelidir.
- 2) Ceza Kanunu tek bir Ceza Kanunu olarak var olmalı, ayrıca Askeri Ceza Kanunu şeklinde başka bir ceza normu ortadan kaldırılmalıdır.
- 3) Bir ülkede birden fazla Yargıtay olması yargıda birliğe ve tabii hâkim ilkesine aykırı olduğundan bu konuda yeni bir düzenlemeye gidilmelidir. Bu çerçevede gerekirse halihazırda Yargıtay’ın içerisinde 21 hukuk, 11 ceza dairesi mevcut olup, her biri görev bölüşümü esasına göre görev yapan bu dairelere ek bir daire oluşturularak sorunun çözümü sağlanmalıdır.
- 4) Sivil adli yargıdaki özel dairelerde yargılama yapma usulü ile, İş Mahkemesi, Aile Mahkemesi, Vergi Mahkemesi, Kadastro Mahkemesi gibi, yargılama yapılması usulü ön görülmeli, sonuç itibarıyla bağımsız ve hiyerarşi dışı hâkim ve kurumla yargılama yapılma yoluna gidilmeli, asker kişilerin görevlerinden doğan özellikli sakıncalar giderilerek yargılama yapma yolu seçilmelidir.
- 5) Askeri Yüksek İdare Mahkemesi de 1. maddede de zikrettiğimiz üzere tamamen kaldırılmalı, askeri bünye ile ilintili tüm idari eylem ve işlemlere ilişkin olarak mevcut İdare Mahkemeleri ve Bölge İdare Mahkemeleri görevli olmalıdır.
- 6) Sivil yargıda oluşturulacak yargı birliği içerisinde özel yetkili mahkemelerin dışında askeri mahallerde disiplin bozucu fiilleri koşturmaya yetkili Disiplin Mahkemeleri görevlerine devam etmeli, bütün idari kuruluşlarda olduğu gibi sadece disiplini ilgilendirir fiilleri yargılamakla görevli olmalıdır.



# Yoksulluk Ekseninde Engellilerin Eğitimi<sup>(\*)</sup>

Arzu BESİRİ



*“Herkes, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi veya diğer herhangi bir akide, milli veya içtimai menşe, servet, doğuş veya herhangi diğer bir fark gözetilmeksizin İnsan Hakları Evrensel Beyannameğinde ilan olunan tekmil haklardan ve bütün hürriyetlerden istifade edebilir.”*

## GİRİŞ

**T**ürkiye’de engelliler toplumuyla bütünleşme yönünde yoğun sorunlar yaşamaktadırlar. Yaşamın pek çok alanına yayılan sorunlar, engelli bireylerin, toplumla işlevsel bir bütünlük içinde yaşamalarını güçleştirmektedir. Toplumun engelliye anlamaması, yaşadıkları hayat içinde onları fark etmemesi, engellilerin de kendilerini geriye çekmesine böylece toplumda ayrışmalara sebep olmuştur.

Eğitim olanaklarından yeterince yararlanamama, fiziksel ayrımcılığa maruz kalma, toplum içindeki düşük roller, işsizlik, yoksulluk ve daha birçok konu engelliler tarafından yaşanan temel sorunlardır. Engelli bireylere yönelik ön yargılar beraberinde birçok olumsuzluğu getirmektedir. Engelli bireyler eğitim ve istihdam sorunları, ön yargılar neticesinde yanlış tutumlar, bağımsız hareket edememe ve ulaşılabilirlikte engeller gibi nedenlerle çoğunlukla geçimlerini temin edememektedirler. Anayasa’nın 10. maddesine göre, herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle kanun önünde eşittir. Bu hükümden de herkesin eşit haklara sahip olduğunu kolaylıkla çıkartı-

rız. Fakat bu eşitlik ilkesinden en az yararlananlar maalesef engellilerdir. Bunun nedeni engellilerin Anayasa’dan ve yasalardan kaynaklanan haklarını bilmemeleri, engelliler adına hizmet veren başta vakıf ve dernekler olmak üzere kurum ve kuruluşların üyelerini bilinçlendirecek yeterliliğe sahip olmamaları vs. dir.

Her şeyin hızla değiştiği bir dünyada, engellilerin de eğitilip potansiyel haline dönüştürülmesi gerekmektedir. Dünya Bankası verilerine göre dünyanın en yoksul toplumlarının %20’sini engelli kişiler oluşturmaktadır. Sadece sosyal transferler yardımıyla engellilerin yoksulluğunun önüne geçilemez. Engelleri özel eğitim gerektiren bireylerin topluma etkin ve üretken kişiler olarak katılımlarını sağlamak gereklidir. Ancak burada önemli bir husus daha vardır. Özel eğitim veren bu okullarımızda öğretmen eksikliği had safhadadır. Bunun bir sebebi de özel eğitim bölümü mezunu veren sadece beş üniversitemizin bulunmasıdır.

Eğitimde fırsat eşitliği ilkesinden yola çıkarak, eğitim ihtiyaçlarını karşılamak, özellikleri doğrultusunda uygun ortamlarda eğitim almalarını sağlayarak bu konuda gerekli tedbirleri almak da, Milli Eğitim Bakanlığı’nın görev ve sorumluluklarındandır. Eğitilmiş engelli özele aile ekonomisine, genelde ülke ekonomisine üreterek katkıda bulunduğu zaman hem kendisi mutlu olacaktır, hem de toplumda hak ettiği saygınlığı kazanacaktır.<sup>1</sup>

Bu çalışmanın amacı engellilerin toplumla bütünleşmesi yönündeki engellerden eğitim sorununa ve yoksulluğa dikkat çekmek, gerçekleştirilen uygulamaların olumlu olumsuz yönlerinden bahsetmektir.

<sup>(\*)</sup> Tebliğ, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*’nin 83. sayısında yayınlanmıştır.

<sup>1</sup> K. Karakaş, *Engellilerin Toplumla Bütünleşme Sorunları*.

## ENGELLİLİK KAVRAMI

Yalnız bizim dilimizde değil, diğer birçok dilde de engelli ve engellilik anlamına gelen birden fazla sözcük bulunmaktadır. Adlandırmadaki bu farklar, zaman zaman öyle çok tartışmaya neden olmaktadır ki, bu tartışmalar gerçek sorunların önüne geçebilmektedir. Engellinin kim, engelliliğin de ne olduğu açık bir biçimde ortaya konmayınca, engellilere yönelik geliştirilecek politikaların, yasaların ve hizmetlerin de kapsamı belirsizleşmektedir. Bu belirsizlik de uygulamada pek çok sorunun ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Adlandırmadaki karmaşa ve tanım güçlüğü, engellinin kendini anlatmasını ve diğerlerinin de onları anlamasını zorlaştırmaktadır.<sup>2</sup>

Türk Dil Kurumu sözlüğünde insandan iki eli olan, iki ayak üzerinde dolaşan, sözle anlaşılabilir, akıl ve düşünme yeteneği olan en gelişmiş canlı diye söz edilmesi engelli insanı tarif etmemekte ve bu tarife girmediklerinden bazı engellileri insan görmemektedir. Bedensel ve zihinsel engelliler, sağır ve dilsizler bu tarife girmemekte, görme ve süregelen engelliler bu tarife girmektedir. Bu da tanımlarda sadece engellilerle engelli olmayanlar arasında değil, engelliler arasında da ayırım yapıldığına işaret etmektedir. Halbuki İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 1. maddesinde "Bütün insanlar özgür, onur ve haklar açısından eşit doğarlar" yazar. Fakat bu eşitlikten en az yararlananlar bazen de hiç yararlanmayanlar engellilerdir.

Dünya Sağlık Örgütü (WHO) verilerine göre genel olarak herhangi bir toplumun nüfusunun yaklaşık yüzde 10'unu engelli kişiler oluşturmaktadır.<sup>3</sup> Ülkemizde engelli nüfus oranı ise Başbakanlık Devlet İstatistik Enstitüsü Başkanlığı ve Başbakanlık Özürlüler İdaresi Başkanlığı işbirliği ile Aralık 2002'de yapılan ve Temmuz 2004'te Özürlüler İdaresi Başkanlığınca açıklanan Özürlüler Araştırması Raporuna göre yüzde 12.29'dur.<sup>4</sup> Dünyanın her yerinde engelli kişiler ayrımcılıkla karşı-

laşmakta ve yaşadıkları toplumların ekonomik, sosyal ve politik alanlarından dışlanmaktadır. Bu da engelliler arasındaki yoksulluğun temel nedenidir.

### 1. Engelli, Sakat, Özürlü Kavramları

Türk Dil Kurumunun sözlüğünde;

**Engelli:** Vücudunda eksik veya kusuru olan,

**Özürlü:** Gelişimin türlü yanlarıyla öğrenme gücü gibi süreçlerin birisi veya birkaçında sakat olan kişi ya da kusuru olan, defolu,

**Sakat:** vücudunda hasta veya eksik bir yanı olan, engelli, özürlü olarak tanımlanmıştır.<sup>5</sup>

Engellinin bir başka tanımı ise vücudunda doğuştan veya sonradan oluşmuş, fiziksel, biyolojik veya estetik olarak, görünüm / işlev bozukluğu nedeniyle, günlük hayat ve sosyal yaşam içerisinde engel ve sorunlarla karşılaşmakta olup, genel hayata uyum sağlayabilmesi ve engel durumuna özel gereksinimlerinin sağlanması için, sosyal-bilimsel çalışmalar ve destekleri almaya hakkı olan kişidir. (Örneğin; görme engelli, işitme engelli, zihinsel engelli, ortopedik engelli, konuşma engelli, ...)

Engelli kavramıyla ilgili Özürlüler İdaresi'nin kabul ettiği tanımlar şöyledir:

**Zedelenme-Sapma:** Bireyin psikolojik, fizyolojik, anatomik özelliklerinde geçici ya da kalıcı türden bir kayıp, bir yapı ya da işlev bozukluğu olur. Bacakların olmayışı, kolların felçli oluşu, iyi görememe vb. gibi durumlar birer zedelenmedir.

**Yetersizlik:** Zedelenme ya da bazı sapmalar sonucu, bir insan için normal kabul edilen bir etkinliğin ya da hareketliliğin, engellenme veya sınırlandırılması haline denmektedir. Birey zedelenme ya da sapma sonucu yaşamında birtakım güçlüklerle karşılaşır, bazı güçlüklerin üstesinden gelmede yetersiz kalır. Bacaklarının olmayışı ya da fiziksel engelli oluşu, yürüyememe, yürüyerek yapılan etkinliklerde kişinin yetersiz kalmasına neden olur.<sup>6</sup>

<sup>2</sup> K. Karakaş, a.g.e.

<sup>3</sup> www.rehabilitasyon.com

<sup>4</sup> TC Başbakanlık Özürlüler İdaresi Başkanlığı Özürlüler Kanunu ve İlgili Mevzuat.

<sup>5</sup> <http://tdkterim.gov.tr>

<sup>6</sup> Y. Özsoy-M. Özyürek-S. Eripek, **Özel Eğitime Giriş**.



**Özür-Engel:** Bireyin yaşadığı sürece yaş, cins, sosyal ve kültürel faktörlere bağlı olarak oynaması gereken roller vardır. Birey yetersizlik yüzünden bu rolleri gereği gibi oynayamaz durumda kalırsa buna özür-engel denir.<sup>7</sup>

2004 yılında çıkarılan Özürlüler kanununa göre engelliler “Doğuştan veya sonradan herhangi bir hastalık veya kaza sonucu bedensel, zihinsel, ruhsal, duygusal ve sosyal yetilerini çeşitli derecelerde kaybetmiş, normal yaşamın gereklerine uyamayan, günlük gereksinimlerini karşılama güçlükleri olan korunma, bakım, rehabilitasyon, danışmanlık ve destek hizmeti alan kişilerdir.”<sup>8</sup>

Dünya Sağlık Teşkilatı (WHO) engelli kavramını üç ayrı ana kategoride toplayıp, değerlendirmektedir.

- a. İç veya dış organların zarar görmesi veya tahrip olması, organlardan herhangi birisinin zarara uğramış olup olmadığı genelde tıbbi bir teşhisin sonucunda kesinlik kazanmaktadır. Mesela gözün görme kabiliyetini yitirmesi, bir organın hastalığı olarak ifade edilebilir. [Impairment]
- b. Organların zarara uğraması sebebiyle ruhsal, psikolojik veya fiziki yönden fonksiyonel engellerin ortaya çıkması. Fonksiyonel engel, normal bir aktiviteyi yerine getirmekteki zorluğu ve meşakkati dile getirmektedir. Bir göz rahatsızlığının görme kabiliyetini sınırlaması, önemli bir fonksiyonel engel teşkil eder. Dolayısıyla fonksiyonel engeller, kişinin bedene ait değişik yetenek ve performans kaybını yansıtmaktadır. [Disability]
- c. Sosyal engellerin belirlenmesi. Fonksiyonel engellerin artması ile çoğu kez sosyal hayatta değişik engellerle karşı karşıya gelmektedir. Bu durumda kendilerinden beklenen sosyal rollerini yerine getirememektedirler. [Handicap]<sup>9</sup>

Tanımlardan da anlaşılacağı gibi bugün, bir kişinin engelli sayılabilmesi için, o

kişinin bedensel [anatomik, ortopedik] bozukluğundan ziyade, fonksiyonel yetersizliği olup olmadığına, bir başka deyişle, arızalanmış organların ne derecede görevlerini yerine getirip getirmediğine bakılmaktadır.<sup>10</sup>

Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesi'nin 1. maddesinin 2. cümlesine göre “Engelli kişiler, çeşitli engellerle karşılaşmaları halinde diğerleriyle eşit bir şekilde topluma tam ve etkili şekilde katılmalarını engelleyen uzun süreli fiziksel, zihinsel, ruhsal ve duygusal sakatlığı olan kişilerdir.”<sup>11</sup>

Sakat veya özürlü kelimesi yerine engelli sözcüğünü kullandığımızda yetersizliğe işaret etmesinin yanı sıra kulağa hitabı bakımından da daha güzel gelmektedir, bu yüzden engelli kelimesini kullanacağım.

## 2. Türkiye’de Engelli Profili

Türkiye’de sık görülen belirli engelli grupları şunlardır:

- Bedensel engelliler
- Görme engelliler
- İşitme engelliler
- Dil ve Konuşma engelliler
- Zihinsel engelliler
- Otistik engelliler [Otizm]
- Süreğen hastalar<sup>12</sup>

### Bedensel Engelliler

Kas ve iskelet sisteminde yetersizlik, eksiklik ve fonksiyon kaybı olan kişilerdir. El, kol, bacak, parmak ve omurgalarında kısıklık, eksiklik, fazlalık, yokluk, hareket kısıtlılığı, şekil bozukluğu, kas güçsüzlüğü, kemik hastalığı olanlar, felçliler ve spastikler bu gruba girmektedir.<sup>13</sup> Omurilik felçlileri de bu gruba girmektedir. Omurilik felci; omuriliğin hastalık veya tramvaya bağlı olarak baskıya uğra-

<sup>7</sup> Y. Özsoy-M. Özyürek-S. Eripek, a.g.e.

<sup>8</sup> TC Başbakanlık Özürlüler İdaresi Başkanlığı Özürlüler Kanunu ve İlgili Mevzuat Kitabı, s. 6.

<sup>9</sup> A. Seyyar, *Sosyal Siyaset Açısından Özürlülüğe Karşı Mücadele*, s. 4.

<sup>10</sup> A. Seyyar, a.g.e., s. 42.

<sup>11</sup> www.beyazay.org.tr

<sup>12</sup> Başbakanlık Özürlüler İdaresi Başkanlığı ve DİE, Aralık 2002 “Özürlüler Araştırması”.

<sup>13</sup> M. Öztürk, *Hayata Dokunuş-2*, s. 14.

ması ve işlevini kaybetmesidir. Uğradığı bu baskı sonucu omurilikte hasar gören bölgeler beyinle iletişim yapamaz hale gelir. Organlarla beyin arasındaki irtibat hasar gören bölgeler ve aşağısında kaybedilir. Hastalıklardan başka travmalara örnek olarak trafik kazaları, yüksekte düşmeler, sıg suya balıklama atlama, iş kazaları vs. gibi sebepler sayılabilir.<sup>14</sup>

### Görme Engelliler

Tek veya iki gözünde tam veya kısmi görme kaybı veya bozukluğu olan kişilerdir. Görme kaybıyla birlikte göz protezi kullananlar, renk körlüğü, gece körlüğü bu gruba girmektedir.<sup>15</sup>

### İşitme Engelliler

Tek veya iki kulağında tam veya kısmi işitme kaybı olan kişidir. İşitme cihazı kullananlar da bu gruba girmektedir.

### Dil ve Konuşma Engelliler

Herhangi bir nedenle konuşamayan veya konuşmanın hızında, akıcılığında, ifadesinde bozukluk olan ve ses bozukluğu olan kişidir. Konuşamayan, gırtlığı alınanlar, konuşmak için alet kullananlar, kekemeler, dil-dudak-damakçene yapısında bozukluk olanlar bu gruba girer.

### Zihinsel Engelliler

Genel zihinsel işlevlerde önemli derecede normal altı, bunun yanında uyumsuz davranışlarda yetersizlik gösterme durumudur. Eğitilebilir, öğretililebilir ve ağır zihinsel engelliler olarak üçe ayrılır.

### Otistik Engelliler [Otizm]

Konuşmada gecikmenin olması veya gelişmemesi, ilgi alanında sığılık, insanlar ile ilişki kurma yerine cansız nesnelere ilgilenme, yaşlılarıyla oyun oynamama ve tekrar edici basmakalıp davranışlarda bulunma ile kendini gösteren gelişimsel bir bozukluktur. Otistik çocukların hepsinin, tamamen aynı belirtileri göstermemelerine karşın, davranışı etkileyen

sosyal, iletişimsel ve duyuşsal alanlarda sorunları vardır. Otizm genellikle üç yaşından önce başlar ve görülme sıklığı binde birdir. Erkek çocuklarda kız çocuklara oranla dört kat daha fazla görülmektedir.<sup>16</sup>

### Süreğen Hastalık

Kişinin çalışma kapasitesi ve fonksiyonlarının engellenmesine neden olan, sürekli bakım ve tedavi gerektiren hastalıklardır. (kan hastalıkları, kalp- damar hastalıkları, sindirim sistemi hastalıkları, idrar yolları ve üreme organı hastalıkları, cilt ve deri hastalıkları, kanserler, endokrin ve metabolik hastalıklar, ruhsal davranış bozuklukları, sinir sistemi hastalıkları, HIV)

Süreğen hastalıklar engel türleri içerisinde alt başlık olarak yer almaktadır. Süreğen hastalık, toplam engellilik oranı içerisinde yer almakta ancak nitelikleri incelenirken, diğer engel türlerinden ayrı olarak değerlendirilmektedir.<sup>17</sup>

## ENGELLİLERDE EĞİTİM

Engelli bireylerin eğitimleri eski olmamakla birlikte çeşitli evrelerden geçmiştir. Eğitimlerinin geç başlaması ve çeşitli evrelerden geçişi, sağlıklı insanların engellilere karşı tutumundan kaynaklanmaktadır. Sağlıklı insanların tutumu da bilim, teknoloji ve uygarlığın gelişimi ile değişim göstermektedir. Bir dönem engelliye öldürme, ıssız yerlere terk ederek ondan kurtulma yoluna gidilmiştir.

Tevhid dini ve bilimdeki gelişmeler, sağlıklı insanların engelliye karşı tutumunu değiştirmiş, onların da insanca yaşama hakkı olduğu, olması gerektiği görüşünü yaygınlaştırmıştır. Bu görüş, onların topluma eğitilerek kazandırılmalarının mümkün olduğunu göstermiştir.

Aşağıda eğitimle ilgili bütün kanunları almamakla birlikte sadece temel olduğuna inandığım birkaç kanununun ilgili maddelerini ele alacağım.

<sup>14</sup> www.tofd.org.tr

<sup>15</sup> M. Öztürk, a.g.e., s. 14.

<sup>16</sup> Komisyon, *Otistik Çocukların Eğitiminde Aile El Kitabı*, MEB, Ankara 2002.

<sup>17</sup> M. Öztürk, a.g.e., s. 15.

## 1. İlköğretim ve Eğitim Kanununun İlgili Maddeleri

222 Sayılı, 12.01.1961 tarihli Kanunun 1. maddesine göre “İlköğretim, kadın erkek bütün Türklerin milli gayelere uygun olarak bedeni, zihni ve ahlaki gelişmelerine ve yetişmelerine hizmet eden temel eğitim ve öğretimdir.”<sup>18</sup>

“Türklük” vurgusu ve “Milli gaye” ibarelerinin muğlak ve nasıl oluşturulacağı belirsiz ifadeler olduğu, ayrıca “Türk olmayan kişiler kendilerini ilköğretimin neresinde bulacaklar” sorusu sorulursa bu maddenin 1961 zihniyetini yansıttığı ve yenilenmesi gerektiği açıktır. İyi niyetli, çağdaş bir yorum yaparsak, Türk milli eğitiminin genel amacının ayırım gözetmeksizin kişilerin beden, zihin, ahlâk, ruh ve duygu bakımlarından sağlıklı şekilde gelişmiş bir kişiliğe ve karaktere, hür ve bilimsel düşünme gücüne, geniş bir dünya görüşüne sahip, insan haklarına saygılı, topluma karşı sorumluluk duyan; yapıcı, yaratıcı verimli kişiler olarak yetiştirilmesinin gerekli olduğunu söyleriz. Fakat bu yorumu nasıl yapacağımızı tartışmak lazımdır.

Aynı kanunun 12. maddesinde ise, “Mecburi ilköğrenim çağında buldukları halde zihnen, beden, ruhen ve sosyal bakımdan özürli olan çocukların özel eğitim ve öğretim görmeleri sağlanır.”<sup>19</sup> der.

Kanunun bu maddesine göre 8 yıllık kesintisiz ve parasız eğitim alma hakkından bütün engelliler de diğer çocuklarla fark gözetilmeksizin yararlanırlar. Engelliler durumları gerektiriyorsa özel eğitim alırlar. Fakat burada özel eğitim için hangi engel grubunun bu eğitimi alması gerektiği ve bu gruba dahil olan çocukların sahip olmaları gereken kriterlerin belirtilmemesi kargaşaya yol açmaktadır. Engelli gereksinim ve haklarına bakış açısı 1961’den bu yana uluslararası ölçekte değişmesine karşı bizim bugünün sorunlarına hala 1961’de çıkartılan yasanın bakış açısıyla yaklaşmamız sorunludur. Engellilerin eğitim haklarına dair komple ve çağdaş bir yasaya gereksinim var-

dır. Engellilik kriteri muğlak kalmış, bütün engel türlerinin birlikte eğitilip eğitilmeyeceği, gruplandırmayı kimin yapacağı söylenmemiştir.

## 2. Milli Eğitim Temel Kanununun İlgili Maddeleri

1739 Nolu, 24.06.1973 tarihli Kanunun 4. maddesine göre, “Eğitim kurumları dil, ırk, cinsiyet ve din ayırımı gözetilmeksizin herkese açıktır. Eğitimde hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz.”<sup>20</sup>

Burada eşitlik ilkesiyle ayrımcılığın önüne geçilmeye ve ötekileştirme önlenmeye çalışılmıştır, zaten uygar bir toplumda da aksi düşünülemez.

5. maddesine göre, “Milli eğitim hizmeti, Türk vatandaşlarının istek ve kabiliyetleri ile Türk toplumunun ihtiyaçlarına göre düzenlenir.”

Bu madde ile hedeflenen, eğitimde toplumun o gün itibariyle ihtiyaç duyduğu alanlarda faaliyette bulunabilecek insanların yetiştirilmesi için eğitim sistemini mevcut ihtiyaçlara göre düzenlemek olabilir. Fakat maddenin uygulama alanının nasıl olduğu ve toplumun ihtiyaçlarının karşılanması konusunda belirsizlik hakimdir. Belki de bilinçli olarak soyut ifadeler kullanılmış. “Türk vatandaşlarının istek ve kabiliyetlerinin” ne olduğu, bunlara kimin ve hangi ölçüyle karar vereceği belirtilmemiştir. Hükümde bilimselliğe, çağdaşlığa, yeniliklere açık olmaya, evrenselliğe dair hiçbir vurgu olmaması manidardır.

Aynı kanunun 8. maddesine göre ise, “Eğitimde kadın, erkek herkese fırsat ve imkân eşitliği sağlanır.”

“Maddi imkânlardan yoksun başarılı öğrencilerin en yüksek eğitim kademelerine kadar öğrenim görmelerini sağlamak amacıyla parasız yatılılık, burs, kredi ve başka yollarla gerekli yardımlar yapılır.”

<sup>18</sup> TC Başbakanlık Özürliüler İdaresi Başkanlığı Özürliüler Kanunu ve İlgili Mevzuat Kitabı, s. 41.

<sup>19</sup> TC Başbakanlık Özürliüler İdaresi Başkanlığı Özürliüler Kanunu ve İlgili Mevzuat Kitabı, s. 41.

<sup>20</sup> TC Başbakanlık Özürliüler İdaresi Başkanlığı Özürliüler Kanunu ve İlgili Mevzuat Kitabı, s. 50.

“Özel eğitime ve korunmaya muhtaç çocukları yetiştirmek için özel tedbirler alınır.”<sup>21</sup>

Eğitim sistemimizde uluslararası sözleşmelere göre tanzim edilen Genellik ve Eşitlik, Eğitim Hakkı ve Fırsat ve İmkân Eşitliği ilkeleri büyük oranda aksamaktadır. Bu aksamların bir kısmı eğitim kurumlarının yaygınlığının sağlanamayışı ve fertlerin ekonomik gücünden kaynaklanmakta iken, önemli bir kısmı yönetim gücünü elinde bulunduranların keyfi ve despotik anlayışından kaynaklanmaktadır.

Bahsi geçen ilkelerin işlerlik kazanabilmesi, ancak, eğitim kurumlarının kurulmasının önündeki engellerin kaldırılması, özel ve gönüllü kuruluşların teşvik edilmesi ile mümkün olur.

Eğitimde eşitliğin sağlanması ekonomik, sosyal ve siyasal sebeplerden ötürü sağlıklı insanlar arasında bile mümkün olmamaktadır. Bu şartlar altında engelli bireylerin eğitimde eşitlik ilkesinden yararlandığını söylemek mümkün değildir. Eğitimde eşitlik ilkesi sadece kanuni bir düzenleme olmanın ötesine geçememiştir. Türkiye’de hem engelli bireylerin eğitimini sağlayacak uzmanların yetiştirilmesinde ve istihdamında sorunlar yaşanmaktadır, hem de engellilerin eğitim görebilecekleri derecede yeterli ve donanımlı eğitim kurumları bulunmamaktadır.

Anayasanın 42. maddesinde; “Devlet, maddi imkânlardan yoksun başarılı öğrencilerin, öğrenimlerini sürdürebilmeleri amacı ile burslar ve başka yollarla gerekli yardımları yapar. Devlet, durumları sebebiyle özel eğitime ihtiyacı olanları topluma yararlı kılacak tedbirleri alır.” hükmü yer almaktadır. Eğitimde fırsat eşitliği kanuna göre sağlanır, fakat gerçekte özel eğitime ihtiyacı olan bireyler için böyle değildir ve özel eğitmen eksikliği had safhadadır. Ayrıca engelliler okula geç başlamaktadırlar, fakat burs ve kredi verilmesi için istenen yaş şartına bazen uymazlar. Öyle olduğu yani yaş şartının gerçekleşmediği zamanlarda yapılacak uygulamayla ilgili bir hüküm bulunmaması ve bu imkândan yararlanılamaması çok büyük bir sorundur.

Ayrıca maddeyi bu haliyle yorumlarsak şu sonuca da varabiliriz: Özel eğitime ihtiyacı olan engelliler topluma yararsız (hatta zararlı bile olabilir) insanlar ki, devlet pozitif yükümlülükle bunları yararlı hale getirmeye çalışıyor. Engelli hakları konusunda çağdaş gelişmelerden yoksun bir zihniyetin hâkimiyeti mevcut olduğundan yeni baştan düzenleme gereklidir.

### 3. Milli Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun İlgili Maddesi

*3797 sayılı, 12.05.1992 tarihli kanunun 24.07.2008 tarihindeki ek 3. maddesine göre,*

Özürlü sağlık kurulu raporu düzenlemeye yetkili sağlık kurum veya kuruluşlarınca verilen sağlık kurulu raporuyla asgari %20 özürlü olduğu tespit edilen ve özel eğitim değerlendirme kurulları tarafından da eğitsel değerlendirme ve tanılamaları yapılarak 08.02.2007 tarihli ve 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu kapsamında açılan özel eğitim okulları ile özel eğitim ve rehabilitasyon merkezlerinde verilen destek eğitimini almaları uygun görülen; görme, işitme, dil-konuşma, spastik, zihinsel, ortopedik veya ruhsal özürlü bireylerin; eğitim giderlerinin her yıl Maliye Bakanlığınca belirlenen tutarı, Millî Eğitim Bakanlığı bütçesine bu amaçla konulan ödenekten karşılanır. Bu özürlü bireylerin, özür grupları ve dereceleri ile özür niteliğine göre eğitim programlarının kapsamı ve eğitim süreleri, Özürlüler İdaresi Başkanlığının görüşü alınmak suretiyle Bakanlıkça hazırlanacak ve bu Kanunun yayımını izleyen 6 ay içinde yürürlüğe konulacak yönetmelikle belirlenir.

Söz konusu eğitim hizmetini sunan veya yararlananların, gerçek dışı beyanda bulunmak suretiyle fazladan ödemeye sebebiyet vermeleri durumunda bu tutarlar, iki katı ve kanuni faiziyle birlikte ilgililerden müteselsilen geri tahsil edilir. Bu fiillerin özel eğitim okulları ile özel eğitim ve rehabilitasyon merkezleri tarafından tekrarı hâlinde, ayrıca kurum açma izinleri iptal edilir.<sup>22</sup>

<sup>21</sup> TC Başbakanlık Özürlüler İdaresi Başkanlığı Özürlüler Kanunu ve İlgili Mevzuat Kitabı, s. 50.

<sup>22</sup> TC Başbakanlık Özürlüler İdaresi Başkanlığı Özürlüler Kanunu ve İlgili Mevzuat Kitabı, s. 49.

Kanunun bu maddesiyle özel eğitim alınmasının şartlarının düzenlenişi bence yerindedir. Çünkü %20 makul bir rakamdır. Fakat burada sorun sağlık kurum ve kuruluşlarınca verilen raporların yüzdelerinin birbirini tutmamasıdır ve çok önemlidir. Çocuk aslında eğitim almaya hak kazanacak durumda olsa bile sağlık kurum ve kuruluşlarının verdiği göreceli raporlarla eğitim alamamaktadır ve bu başlı başına önemli bir sorundur. Örneğin sağlık kurulu raporu vermeye yetkili iki hastaneden biri %50 diğeri %20 engelli raporu verebilir. Bu konu daha net bir şekilde düzenlenmelidir. Kötü niyetli kişilerin Devleti zarara uğrattığında uygulanacak yaptırım doğrudur.

### a. Engellilerde Özel Eğitim ve Tanımı

Günümüz sosyal bilimlerdeki, sosyal model de engellilik hali ikinci plana itilerek, “çevresel, fiziksel, mekânsal koşullar toplumsal tutumlarla birlikte bireyi engelli kılmaktadır” denmiştir. Yani “Sosyal Model” engellenme halini sorunsallaştırır ve o hali düzeltmeye uğraşır. Dolayısıyla bu modelde engele göre özel eğitim önemlidir.

Engellinin eğitim masraflarının önceleri ailelerin tarafından karşılanması zengin aileler için sorun değildi. Eğitimde yaygınlaşma başlayınca zengin olmayanların çocuklarının eğitim masrafları hayır kurumlarınca, bağış ve yardımlarla karşılanma yoluna gidilmiştir. Günümüzde ise özel eğitim masraflarının devlet bütçesinden karşılanması kabul edilmiştir.

Özel eğitime ihtiyacı olan engel gruplarının hepsi için özel eğitim sağlanamamaktadır. Ülkemizde yüz binlerle ifade edilen özel eğitim gerektiren çocuktan sadece 50 bin kadarı bu eğitimden yararlanabilmektedir.<sup>23</sup> Özel eğitim alanlar genelde, görme, işitme ve zihinsel engellilerdir. Hem öğrenci kapasitesi hem de özel eğitim almış eğitimciler itibarıyla bu alanda yapılanma eksikliği büyüktür.<sup>24</sup>

Özel eğitim merkezlerinde görev yapan meslek dallarına mensup kişiler özel eğitimci,

özel eğitim kursu almış sınıf öğretmeni, psikolog, çocuk gelişimi ve eğitimcisi, fizyoterapist, sosyal çalışmacı, odyolog, okul öncesi öğretmenidir.

Özel eğitim çoğunluktan farklı ve özel gereksinimli çocuklara sunulan, üstün özellikleri olanları yetenekleri doğrultusunda kapasitelerinin en üst düzeye çıkmasını sağlayan, yetersizliği engele dönüştürmeyi önleyen, engelli bireyi kendine yeterli hale getirerek topluma kaynaşmasını, bağımsız, üretici bireyler olmasını destekleyecek becerilerle donatan eğitimidir. Özel eğitim birçok bakış açısına göre tanımlanabilir.

Birinci görüş, özel eğitimi “yasal temelleri olan ve bunlara göre yürütülen bir girişim” olarak ele almaktadır. Bu görüşü savunanlar, ana babanın çocukları için uygulanacak tüm eğitsel önlemler ve süreçlerle ilgili kararlara katılmalarını ve bilgilendirilmeleri gerektiğini ileri sürmektedirler. Bu görüş ülkemizde de kendisini son uygulamalarda hissettirmeye başlamıştır. Bunun sonucu olarak 573 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin hazırlanış felsefesinde bu görüş yer almaktadır. Bu yasa göre uygun olarak çıkartılan yönetmelikte, çocukla ilgili her karar alma sürecinde aile onayı da gerekmektedir. 573 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin amacı; özel eğitim gerektiren bireylerin, Türk Millî Eğitiminin genel amaçları ve temel ilkeleri doğrultusunda, genel ve meslekî eğitim görme haklarını kullanabilmelerini sağlamaya yönelik esasları düzenlemektir.<sup>25</sup> Bu görüş, tamamıyla yönetsel düzenlemeler içermektedir. Özel eğitim, mevcut eğitim sisteminin ayrılmaz bir parçası olarak ele alınmaktadır. Öğretmen-öğrenci oranları, sınıf ortamının büyüklüğü ve çoğun bu ortama yerleştirilmesi, hizmet verecek personelin öğrenciye göre dağılımı ve türleri, ne kadar kaynak sağlanması gerektiği gibi yönetsel konuları kapsar.

İkinci görüş olan, “toplumsal politikaları oluşturma yaklaşımı”nda özel eğitim, bireyin vazgeçilmez temel insan hakkı olarak yorumlanmaktadır. Yetersizliği olan bireye karşı değişmesi gereken tutumları ön plana çıkartan bir yaklaşımdır. Her iki görüşün de geçerli olduğu noktalar bulunmaktadır. Özel eğitimin

<sup>23</sup> S. Başaran, *Özürülerin Toplumsal Bütünleşmesinde Yerel Yönetimlerin Önemi*.

<sup>24</sup> M. Öztürk, a.g.e., s. 54.

<sup>25</sup> <http://orgm.meb.gov.tr/Mevzuat/573.htm>

kapsamını ve uygulamalarını belirlemede ikisi de önemli rol oynamaktadır. O da özel eğitimin temel amacını açığı vuracak olan, özel eğitimin çocuğa öğretimsel olarak nasıl müdahale etmesi gerektiği hususudur.<sup>26</sup>

Özel eğitime ihtiyacı olan engelliler özel eğitim merkezlerinde ve okullarında eğitim alırlar. Özel eğitim merkezlerinde bireysel özel eğitim ayda altı saat, grup eğitiminde dört seanstır. Özel eğitim okullarında ise eğitim ayda 120 saattir.

Başka bir tanıma göre özel eğitim, bireylerin bazı özelliklerinde meydana gelen zedelenme, sapma veya yetersizlikten kaynaklanan engel durumları ve onların genel eğitimden yararlanamamalarından dolayı eğitim hizmetlerinin özelleştirilmesidir.

Bir başka tanıma göre ise, bireylerin, akademik iletişim, devinim ve uyum alanlarında önemli eksiklik, kusur yaratan durumların önlenmesi, azaltılması ya da ortadan kaldırılmasıyla ilgili eğitsel değişkenlerin düzenlenmesiyle uğraşılmasıdır.

## **b. Özel Eğitimin Yaygınlaştırılmasının Basamakları**

2002 Türkiye Özürlüler Araştırması verilerine göre engelli olan kişilerde okuma yazma bilmeyenlerin oranı %36,3'tür.<sup>27</sup> Bu durumun başlıca nedeni, engellilerin engellenmesidir. Engelli bireylerin eğitim hizmetlerinden ve imkânlarından yeterince yararlanmadığı açık bir gerçektir.

Özürlüler İdaresi'nin yapmış olduğu araştırma baz alınarak tespit edilen bölgeler ve engel gruplarına göre özel eğitim planlamasının yapılması ve bu okulların ülke genelinde yaygınlaştırılması sağlanmalıdır.

Özel eğitimin yaygınlaştırılması çalışmalarında, aşağıda ki basamaklar doğrultusunda yapılanmaya gidilmesi kaynak israfını önleyeceğinden daha çok engellinin bu hizmete ulaşmasını sağlayacaktır.

Bu süreçteki basamaklar şöyle sıralanabilir:

**Tarama:** Özel eğitimi gerektirecek özelliğe sahip olmasından kuşku duyulanlar ile sağlıklı olanları ayırmaktır. Taramaların bazıları hastane ve kliniklerde, bir kısmı gezici sağlık ekiplerince, bir kısmı okullarda, bir kısmı da doğum sırasında yapılabilmektedir.

**Tanımlama:** Taramalarda yapılan inceleme sonucu, engelin tür ve derecesinin uzman bir grup tarafından tespit ve teşhis edilmesidir.

**Yerleştirme:** Ayrımları yapılmış engellilerin engelleri ve eğitim gereksinimlerini dikkate alarak eğitim hizmeti almalarını sağlamaktır. Yerleştirme, kalıcı bir düzenleme değildir. Çocuğun gelişimine bağlı olarak yerleştirme işlemi tekrarlanır.

**Özel Eğitimde Ortam Düzenleme:** Özel eğitim; engelli türü, derecesi ve çocuğun ihtiyaçlarıyla belirlenmiş amacın gerçekleştirilmesi için şart olan ortamda gerçekleşir.

**Özel Eğitimde Personel Sağlama:** Burada görev yapacak öğretmen veya personel mutlaka hizmet içi eğitime tabi tutulur.

**Araç-Gereç Sağlama:** Özel olarak eğitimde araç kullanma zorunluluğunun olmasıdır. Mesela Braille alfabesi olmadan görme engellilerin eğitimi mümkün değildir.

**Program Geliştirme:** Süreklilik isteyen, özel eğitim için gerekli konulardandır.

**Denetleme:** Özel eğitimde denetim eğitimin gelişmesine katkıda bulunur. Bu denetimlerde özel eğitim alanlarında çalışan personel değerlendirilirken başarılı ve yararlı olanla olmayan sağlıklı biçimde ayrılabilir.

**Özel Eğitimde Rehberlik:** Yerine göre değişik kurumlar tarafından sunulan, dengeyi sağlayan bir hizmettir.<sup>28</sup>

Eğitimsiz engellinin ne kendisine ne de topluma katkısı olabilir. Eğitim alma hakkı engellilerin anayasal hakkıdır ve özel eğitim genel eğitimin bir parçasıdır. Tek farkı engelli çocuğun ihtiyacına uygun yöntem ve araçlar kullanılmasıdır. Normal eğitim de olduğu gibi, özel eğitimde de planlama ve yürütmeden Millî Eğitim Bakanlığı sorumludur.

<sup>26</sup> [http://ozelegitimci.blogcu.com/ozel-egitimnedir\\_627077.html](http://ozelegitimci.blogcu.com/ozel-egitimnedir_627077.html)

<sup>27</sup> Başbakanlık Özürlüler İdaresi Başkanlığı ve DİE, Özürlüler Araştırması, Ankara-2002.

<sup>28</sup> M. Öztürk, a.g.e., s. 56.

## ENGELLİLERİN YOKSULLUĞU

Yoksulluk, maddi nitelikteki mahrumiyetlere sebebiyle kaynaklara ve üretim faktörlerine erişememe ve böylece asgari hayat düzeyini sürdürecektir gelirden yoksun bulunulması halidir. Sosyal boyutuyla yoksulluk “insan haysiyetine ve şahsiyetine yaraşır bir hayat düzeyinin altında, maddi yönden tam anlamıyla veya nisbi olarak yetersiz olma durumudur”.<sup>29</sup>

Yoksulluğun genel olarak kavranmasında, yoksulluğu sadece gelir eşitsizliği ve ekonomik düzlemde değil, aynı zamanda toplumda sosyal, kültürel ve siyasi eşitsizliklerin yansıması olarak ele almak çok önemlidir. Yoksulluk esas olarak sınıfsal eşitsizliğin daha keskin bir biçimde ortaya çıkması ve görünür olması halidir.<sup>30</sup>

Yoksulluğun önemli niteliklerinden biri de göreceliğidir. Yoksulluk zamana ve mekâna göre değişir. Hindistan’da yoksul olmakla Amerika’da yoksul olmak aynı şey değildir ya da Ortaçağ’da yoksul olmakla aynı şey değildir.<sup>31</sup> Almanya’daki engellinin yoksulluğuyla Türkiye’deki engellinin de yoksulluğu aynı değildir.

Bir diğer yoksulluk tanımı ise insani yoksulluktur. İnsani yoksulluğun belirlenmesindeki temel kriter ise insanın sağlık hizmetlerine, temiz su kaynaklarına, eğitim hizmetlerine ulaşabilirliği, uzun bir yaşam sürme hakkı ve “sürdürülebilirlik” ölçütüne dayalı olarak yeni fırsat seçenekleri kullanabilmek için gerekli alt yapının varlığı ya da yokluğudur.<sup>32</sup>

Türkiye Cumhuriyeti Devleti ise, sosyal bir devlet olmasına rağmen kronikleşmiş yoksulluk sorununa kalıcı bir çözüm getirememiştir.<sup>33</sup> Birleşmiş Milletler (BM) tarafından 2006 yılında yayınlanan “İnsani Kalkınma Endek-

si’nde “Türkiye, gelişmişlik düzeyi açısından sıralanan 177 ülke arasında 92. sırada yer almaktadır. Bu sıralamanın sonucunda şunu diyebiliriz: Türkiye’nin eğitim ve sağlık alanında ki performansı, gelir düzeyinden beklenebilecek olanın altındadır. Oysa ki gelir düzeyi Türkiye’nin altında olan Güney Kore, Meksika gibi ülkeler insani gelişmişlik sırasında Türkiye’nin üstündeki sıralarda yer almaktadırlar.<sup>34</sup> Ülkemizde doğru sosyal politikalar geliştirilemediğinden insani gelişmişlik seviyesi gerilerde kalmıştır.

Yoksulluğu sebepler açısından ele aldığımızda, karşımıza işsizlik, aşırı borçlanma, gelir yetersizliği veya yokluğu gibi sadece maddi faktörler ortaya çıkmamaktadır.<sup>35</sup> Yoksulluğun birçok sebeplerinden birisi de engelliliktir. Kişinin olumsuz fiziki ve fizyolojik seyirinin bir neticesi olarak engellilikten dolayı yoksulluk riski söz konusu olabilmektedir. Engellilere uygulanan fiili, tutumsal ve kurumsal ayrımcılıklar bu yoksulluğun ve sonucu olan yoksunluğun kökeninde yatar.<sup>36</sup> Bu durumda ki engellilere teminat sunmak sosyal güvenliğin görevidir. Ancak, diğer yoksullardan farklı olarak, sadece maddi güvenceye değil sosyal ilgiye de ihtiyaç duyarlar.

*Yeni yoksullar*, sosyal dışlanma kavramı, alt-sınıf kavramı ve marjinalite ile birlikte anılmaktadır.<sup>37</sup> Yeni yoksul tanımının içine engelliler de girmektedir.

Yapılan araştırmalar, dünyanın her yerinde engellilerin çok büyük çoğunluğunun toplumun yoksul kesimlerinden geldiğini ve yoksulluk içinde yaşadıklarını göstermektedir. Bu belirleme gelişmiş/endüstrileşmiş ülkeler için de geçerlidir. Ülke nüfusunun 4/1 açlık sınırının altında yaşarken, engelli nüfusun 4/2’si açlık sınırının altında yaşamaktadır.<sup>38</sup> Ülkemiz de ise engellilerin 4/3’ü açlık sınırının altında yaşamaktadır.

<sup>29</sup> A. Seyyar, *Türkiye’de Yoksullukla Mücadelede STK’ların Rolü ve Önemi*.

<sup>30</sup> Sibel Kalaycıoğlu, 21.09.2008 tarihli *Birgün* gazetesi yazısı.

<sup>31</sup> Ş. Balcı Gökçeoğlu, *Tutunamayanlar ve Hukuk*, s. 102.

<sup>32</sup> Ş. Balcı Gökçeoğlu, a.g.e., s. 103.

<sup>33</sup> A. Seyyar, *Sosyal Siyaset Açısından Yoksulluğa Karşı Mücadele*.

<sup>34</sup> www.radikal.com.tr/ek\_haber.php?ek=r2haberno=6501.

<sup>35</sup> A. Seyyar, *Bakıma Muhtaç Yoksulların Evde Bakımının Kurumsallaştırılması*.

<sup>36</sup> S. Özbudun, *Bir Ayrımcılık Aracı ve Tarzı Olarak Yoksulluk*.

<sup>37</sup> Ş. Balcı Gökçeoğlu, a.g.e., s. 16.

<sup>38</sup> K. Karakaş, a.g.m.

Kuşkusuz yoksulluk, bireylerin içinde yaşadıkları toplumla işlevsel bir bütünlük içinde yaşamalarını güçleştirmektedir. Temel insani ihtiyaçlarını gideremeyen bireylerin engelliliklerinden kaynaklanan bakımının yanı sıra sağlık ve sosyal sorunlarının üstesinden gelmesi zordur. Bu durum bir ekonomik kaynaktan beslenmeyi zorunlu kılar.

Engelli bir çocuğa sahip olan sabit gelirli vatandaşımız sağlıklı çocuğa sahip olan vatandaşın 4-5 katı masrafı üstlenmiş demektir. Bu da sizin yoksul değilseniz bile hızla yoksullaşmanız demektir. Engelli bir çocuğun eğitimi, çoğunlukla özel eğitimi gerektirmektedir. Buna birde tedavi ve ilaç masrafları da eklenecek durumda, çoğu zaman içinden çıkılmaz ekonomik bir sorun haline gelir.

Diğer yandan engellilik işsizliğin de başlıca nedenleri arasında sayıldığı için bu iki olgu arasında bir neden sonuç bağlantısı bulunduğu söylenebilir. Demek ki engellilerin topluma kazandırılmalarının önündeki en ciddi sorunlardan birisi, içinden geldikleri sosyo-ekonomik kesimin bir bütün olarak yaşadığı yoksulluk sorunu/gelir dağılımı sorunudur. Doğaldır ki yoksul kesimler arasından gelen engelliler, yoksulluğu üreten başka sebeplerle de bir arada yaşadıkları için, onlar için yoksulluk adeta bir kısır döngüye dönüşmektedir. Bu, onların toplumla bütünleşmelerinin önündeki en ciddi engeldir.<sup>39</sup>

Sosyal politikanın hedefi sosyal dışlanmayla mücadele, toplumsal aidiyet ve güven sağlamaktır. Engelliler açısından yeni sosyal politika yaklaşımında temel hedef engellilerin toplumla bütünleşmesidir. Engellilik konusu sosyal politikanın en sorunlu alanlarından ve bu durum engelliliğin dinamik yapısından kaynaklanmaktadır. Engel gruplarına göre yapılacak çalışma ve hizmet sunumları değişmektedir.

Ülkemizde ise sosyal politika açısından engelliliğin daha çok yoksulluk bağlamında değerlendirildiğini söyleyebiliriz.<sup>40</sup> Engellilik yoksulluğun ürünü olmamakla birlikte yoksulluk nedenidir ve ülkemizde engellilerimize yeterli eğitim ve istihdam altyapısı söz konu-

su olmadığından engellilik yoksulluk bağlamında hizmet sunumunun konusudur. Bu doğrultuda da engellilere yönelik hizmet sunumunun öncelikleri sadece "yardım" başlığında toplanmaya uygun değildir ve bu türden hizmetler yeterli değildir.<sup>41</sup>

## SONUÇ

Çağımızda, teknoloji alanında yaşanan gelişmeler eğitime verilen önemi arttırmıştır. Eğitim sistemini ve insan gücünün niteliğini değiştirme çabası önem kazanmıştır. İnsana verilen değer artmasıyla, engelli bireylere dönük, bireyi merkeze alan yaklaşımlar ön plana çıkmıştır. Özel eğitimin özel bir uzmanlık dalı olmasından dolayı bu alanda çalışacak öğretmenlerin nitelik ve niceliklerinin artırılmasına ihtiyaç duyulmaktadır.<sup>42</sup>

Eğitimin asıl amacı engelli kişinin yaşam boyunca kendi kendine yetebilmesini sağlayacak becerileri kazandırmaktır. Bunun içinde toplumsal aktivitelere katılmak, iletişim becerileri, sosyal etkileşim ve duygusal gelişim de girer. Bunların yanı sıra akademik beceriler de kazandırılmaktadır. Engelli kişinin kapasite ve becerilerinin belirlenebilmesi için eğitim ortamında ve günlük yaşamında da gözlenmesi gerekir. Okul içinde uygulanan program pratiğe yöneliktir. Öğretilen her şey aynı zamanda uygulanır. Çocuğun belli bir alandaki becerisini başka alanlara genellemek yanlış bir çıkarımdır. Bireyselleştirilmiş eğitim programı hazırlanırken kişinin öğrenme kapasitesi ve hızı dikkate alınmalıdır. Öğrenilen beceriyi tekrarlatmak, öğrenmeyi pekiştirici rol oynar, aynı zamanda işlemi hızlandırır. Çocuk ayrı ayrı alanlarda değerlendirilip, yeteneklerine ve kapasitesine göre program hazırlanır. Örnek olarak beden dili ve ses kullanarak harflerin karşılıkları öğretilebilir. Özellikle günlük yaşamda karşılaşılabileceği tehlikeler ve olaylarla ilgili kelimeleri, iş yerindeki makinelerin üzerindeki yazıları okuyup anlayabilmesi çok önemlidir. Özel eğitim doğumdan ölüme kadar devam eden bir süreci kapsar. Mesleki eğitim de bunun önemli bir parçasıdır. Zihinsel engelli insanların toplum yaşamına tam

<sup>39</sup> K. Karakaş, a.g.m.

<sup>40</sup> M. Aysoy, *Yoksulluk Açısından Özürlülük*.

<sup>41</sup> M. Aysoy, a.g.e.

<sup>42</sup> M. Öztürk, a.g.e., s. 143.



katılımının sağlanabilmesi için gereken becerilerin özel eğitim süresince kazandırılması amaçlanmaktadır. Kişiyi özel yaklaşım olmadığı sürece eğitimde başarıdan söz edilemez. Sosyal yaşama katılabilmek engelli birey için çok önemlidir. Bu tip yaklaşımlar bireysel ve kişisel gelişimi destekler ve sosyal yaşama adaptasyonu arttırır.

Milli Eğitim Bakanlığı'ndaki mevcut eğitim programları öğrencilerin eğitim gereksinimlerini karşılamakta yetersiz kalmakta ve programların öğrenci merkezli bir anlayışla hazırlanmadığı gözlenmektedir. Mevcut eğitim programları ile çocuğa bilgi yüklenmesinden öteye geçilememekte, bireyin yaşama hazırlanması sağlanamamaktadır. Programlar öğrenci merkezli hazırlanmadığı için de özel gereksinimli bireylere uyarlanmasında güçlük çekilmektedir.

Ülkemizde eğitim alamayan engelli sayısı 200-250 bin kadardır. Özel eğitimin gelişmesi için üniversitelerin engelli eğitimi veren bölümlerinde araştırma ve uygulamalar desteklenmeli, engellilerle ilgili "uygulama, araştırma merkezleri" kurulması teşvik edilmelidir.<sup>43</sup> Özel eğitimin yapılabilmesi için engel grupları hakkında istatistik bilgilerin tespiti doğrultusunda engelli bireylerin eğitim hizmetlerinden yararlandırılması gerekmektedir. Yapılan eğitimlerde kaynak israfının önlenmesi için bilinçli ailelerin katılımına da izin verilmeli ve fikirleri alınmalıdır.

Engelliliğine rağmen toplum hayatında, başkalarıyla eşit düzeyde yer alma fırsatlarından yararlanabilme şansına sahip olması halinde kişi, engelli olmaktan çıkmaktadır. Engelliliğin ortadan kaldırılması, bir başka ifadeyle engellilerin sosyal hayata eşit katılımının sağlanması sosyal devletin aktif sosyal politikaları ve sosyal duyarlı kesimin katkılarıyla mümkündür.<sup>44</sup>

Engelli öğrencilerin mevcut durumlarıyla ilgili aylık, dönemlik ve yıllık gelişimleri takip edilmelidir, tüm engelli çocukların sağlıklı bir eğitim alabilmesi için uygun ve yasal süreç içinde fiziki ortamlarının düzenlenmesi ta-

mamlanmalıdır.<sup>45</sup> Tüm ilköğretim okullarında görev yapmakta olan öğretmenlerin özel gereksinimli çocuklar ve özel eğitim, öğretim stratejileri konusunda en az 180 saat hizmet içi eğitimden geçirilmesi gerekmektedir ve özel eğitimde yaş sınırına bakılmadan tüm engellilere hizmet sunulması için yasal düzenlemeler yapılmalıdır.<sup>46</sup> Özürlüler Kanunu da eksikliklerine rağmen engellilere yeni sosyal haklar getirmiş ve birikmiş olan sorunların çözümlenmesine önemli derece de katkı sağlamaya çalışmıştır.

## Kaynakça

- Ali Seyyar, *Bakıma Muhtaç Yoksulların Evde Bakımının Kurumsallaştırılması*, Yoksulluk ve Sosyal Hizmetler Sempozyumu, Hacettepe Üniversitesi- Sosyal Hizmetler Yüksek Okulu Yayınları, Ankara 2003.
- A. Seyyar, *"Sosyal Siyaset Açısından Yoksulluğa Karşı Mücadele"*, Deniz Feneri Yayınları, 2003.
- A. Seyyar, *"Türkiye'de Özürlülere Tanınan Sosyal Haklar"*, Ribat dergisi, Kasım 2007.
- A. Seyyar, *Sosyal Siyaset Açısından Özürlülüğe Karşı Mücadele*, Türdav Yayınları, İstanbul 2001.
- A. Seyyar, *Türkiye'de Yoksullukla Mücadelede STK'ların Rolü ve Önemi*, 1. Ulusal Sivil Toplum Kuruluşları Kongresi, 4-6 Haziran 2004, ÇOMU Dardanos Tesisleri, Çanakkale.
- Kasım Karakaş, *"Engellilerin Toplumla Bütünleşme Sorunları"*, *Ufku Ötesi Bilim* dergisi, Cilt 2, Sayı 2, Kasım 2002.
- Komisyon, *Otistik Çocukların Eğitiminde Aile El Kitabı*, MEB, Ankara 2002.
- Mehmet Aysoy, *Yoksulluk Açısından Özürlülük*, Yoksulluk Sempozyumu, Deniz Feneri Yayını, 2003.
- Mustafa Öztürk, *Hayata Dokunuş-2*, İlke Yayıncılık, İstanbul 2008.
- Sermat Başaran, *"Özürlülerin Toplumsal Bütünleşmesinde Yerel Yönetimlerin Önemi"*, *Sosyal Politikalar* dergisi, Sayı 2, 2007.

<sup>43</sup> K. Karakaş, a.g.m.

<sup>44</sup> A. Seyyar, *Türkiye'de Özürlülere Tanınan Sosyal Haklar*.

<sup>45</sup> TC Milli Eğitim Bakanlığı Talim ve Terbiye Kurulu Başkanlığı, 17. Milli Eğitim Şurası, Ankara 2007, s. 58.

<sup>46</sup> TC Milli Eğitim Bakanlığı Talim ve Terbiye Kurulu Başkanlığı, 17. Milli Eğitim Şurası, Ankara 2007, s. 59.

Sibel Özbudun, "**Bir Ayrımcılık Aracı ve Tarzı Olarak Yoksulluk**", *Felsefe Logos* dergisi, 2006.

Şebnem Gökçeoğlu Balcı, **Tutunamayanlar ve Hukuk**, Dost Kitabevi, Mart 2007.

TC Başbakanlık Özürlüler İdaresi Başkanlığı Özürlüler Kanunu ve İlgili Mevzuat, TC Başbakanlık Özürlüler İdaresi Başkanlığı, Ankara 2006.

TC Milli Eğitim Bakanlığı Talim ve Terbiye Kurulu Başkanlığı, 17. Milli Eğitim Şurası, Ankara 2007.

Y. Özsoy-M. Özyürek-S. Eripek, **Özel Eğitime Giriş**, Kartepe Yayınları, Ankara 1998.

[www.beyazay.org.tr](http://www.beyazay.org.tr)

<http://orgm.meb.gov.tr/Mevzuat/573.htm>

[http://ozelegitimci.blogcu.com/ozel-egitim-nedir\\_627077.html](http://ozelegitimci.blogcu.com/ozel-egitim-nedir_627077.html)

[www.ozida.gov.tr](http://www.ozida.gov.tr)

[www.radikal.com.tr/ek\\_haber.php?ek=r2haberno=6501](http://www.radikal.com.tr/ek_haber.php?ek=r2haberno=6501)

[www.rehabilitasyon.com](http://www.rehabilitasyon.com)

[www.tofd.org.tr](http://www.tofd.org.tr)



# Hasta Hakları Açısından Genel Sağlık Sigortası Değerlendirmesi

Münevver Kübra BAKIRCI



## GİRİŞ

İnsanoğlu, modern dünyanın tabiriyle, risklerle çevrili bir hayatın başrol oyuncusudur. Hayatı, sağlığı, maddi varlığı her an için risklere açık bulunmaktadır. Riskler, var olma ihtimalleri ile kişi için birer tehlike kaynağıdır. Tehlikenin varlığı, yani belirsizlik hali, kişiyi kısıncasına alabilmekte ve onun maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkını zedeleyebilmektedir. Birey, çeşitli devlet kurumları çerçevesinde sözleşme ile hayat verdiği devletten tehlike karşısında güvenlik talep etmektedir. Bireyin talep ettiği güvenlik, kişiliğini en elverişli şekilde geliştirebileceği bir ortama işaret etmektedir. Devlete yüklenen bu görev, derinleşerek ve geliştirilerek sosyal devleti ve en önemli görevi olan sosyal güvenlik hakkını karşımıza çıkarmaktadır. Devlet açısından yükümlülük, birey açısından hak olan sosyal güvenlik mekanizması, bireye gelişen ve değişen dünya ile değişen ve gelişen risklere karşı koruma vaat etmektedir.

Her daim sağlıklılık, esenlik hali, bireyin gelişiminde en önemli belirleyici olmuştur. Esenlik halinin maruz kalabileceği bir tehlike, insan yaşamını, onun maddi ve manevi varlığını olumsuz etkileyecektir. İşte 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu<sup>1</sup> kapsamında yer alan genel sağlık

sigortası da, devletin “kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğu sağlamak, ... insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları sağlama...” (Anayasa, madde 5) temel görevi çerçevesinde, Anayasa madde 56’da ifade edilen sağlık hakkını geliştirmek, bu hakka yönelebilecek tehlikeleri önlemek, tehlikeler ile karşılaşılması halinde gerekli mekanizmaları harekete geçirmek amacıyla hazırlanmış bir kanun görünümündedir. Genel sağlık sigortası ile sağlık

çeşitli maddelerin iptal edilmesi hükmünü verdi. Fakat kararın verilmesi ile gerekçesiyle birlikte *Resmî Gazete*’de yayımlanması sürecinin uzayabileceğinden hareketle, iptal edilen hükümlerin uygulanmasından doğacak “giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için Yasa’nın yürürlüğe gireceği 01.01.2007 gününden kararın (iptal kararının) *Resmî Gazete*’de yayımlanacağı güne kadar yürürlüğün durdurulmasına”, 15.12.2006 günlü, 2006/111 Esas, 2006/36 sayılı karar ile karar verildi (RG. T: 26.12.2006, S: 26388). Fakat iptal kararının Kanun’un yürürlük tarihinden önce yayımlanması ile yürürlüğün durdurulması kararı işlevsiz kaldı. Anayasa Mahkemesi’nin yürürlüğün durdurulması kararı karşısında 2007 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu (RG. T: 29.12.2006, S: 26391 Mükerrer) madde 30/IV’de öngörülen hüküm ile 5510 sayılı Kanunun 108. maddesinde değişiklik yapılarak yürürlük tarihi, 01.07.2007’ye ertelendi. Kanun üzerinde Anayasa Mahkemesi tarafından verilen iptal kararının da dikkate alınarak gerekli değişikliklerin yapılabilmesi için Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun yürürlük tarihi, 5655 sayılı kanun (RG. T: 20.05.2007, S: 26527) madde 1’de öngörülen hüküm ile 01.01.2008 olarak değiştirildi. Bu süreçte 5510 Sayılı Kanun’da değişiklik yapılmasını öngören Kanun Taslağı’nın (<http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0465.pdf>) gündeme gelmesi ile gerekli zaman aralığına sahip olmak için Kanun’un yürürlük tarihi, 108. maddesinde, 2008 Yılı Merkezi Bütçe Kanunu (RG. T: 26.12.2007, S: 26740, 1. Mükerrer) madde 28 ile yapılan değişiklik ile 01.06.2008 olarak belirlenmiştir. Ancak 5754 sayılı kanun ile söz konusu maddede yapılan değişiklik sonucu, 5510 sayılı Kanun, 1 Ekim 2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

<sup>1</sup> **5510 Sayılı Kanun’un Hikâyesi:** 5510 sayılı kanun, 16.06.2006 tarihli, 26200 sayılı *Resmî Gazete*’de yayımlandı. Kanun, 108. maddesine göre 01.01.2007 tarihinde yürürlüğe girecekti. Cumhurbaşkanı ile milletvekilleri tarafından ayrı ayrı yapılan iptal ve yürürlüğün durdurulması istemleri üzerinden gerçekleştirilen inceleme sonucunda Anayasa Mahkemesi, 15.12.2006 tarihli, E. 2006/111, K. 2006/112 sayılı karar ile (RG. T: 30.12.2006, S: 26392, 5. mükerrer)

hakkının tesisi ve yaygınlaştırılması (Anayasa, madde 56/5) amaçlanmakta, bireyin esenlik halini tehdit edebilecek risklere karşı korunma sağlanmaktadır.

Sağlık hakkı, temel insan hakkı olan yaşama hakkının en önemli görünüşlerinden biridir. Yaşama hakkı, bireyin varlığının kabulü ile başlayan süreçte, onun maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesini ifade etmektedir. Bireyin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı, onun bedeni, ruhi ve çevresel faktörler açısından tam bir esenlik hali içerisinde olmasını gerekli kılmaktadır. Ancak bedeni, ruhi ve çevre esenliğine sahip bir birey, yani sağlık hakkı tanınan ve koruma altında bulunan bir birey, tam anlamıyla yaşama hakkına sahip denilebilir.

Sağlık hakkı; bireyin bedeni, ruhi ve fiziki çevre esenliğinin mevcut risklere karşı korunmasını ve geliştirilmesini, riskler ile karşılaşılması halinde ise esenlik halinin tekrar sağlanması adına gerekli teşhis, tedavi, rehabilitasyon ve diğer esenlendirici hizmetlerin sunulmasını, bireylerin bu süreçler hakkında bilgilendirilmesini ifade etmektedir.

Hasta hakları ise, sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan kimsenin temel insan hakları bağlamında genelde yaşam hakkının, özelde sağlık hakkının bir görünümü olarak sahip olduğu hakları ifade etmektedir. Ülkemizde, hasta hakları, 01.08.1998 tarihli *Resmî Gazete*'de yayımlanan Hasta Hakları Yönetmeliği ile görünür kılınmaktadır. Bu yönetmelik, uluslararası sözleşmeler, anayasa ve diğer hukuki metinlerde yer alan hasta haklarını biraraya toplamakla birlikte, haklar konusunda sınırlandırıcı bir dil kullanmamaktadır.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nde yer alan hasta haklarını başlıca şu şekilde sınıflandırmak mümkündür:

- Sağlık hizmetlerine ulaşma ve sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkı
- İradeye saygı hakkı
- Bilgi alma hakkı
- Bilgilerin gizli tutulması hakkı
- Mahremiyete saygı hakkı

- Güvenlik hakkı
- Dini vecibeleri yerine getirebilme ve dini hizmetlerden yararlanma hakkı
- Refakatçi bulundurma hakkı

Bu haklar arasında yer alan sağlık hizmetlerine ulaşma ve ondan yararlanma hakkı, ayrı bir öneme sahiptir. Çünkü Türkiye'nin de taraf devlet olduğu Uluslararası Çalışma Örgütü'nün hazırladığı 102 sayılı Sosyal Güvenliğin Asgari Normları Sözleşmesi madde 7-12, hastalık riski karşısında devlete, sosyal güvenlik hakkını gerçekleştirmek adına birtakım sağlık hizmetlerinin sağlanması görevini yüklemektedir. Devlete yüklenen bu görev, birey nezdinde, sağlık hizmetlerine ulaşma ve ondan faydalanma hakkı olarak görünmekte ve bu hak da hasta hakları içerisinde görünüm kazanmaktadır. Belirtmeliyiz ki, Hasta Hakları Yönetmeliği'nde yer verilmesi de hastalık riski karşısında sosyal güvenlik hakkı, hastanın temel haklarından biridir.

Genel sağlık sigortası; *kişilerin öncelikle sağlıklarının korunmasını, sağlık riskleri ile karşılaşmaları halinde ise oluşan harcamaların finansmanını sağlamayı garanti eden sigortadır.* (5510 Sayılı Kanun, madde 3/8. bent) *Yani hastalık riski ile karşılaşma öncesi ve sonrasında sağlık hizmetlerini sağlayan bir sigorta çeşididir.* Bu çerçevede de genel sağlık sigortası, sağlık hakkının tesisi ve yaygınlaştırılmasını, sağlık hizmetlerine ulaşma ve ondan faydalanma olgusunu tüm topluma yaymayı amaç edinmektedir.

Hasta hakları açısından "hasta" ise sağlık hizmetinden faydalanma ihtiyacı olan kimse olarak, genel sağlık sigortasının muhatabı olmaktadır. Bu çerçevede karşılaşma imkânı bulan genel sağlık sigortası ve hasta hakları, temel olarak Hasta Hakları Yönetmeliği'nde dile getirilen sağlık hizmetlerine ulaşma ve ondan faydalanma hakkı çerçevesinde incelenecektir. Bunun yanında hastanın refakatçi bulundurma hakkı ile hastaya ait bilgilerin gizli tutulması hakkı da değerlendirme kapsamında olacaktır.

Ayrıca hasta hakları açısından yeni bir hak denemesi yapılacaktır. "Hastanın Katılma Hakkı" kavramı ile sunacağımız bu hakka ilişkin değerlendirmemizin ardından "Sonuç" ile çalışmamıza son vereceğiz.

## SAĞLIK HİZMETLERİNE ULAŞMA VE SAĞLIK HİZMETLERİNDEN YARARLANMA HAKKI KARŞISINDA GENEL SAĞLIK SİGORTASI

Genel sağlık sigortası, sosyal güvenlik sistemleri içerisinde “sosyal sigorta yöntemi”<sup>2</sup> üzerinden, sigorta kapsamındaki yer alan ilgililere, güvence sağlamaktadır.

Genel sağlık sigortası, birtakım şartlar dâhilinde, birtakım sağlık hizmetlerinin finansmanını sağlamayı garanti eden bir sosyal güvenlik mekanizmasıdır.

Genel sağlık sigortası, hastalık riski ile karşılaşma öncesinde koruyucu sağlık hizmetlerine ile hastalık riski ile karşılaşma sonrası teşhis, tedavi şeklindeki sağlık hizmetlerine ulaşma halinde meydana gelen gider artışına karşı koruma için geliştirilen bir sosyal güvenlik mekanizması olmaktadır.

5510 sayılı Kanununun 92. maddesine göre genel sağlık sigortası, zorunlu bir sigortadır ve “... sigorta kapsamındaki hak ve yükümlülükleri ortadan kaldırmak, azaltmak veya başkasına devretmek için sözleşmelere konulan hükümler geçersizdir.” (5510 sayılı kanun, madde 92/1)

Sağlık hizmetlerine ulaşma ve ondan yararlanma hakkı açısından Genel Sağlık Sigortası'nı, sigorta kapsamında sunulacağı vaat edilen sağlık hizmetleri, vaat edilen sağlık hizmetlerinin sunulacağı sigorta kapsamındaki ilgililer ve sigorta kapsamındaki ilgililerin vaat edilen sağlık hizmetlerinden yararlanabilmesi için gerekli olan şartlar üzerinden değerlendireceğiz.

### 1. Genel Sağlık Sigortası Kapsamında Sunulan Sağlık Hizmetleri Açısından Değerlendirme

Genel sağlık sigortası üzerinden bir değerlendirme yapmak için öncelikle sigortanın hangi hizmetleri sunmayı vaat ettiği, yani beden ve/veya ruh bütünlüğü bozulan ya da söz konusu bütünlüğün bozulmasını önlemek adına bir kişiye hangi güvencelerin sunulduğu üzerinde durmak gerekmektedir.

#### a. Genel Sağlık Sigortası'nın Finansmanını Sağlamayı Vaat Ettiği Sağlık Hizmetleri

Sigorta kapsamında sunulan sağlık hizmetleri 5510 sayılı kanun, madde 63/1'de şu şekilde ifade edilmektedir:

- Kişilerin hastalanmalarına bakılmaksızın kişiye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri ile insan sağlığına zararlı madde bağımlılığını önlemeye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri.
- Kişilerin hastalanmaları halinde ayakta veya yatarak; hekim tarafından yapılacak muayene, hekimin göreceği lüzum üzerine teşhis için gereken klinik muayeneler, laboratuvar tetkik ve tahlilleri ile diğer tanı yöntemleri, konulan teşhise dayalı olarak yapılacak tıbbî müdahale ve tedaviler, hasta takibi ve rehabilitasyon hizmetleri, organ, doku ve kök hücre nakline ve hücre tedavilerine yönelik sağlık hizmetleri, acil sağlık hizmetleri, ilgili kanunları gereğince sağlık meslek mensubu sayılanların hekimlerin kararı üzerine yapacakları tıbbî bakım ve tedaviler.
- Analık sebebiyle ayakta veya yatarak; hekim tarafından yapılacak muayene, hekimin göreceği lüzum üzerine teşhis için gereken klinik muayeneler, doğum, laboratuvar tetkik ve tahlilleri ile diğer tanı yöntemleri, konulan teşhise dayalı olarak yapılacak tıbbî müdahale ve tedaviler, hasta takibi, rahim tahliyesi, tıbbî sterilizasyon ve acil sağlık hizmetleri, ilgili kanunları gereğince sağlık meslek mensubu sayılanların hekimlerin kararı üzerine yapacakları tıbbî bakım ve tedaviler.
- Kişilerin hastalanmaları halinde ayakta veya yatarak; ağız ve diş muayenesi, diş he-

<sup>2</sup> “Sosyal Sigorta” yöntemi ile ilgili olarak bkz.: Ali Güzel, “Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Öngörülen Reform Mevcut Sorunlara Çözüm mü?”, Çalışma ve Toplum dergisi, 2005/4, s. 4-7; M. Kübra Bakırcı, *Küreselleşme Sürecinde Sosyal Güvenlik Hakkı ve Engeller*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul 2008, s. 17’de yer alan açıklamalar.

kiminin göreceği lüzum üzerine ağız ve diş hastalıklarının teşhisi için gereken klinik muayeneler, laboratuvar tetkik ve tahlilleri ile diğer tanı yöntemleri, konulan teşhise dayalı olarak yapılacak tıbbî müdahale ve tedaviler, diş çekimi, konservatif diş tedavisi ve kanal tedavisi, hasta takibi, travmaya ve onkolojik tedaviye bağlı protez uygulamaları, ağız ve diş hastalıkları ile ilgili acil sağlık hizmetleri, 18 yaşını doldurmamış kişilerin ortodontik diş tedavileri ile 18 yaşını doldurmamış veya 45 yaşından gün almış kişilerin diş protezlerinin 72'nci maddeye göre belirlenen tutarının % 50'si.<sup>(\*)</sup>

- d) Kişilerin hastalanmaları halinde ayakta veya yatarak; ağız ve diş muayenesi, diş hekiminin göreceği lüzum üzerine ağız ve diş hastalıklarının teşhisi için gereken klinik muayeneler, laboratuvar tetkik ve tahlilleri ile diğer tanı yöntemleri, konulan teşhise dayalı olarak yapılacak tıbbî müdahale ve tedaviler, diş çekimi, konservatif diş tedavisi ve kanal tedavisi, hasta takibi, diş protez uygulamaları, ağız ve diş hastalıkları ile ilgili acil sağlık hizmetleri, 18 yaşını doldurmamış kişilerin ortodontik diş tedavilerinin 72'nci maddeye göre belirlenen tutarı,
- e) Evli olmakla birlikte çocuk sahibi olmayan genel sağlık sigortalısı kadın ise kendisinin, erkek ise karısının ... şartlarının birlikte gerçekleşmesi halinde en fazla iki deneme ile sınırlı olmak üzere yardımcı üreme yöntemi tedavileri ile bir hastalığın tedavisinin başka tıbbî bir yöntemle mümkün olmaması ve Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmet sunucuları sağlık kurumları tarafından tıbben zorunlu görülmesi halinde yardımcı üreme yöntemi tedavileri.
- f) Yukarıdaki bentler gereğince sağlanacak sağlık hizmetleriyle ilgili teşhis ve tedavileri için gerekli olabilecek kan ve kan ürünleri, kemik iliği, aşı, ilaç, ortez, protez, tıbbî araç ve gereç, kişi kullanımına mahsus tıbbî cihaz, tıbbî sarf, iyileştirici nitelikteki tıbbî sarf malzemelerinin sağlanması, takılması,

(\*) Madde 63 ün 1. fıkrasının (d) bendinin "... 18 yaşını doldurmamış veya 45 yaşından gün almış kişilerin diş protezlerinin 72'nci maddeye göre belirlenen tutarının %50'si." bölümü, Anayasa Mahkemesi'nin 30.12.2006 tarih ve 26392 sayılı 5. Mükerrer *Resmî Gazete*'de yayımlanan, 15.12.2006 T., 2006/111 E. ve 2006/112 K. sayılı kararı ile 5510 sayılı Yasa'nın 4. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendi kapsamına giren sigortalılar yönünden iptal edilmiştir.

garanti süresi sonrası bakımı, onarılması ve yenilenmesi hizmetleri.

Aktardığımız madde metninde de görüleceği üzere, genel sağlık sigortası; sigorta kapsamındaki ilgililere, analık sebebiyle sunulan hizmetleri, ağız ve diş sağlığı hizmetleri, tüp bebek ve kök hücre tedavisi ve organ nakli gibi oldukça geniş bir sağlık hizmet alanının finansmanını garanti etmektedir. Söz konusu bu düzenleme ile sigorta kapsamında sunulacak hizmet alanı geniş tutulmakta ve böylece de sağlık hizmetine ulaşma ve ondan faydalanma hakkının gerçekleşmesi için önemli bir adım atılmış olmaktadır.

### **b. Genel Sağlık Sigortası'nın Sosyal Güvenlik Asgari Standartlar Sözleşmesi Karşısındaki Durumu**

Genel sağlık sigortası kapsamında, finansmanı sağlanacak hizmetlere baktığımızda; sigortanın, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 102 sayılı Sosyal Güvenlik Asgari Standartlar Sözleşmesi'nde hastalık riskine karşı sunulması gereken asgari hizmetleri içerdiğini görmek mümkündür. İlgili sözleşmenin 10/1. maddesi şu hükmü içermektedir:

Yardımlar en az şunlardır:

a) Hastalık halinde:

- 1) Evde yapılacak muayeneler dahil, pratisyen hekimler tarafından yapılacak muayene ve tedaviler;
  - 2) Mütihassis hekimler tarafından, hastanelerde yatarak veya ayakta yapılacak muayene ve tedavilerle hastane dışında sağlanabilecek tedaviler
  - 3) Hekim reçetesiyle lüzum gösterilen ilaçların temini;
  - 4) Lüzumu halinde, hastaneye yatırma;
- b) Gebelik, doğum ve bunlardan ileri gelen hastalık ve arızalarda;
- 1) Doğumdan evvel, doğum esnasında ve doğumdan sonra, bir hekim veya diplomalı ebe tarafından yapılacak muayene ve tedaviler;
  - 2) Lüzumu halinde, hastaneye yatırma.

Genel sağlık sigortasının, hastalık riski karşısında koruyucu ve tedavi edici sağlık hiz-

metlerinin finansmanını sağlaması, sosyal güvenlik hakkının asgari ölçüsünü çizen ilgili Sözleşme hükmüne de uygunluk arz etmektedir.<sup>3</sup>

### **c. Koruyucu Sağlık Hizmetleri Açısından Genel Sağlık Sigortası**

Genel sağlık sigortası kapsamında koruyucu sağlık hizmetlerinin finansmanının sağlanması, önemli bir düzenlemedir. Sağlık hakkı, bireyin sağlığının korunmasını ve sağlığını tehdit eden riskler ile karşılaşması halinde risklerin etkisinin giderilmesi veya en aza indirilmesini ifade etmektedir. Ama sağlık hakkı çerçevesinde asıl ulaşılmak istenen amaç, sağlığı tehdit eden risklerle karşılaşmadan önce onlar hakkında yeterli bilgi sahibi olma ve onlara karşı yeterli korumanın sağlanmasıdır. Bu çerçevede koruyucu sağlık hizmetleri bireye ve çevreye yönelik olmaktadır.<sup>4</sup>

*Bireye yönelik sağlık hizmetleri;* bağışıklama, ilaçla koruma, erken tanı, iyi beslenme, aile planlaması, sağlık eğitimi gibi hizmetleri ifade etmektedir.

*Çevreye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri* ise çevredeki olumsuz fiziksel, biyolojik ve kimyasal olumsuzlukların yok edilmesini, düzeltilmesini ifade etmektedir. Genel sağlık sigortası kapsamında koruyucu sağlık hizmetlerinin sunulması, bireyin hastalık hali ile tanışması öncesinde sağlığı koruyucu ve geliştirici hizmetlere ulaşma ve ondan yararlanma hakkını tesis etmesi açısından oldukça önemli bir adımdır.

Unutulmamalıdır ki, “hasta” kavramı; sağlığı riske maruz kalmış kişi olarak değil, sağlık hizmetinden yararlanma ihtiyacı bulunan kimse olarak tanımlanmaktadır (Hasta Hakları Yönetmeliği, madde 4/b) Dolayısıyla “hasta hakları” kavramı, sadece sağlıklılık hali riske

uğramış kişiyi değil, bu risk altında bulunan herkesin haklarını ifade eden bir kavramdır.

Koruyucu sağlık hizmetlerinin sigorta tarafından karşılanması için ilgililerin, prim ödemiş olması gerekmektedir. (5510 sayılı Kanun, madde 67/1) Ayrıca kişiye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri için katılım payı ödeme şeklinde herhangi bir mali yükümlülük de öngörülmemiştir. 5510 sayılı Kanunun 69/1-c şü hükmü taşımaktadır:

“68’inci maddede sayılan sağlık hizmetlerinden katılım payı alınmayacak haller, sağlık hizmetleri ve kişiler şunlardır:

c) Aile hekimi muayeneleri ve kişiye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri”

İlgili hükümler ve uygulamalar ışığında bazı hususlara dikkat çekmek gerekmektedir. Ülkemizde koruyucu sağlık hizmeti kavramı ne halkımız nezdinde ne de sağlık personeli nezdinde, hak ettiği mevkide bulunmamaktadır. Hizmetin her iki tarafı da, gerekli bilgi ve bilinçten çeşitli düzeylerde de olsa yoksun bulunmaktadır. Genel sağlık sigortası kapsamında ilgili hükümlere yer verirken, koruyucu sağlık hizmetlerine ilişkin olarak halk ve sağlık personeli düzeyinde bilinçlendirme çalışmalarının başlatılması ve yaygınlaştırılması da gerekmektedir. Bireye yönelik herhangi bir sorun, hiçbir zaman, tek yanlı düşünme ve çözüm önerisi ile çözülebilecek nitelikte olmamıştır. İleride değineceğimiz sağlık hizmetine ulaşmak için sevk zincirine uyuma gerekliliği, ancak işbu alanda oluşacak bilinç ile istenilen amaca ulaşabilecektir. Aksi halde insanlara sağlık hizmetine ulaşma hususunda eziyet çektirmenin ötesinde bir sonuç ile karşılaşılmaz.

### **d. Ağız ve Diş Sağlığı Hizmeti Açısından Genel Sağlık Sigortası**

Sigorta kapsamında finansmanı sağlanacak sağlık hizmetleri arasında ağız ve diş sağlığı hizmetleri de yer almaktadır.

İşbu hizmetler arasında sayılan diş protez hizmeti için, 5510 sayılı Kanunun ilk halinde, 18 yaşından küçük olma ile 45 yaşından büyük olma şeklinde yaş sınırlaması mevcut

<sup>3</sup> Ali Nazım Sözer, “5510 sayılı Kanunu’nun Genel Sağlık Sigortasına İlişkin Düzenlemeleri”, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunları ve Gerçekler Sempozyumu, İstanbul Barosu-İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007, s. 156.

<sup>4</sup> S. Başak Soyluoğlu, “Çağdaş Sağlık Anlayışı”, <http://www.bilkent.edu.tr/~bilheal/aykonu/Ay2003/kasim03-cagdasaglik.html>, 09.11.2009.

idi.<sup>5</sup> Söz konusu bu hüküm, 18-45 yaş aralığındaki ilgililerin temel ağız ve diş sağlığı hizmetleri arasında yer alan diş protez hizmetinden sigorta kapsamında faydalanmasını engellemektedir. İlgililerin sağlıklılık hallerinin devamı için gerekli olan diş protezi hizmetine ulaşamamasına sebep olacak niteliktedir. Böyle bir hüküm, sosyal hukuk devletinin temeli olan eşitlik ve sosyal adalet ilkelerini ve bireyin adalet ve hakkaniyet çerçevesinde sağlık hizmetlerine ulaşma ve ondan faydalanma hakkını ihlal edebilecektir.

İlgili hükme ilişkin Anayasa'ya aykırılık iddiası da; Anayasa Mahkemesi tarafından, kamu görevlileri açısından kabul edilmiş, hükmün kamu görevlileri açısından iptaline hükmedilmiş; kamu görevlileri dışında diğer kimseler açısından ise herhangi bir Anayasa'ya aykırılık görülmemiştir.<sup>6</sup> AYM'nin kararında, "kamu görevlileri ile diğer genel sağlık sigortalıları arasında fark gözetmesi", Anayasal ilkelere açık bir aykırılık teşkil etmektedir.<sup>7</sup>

Diş protez hizmetinden faydalanmada eşitlik ve adalet ilkelerine aykırı düzenleme içeren söz konusu 65/I-d. maddesi, 5754 sayılı Kanun ile değişikliğe uğramıştır. Yapılan değişiklik sonucu, diş protez hizmeti, herhangi bir yaş sınırlaması taşımaksızın, sigorta kapsamındaki her kişinin faydalanabileceği bir şekilde düzenlenmiştir. İlgili hükümden, Anayasa Mahkemesi'nin sigortalılar arasında fark gözetmesi kararına rağmen, her sigortalıyı kapsayıcı ve yaş sınırlamasını kaldırıcı şekilde değişiklik yapılması, oldukça sevindiricidir.

Genel Sağlık Sigortası kapsamında finansmanı sağlanacak ağız ve diş sağlığı hizmetleri arasında ortodontik diş tedavileri de yer almaktadır. Ancak söz konusu sağlık hizmeti, sigorta kapsamında sadece ve sadece 18

yaşından küçük ilgililer için söz konusu olacaktır. Hâlbuki ortodontik diş tedavileri de ağız ve diş sağlığı alanında temel sağlık hizmetlerindedir ve bu pahalı hizmetlerin 18 yaşından büyük ilgililer için kapsam dışı bırakılması, ilgililerin sağlık hizmetlerine ulaşmasını engelleyici nitelik arz etmektedir.<sup>8</sup>

### e. Yurt Dışında Sağlık Hizmeti Açısından Genel Sağlık Sigortası

Genel sağlık sigortası kapsamındaki söz konusu sağlık hizmetlerinin yurt içinde sunulmasının esas olduğu hüküm altına alınmıştır. (5510 sayılı Kanun, madde 66/I) Ancak bununla birlikte, 5510 sayılı Kanunun 66. maddesi, "yurt dışında tedavi" başlığı altında, hangi hal ve şartlar dâhilinde sigorta kapsamında yurt dışında sağlık hizmetine ulaşılabilirliğini düzenlemektedir. İşbu 66. maddenin I. fıkrası şu şekildedir:

"63'üncü maddede sayılan sağlık hizmetlerinin yurt içindeki sağlık hizmet sunucularından sağlanması esastır. Ancak;

- a) 60'ıncı maddenin birinci fıkrasının (a) bendinin (1) numaralı alt bendinde sayılan genel sağlık sigortalılarından; işverenleri tarafından Kurumca belirlenen usule uygun olarak veya kamu idareleri için özel mevzuatlarında belirtilen usule uygun olarak geçici görevle yurt dışına gönderilenlere, acil hallerde,
- b) 60'ıncı maddenin birinci fıkrasının (a) bendinin (1) numaralı alt bendinde sayılan genel sağlık sigortalılarından; işverenleri tarafından Kurumca belirlenen usule uygun olarak veya kamu idareleri için özel mevzuatlarında belirtilen usule uygun olarak sürekli görevle yurt dışına gönderilenler ile bunların yurt dışında birlikte yaşadıkları bakmakla yükümlü olduğu kişilere,
- c) Sağlık Bakanlığının uygun görüşü üzerine yurt içinde (Değişik ibare: 5754 - 17.04.2008/madde 65/ı) "tedavisinin yapılamadığı" tespit edilen kişilerin, sağlık hizmetleri yurt dışında sağlanır."

<sup>5</sup> 5510 sayılı Kanun madde 63/I-d: "... 18 yaşını doldurmamış veya 45 yaşından gün almış kişilerin diş protezlerinin 72'nci maddeye göre belirlenen tutarının %50'si."

<sup>6</sup> 15.12.2006 tarih ve 2006/11 esas 2006/112 karar sayılı Anayasa Mahkemesi kararı, 30.12.2006 tarih ve 26932 sayılı 5. Mükerrer Resmi Gazete.

<sup>7</sup> Bkz.: Ali Rıza Okur, "Genel Sağlık Sigortasının Ortaya Çıkaracağı Sorunlar", Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunları ve Gerçekler Sempozyumu, İstanbul Barosu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007, s. 179.

<sup>8</sup> Bkz.: Ali Rıza Okur-Hediye Ergin, "5510 Sayılı Kanunda Değişiklik Öngören 25.10.2007 Tarihli Taslağın Değerlendirilmesi", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku dergisi, Ekim-Kasım-Aralık 2007, S: 16, s. 1459-1460.



Genel sağlık sigortası kapsamında yurt dışında tedavi imkânının sunulması, bireyin sağlık hakkının tesisi adına önemli bir düzenlemedir. Ancak işbu düzenlemede iki hususu da dikkat çekmek gerekmektedir.

Geçici görevle yurt dışında görevlendirilen kişilerin sadece acil hallerde aldıkları sağlık hizmetleri, sigorta tarafından karşılanacaktır. Acil hal dışında, mesela kronik bir rahatsızlık sebebiyle rutin kontrol gerektiren hallerde, ilgiliye sunulan hizmetler sigorta kapsamında yer almayacaktır. Bu husus da sağlık hakkına erişim açısından birtakım hak ihlallerini beraberinde getirebilecek niteliktedir.

Sağlık hakkına ulaşım açısından üzerinde düşünülmesi gereken diğer husus da; yurt dışında tedavi görmek için Sağlık Bakanlığı'nın olumlu görüşünün alınması gerekliliğidir. Öncelikle tedavinin yurt içinde yapılamayacağı hususu; tıbbi değerlendirmeyi gerektiren bir husustur, bürokratik bir değerlendirmeye konu olmamalıdır. Ayrıca Bakanlık görüşünün alınması gerekliliği; birtakım bürokratik işlemler sebebiyle sağlık hizmetine ulaşma hakkını geciktirebilecek niteliktedir. İşbu hüküm yerine, yurt içinde tedavinin mümkün olmadığına dair yetkili hekim kurulunun kararı üzerine yurt dışında sağlık hizmetinin alınabilmesi imkânının sunulması, sağlık hizmetlerine ulaşma ve ondan faydalanma hakkının korunması açısından uygun olacaktır.

#### ***f. Yol Giderleri ve Gündeliklerin Sağlanması Açısından Genel Sağlık Sigortası***

Genel sağlık sigortası kapsamında sadece sağlık hizmetleri yer almamakta, sağlık hizmetlerine ulaşmak için ilgililerin maddi açıdan ihtiyaç duyabilecekleri hususlara da yer verilmektedir. Bu çerçevede ilgililerin tıbbi gereklilik üzere sevk edilmeleri halinde yol giderleri ve gündelikleri de, sigorta tarafından karşılanmaktadır. Konuya ilişkin madde 65/1, şu hükümü taşımaktadır:

“Hekimin veya dış hekiminin muayene veya tedavi sonrası tıbben göreceği lüzum üzerine genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sağlık hizmetinden yararlanmaları için muayene ve tedavi edildikleri yerleşim yeri dışına yapılan sevkinde, ayakta te-

davilerde kendisinin ve bir kişi ile sınırlı olmak üzere refakatçisinin gidiş ve dönüş yol gideri ve gündelikleri; yatarak tedavilerde ise gidiş ve dönüş tarihleri için gündelikleri ile yol gideri Kurumca karşılanır.”

Söz konusu bu düzenleme; vücut bütünlüklerinin korunması ve tekrar tesisi için bulunduğu mahaldeki sağlık hizmet sunucusu dışında hizmet alması gereken kişilerin, sağlık hizmetlerine ulaşma ve ondan faydalanma hakkının tesisi açısından yerinde bir düzenlemedir.

#### ***g. Sosyal Güvenlik Kurumu'nun Yetkisi Açısından Genel Sağlık Sigortası***

Genel sağlık sigortası kapsamında finansmanı sağlanacak sağlık hizmetlerine ilişkin olarak 5510 sayılı Kanun bir hüküm içermektedir ki; ilgili hüküm, Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi tarafından muhakeme edilmiştir. 5510 sayılı Kanunun 63/II. maddesi şu hükümü taşımaktadır:

“Kurum, finansmanı sağlanacak sağlık hizmetlerinin teşhis ve tedavi yöntemleri ile (f) bendinde belirtilen sağlık hizmetlerinin türlerini, miktarlarını ve kullanım sürelerini, ödeme usul ve esaslarını Sağlık Bakanlığının görüşünü alarak belirlemeye yetkilidir. Kurum, bu amaçla komisyonlar kurabilir, ulusal ve uluslararası tüzel kişilerle işbirliği yapabilir. Komisyonların çalışma usul ve esasları Maliye Bakanlığı ile Sağlık Bakanlığının görüşü alınarak Kurumca belirlenir.”

İşbu hüküm ile Sosyal Güvenlik Kurumu; teşhis ve tedavi yöntemleri ile teşhis ve tedavi için gerekli olabilecek kan ve kan ürünleri, kemik iliği, aşı, ilaç, ortez, protez, tıbbî araç ve gereç, kişi kullanımına mahsus tıbbî cihaz, tıbbî sarf, iyileştirici nitelikteki tıbbî sarf malzemelerinin sağlanması, takılması, garanti süresi sonrası bakımı, onarılması ve yenilenmesi hizmetlerinin tür, miktar ve kullanım süresini belirleme hususunda, Sağlık Bakanlığının görüşüne başvurulmak suretiyle yetkili kılınmıştır.

İlgili hüküm, sağlık hakkının sınırlandırılması olarak değerlendirilebilecek niteliktedir. Örneğin ilgilinin yaş düzeyi ve engel durumuna bağlı olarak kişisel olarak kullanım süresi de-

ğışebilecek ortez hizmeti için “iki yılda bir değiştirilebilir” şeklinde yapılacak soyut bir düzenleme, kişilerin sağlık hakkını ihlal edebilecektir.

Anayasa Mahkemesi, ilgili maddeye ilişkin Anayasa’ya aykırılık iddiası karşısında yaptığı değerlendirmesinde şu hususa dikkat çekmiştir:<sup>9</sup>

“... Sağlık hizmetlerinin çeşitliliği, teşhis ve tedavi yöntemlerindeki bilimsel gelişmeler karşısında bu yöntemlerin yasa da belirlenmesinin işin niteliğine uygun olmadığı, ayrıca Kurumun bu belirlemeyi bilimsel komisyonlar kurarak ulusal ve uluslararası tüzel kişilerle iş birliği içinde gerçekleştirebileceği gözetildiğinde kuralın, Anayasa’nın 7. maddesinde belirtilen yetki devrini içermediği sonucuna varılmıştır.”

Sağlık hizmetlerine ulaşma ve ondan faydalanma hakkı çerçevesinde ilgili hükmü değerlendirdiğimizde şu sonuca varılmaktadır: Sağlık hizmetlerinin çeşitliliği, teşhis ve tedavi yöntemlerindeki bilimsel gelişmeler karşısında bu yöntemlerin yasa da belirlenmesinin işin niteliğine uygun olmadığı fikri kabul edilebilir. Ancak bir hususun gözden kaçtığı kanaatindeyiz. Hepimizin bildiği gibi “hastalık” yoktur, “hasta” vardır. Yani sağlık alanı ve bu alanda sunulacak sağlık hizmetleri, son derece kişisel nitelikte olup, bireysel ihtiyaçlar çerçevesinde şekillenmektedir. Bu çerçevede de sağlık hizmetlerinin türü, miktarı, kullanım süresi gibi hususların öncelikli olarak kişisel gereklilikler çerçevesinde belirlenmesi gerekir. Aksi hal, bireyin sağlık hakkını zedeleyici nitelikte olacaktır. İlgili hüküm, birtakım suistimalleri önlemek adına Sosyal Güvenlik Kurumu’na genel düzenleyici işlem yapma yetkisi vermektedir. Söz konusu bu yetki verilirken, Sağlık Bakanlığı’nın görüşünün alınması zorunluluğu getirilmek suretiyle, belki de tıbbi gereklilik hususu yerine getirilmek istenmiştir.

Ancak Sosyal Güvenlik Kurumu gibi Sağlık Bakanlığı da bürokratik yapı içerisinde yer almakta olup, somut kişisel tıbbi ihtiyaçlar hakkında gerekli ve yeterli kararları verebilecek makamlar değildir. Tıbbi ihtiyaçlar hak-

kında yerinde bir karara varabilmek, ilgili sağlık personel tarafından verilecek raporlar üzerinden mümkün olacaktır. Yani ilgili idari birimler tarafından getirilebilecek soyut birtakım hükümler, tıbbi ihtiyaçları karşılayamama, ilgilinin sağlık hizmetine ulaşımını engelleme gibi sonuçlar ile bizi baş başa bırakabilecektir.<sup>10</sup>

Kanaatimizce; sigorta kapsamında finansmanı sağlanacak ve sağlanmayacak sağlık hizmetleri (5510 sayılı Kanun, madde 64), kanunda belirtilmiş olup, sağlık hizmetlerinin çeşitliliği, teşhis ve tedavi yöntemlerindeki bilimsel gelişmeler karşısında bu yöntemlerin her birinin yasa da belirlenmesi işin niteliğine uygun değildir. Ancak birtakım mali kaygılar ile hareket edebilecek bürokratik yapı içerisindeki kurumlara, sınırları belli olmayan yetkiler vermek, tıbbi ihtiyaç, tıbbi gereklilik gibi sağlık hizmetini şekillendiren temel ilkelerin göz ardı edilmesi sonucunu doğuracaktır. Bu sebeple, Kurum’a verilen yetki çerçevesinde hazırlanacak genel düzenleyici işlemlerin, tıbbi gereklilikler dâhilinde sağlık raporu ile aşılma imkânı da tanınmalıdır. Aksi hal tıbbi gereklilere uygun tedavi ve bakım hakkını ihlal edecektir.

#### ***h. Finansmanı Sağlanmayacak Sağlık Hizmetleri Açısından Genel Sağlık Sigortası***

5510 sayılı Kanun içerisinde, yukarıda belirttiğimiz gibi genel sağlık sigortası kapsamında finansmanı sağlanmayacak sağlık hizmetleri de ayrıca düzenlenmiştir. İlgili 64/1. maddesi şu şekildedir:

“Kurumca (Ek ibare: 5754 - 17.04.2008 / madde 41) “finansmanı” sağlanmayacak sağlık hizmetleri şunlardır:

- a) Vücut bütünlüğünü sağlamak amacıyla yapılan ve iş kazası ile meslek hastalığına, kazaya, hastalıklara veya konjenital nedenlere bağlı olarak ortaya çıkan durumlarda yapılacak sağlık hizmetleri dışında estetik amaçlı yapılan her türlü sağlık hizmeti ile estetik amaçlı ortodontik diş tedavileri.

<sup>9</sup> 15.12.2006 tarih ve 2006/11 esas-2006/112 karar sayılı Anayasa Mahkemesi kararı, 30.12.2006 tarih ve 26932 sayılı 5. Mükerrer Resmi Gazete.

<sup>10</sup> Okur, s. 179-180; Sözer, s. 156-157.

- b) Sağlık Bakanlığınca izin veya ruhsat verilmeyen sağlık hizmetleri ile Sağlık Bakanlığınca tıbben sağlık hizmeti olduğu kabul edilmeyen sağlık hizmetleri.
- c) (Ek: 5754 - 17.4.2008 / madde 41) Yabancı ülke vatandaşlarının; genel sağlık sigortalısı veya genel sağlık sigortalısının bakmakla yükümlü olduğu kişi sayıldığı tarihten önce mevcut olan kronik hastalıkları.”

İlgili hükümde, estetik amaçlı tedavilere birtakım istisnaların getirilmesi (madde 64/I-a), sağlık hakkının tesisi açısından oldukça önemlidir. Bu istisnaların biraz daha genişletilerek kişiliği zedeleyebilecek estetik bozuklukların da sigorta kapsamında olabileceği kanaatindeyiz.<sup>11</sup>

Yine sigorta kapsamı dışında tutulan, Sağlık Bakanlığınca tıbben sağlık hizmeti olduğu kabul edilmeyen sağlık hizmeti (madde 64/I-b) olarak alternatif tıp uygulamalarının kapsam dışı kalması, sağlık hizmetlerine ulaşma ve ondan yararlanma hakkını zedeleyici niteliktedir. Artık Dünya’da sağlık hizmetleri, sadece yapay tedavi araçları ile değil onu tamamlayıcı, destekleyici nitelikte doğal teşhis ve tedavi araçları ile de sağlanmaktadır.

Ayrıca ilgili hüküm ile yabancı ülke vatandaşının genel sağlık sigortası kapsamında yer almadan önceki kronik hastalıklarının sigorta kapsamı dışında bırakılması, herkesin sahip olduğu sağlık hakkını ihlal edecek niteliktedir.

### **1. Genel Sağlık Sigortalılığının Yitirilmesi Hali Açısından Genel Sağlık Sigortası**

Genel sağlık sigortası, yukarıda ifade ettiğimiz sağlık hizmetlerini ve bunların finansmanını, aşağıdaki başlık altında inceleyeceğimiz genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olunan kimselere karşı sunmayı vaat etmektedir. Peki ilgili, sigorta kapsamı dışına çıkar ise, almakta olduğu sağlık hizmeti ne olacaktır? 5510 sayılı Kanunun 63/III. maddesi, bu konuya temas etmektedir. Genel sağlık

sigortalısı olma şartlarının yitirilmesi halinde, ilgili maddeye göre;

“60’ıncı maddede sayılan genel sağlık sigortalısı sayılma şartlarının yitirilmesi halinde, devam etmekte olan tedavi nedeniyle sağlanacak sağlık hizmetleri kişinin iyileşmesine kadar sürer.”

Bu hüküm, bireyin sağlık hakkının tesisinde en önemli hükümdür.

### **2. Genel Sağlık Sigortası’ndan Yararlanacak İlgililer Açısından Değerlendirme**

5510 Sayılı Kanun, genel sağlık sigortasından yararlanabilecek kişileri, “genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler” adı altında oluşturduğu kategori üzerinden sunmaktadır. (5510 sayılı Kanun madde 60/I ve madde 3/10)

#### **a. Zincirde Bir Halka Olarak Genel Sağlık Sigortalılığı**

Birey, bir kere genel sağlık sigortalısı veya bakmakla yükümlü olunan kimse olarak zincirde bir halka olduktan sonra durumundaki değişiklikler, kural olarak, ilgilinin dâhil olacağı kategoriyi değiştirmekle birlikte sistem dışına çıkması sonucunu doğurmamaktadır. Genel sağlık sigortası üzerinden şekillenen sistemin dışına çıkabilmesi için genel bir kural belirtmek mümkünse, bu hususu, 5510 sayılı Kanununun 61. maddesinin IV. fıkrası ile Genel Sağlık Sigortası İşlemleri Yönetmeliği madde 10/I. fıkrası çerçevesinde şu şekilde ifade edebiliriz: ilgilinin ölmesi ya da ikametgâhının Türkiye dışında bulunması. Söz konusu düzenleme, sağlık hizmetine ulaşma ve ondan faydalanma hakkının tesisi adına oldukça önemli bir düzenlemedir. Çünkü alt başlıklar altında göreceğimiz gibi Türkiye’de ikamet eden her bireyin sigorta kapsamına girmesi amaçlanmaktadır. Ancak ilgilinin, sistem dışına çıkmaksızın, sigortadan faydalanabilmek için kendisine düşen yükümlülüklerle ilişkin kategorileri değişebilmektedir. İşçi olarak 5510 sayılı Kanununun 60. maddesinin I-a-1. bendi kapsamında sigortalı olan kimse, işten çıkması sonrasında bu bent kapsamından

<sup>11</sup> Okur, s. 180.

çıkarmakta, içerisinde bulunduğu durum ile bağlantılı yeni bir kategori üzerinden sistem içerisinde yer almaktadır.

Ancak ilgilinin bulunduğu yeni kategori, sigorta hizmetlerinden faydalanabilmek için birtakım ek yükümlülükler talep edebilir ki, bu husus da, somut olayda bireyin, genel sağlık sigortasından faydalanabilmesini zorlaştırma sonucunu doğurabilecektir.

### **b. “Genel Sağlık Sigortalısı” Kavramı Açısından Genel Sağlık Sigortası**

5510 Sayılı Kanun’un 60. maddesinin 1. fıkrasına göre;

“Yerleşim yeri Türkiye’de olan kişilerden;

a) 4’üncü maddenin birinci fıkrasının;

1) (a) ve (c) bentleri gereğince sigortalı sayılan kişiler,

2) (b) bendi gereğince sigortalı sayılan kişiler,

b) İsteğe bağlı sigortalı olan kişiler,

c) Yukarıdaki (a) ve (b) bentlerine göre sigortalı sayılmayanlardan;

1) Harcamaları, taşınır ve taşınmazları ile bunlardan doğan hakları da dikkate alınarak, Kurumca belirlenecek test yöntemleri ve veriler kullanılarak tespit edilecek aile içindeki geliri kişi başına düşen aylık tutarı asgari ücretin üçte birinden az olan vatandaşlar

2) Vatansızlar ve sığınmacılar,

3) 1/7/1976 tarihli ve 2022 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun hükümlerine göre aylık alan kişiler,

4) 24/2/1968 tarihli ve 1005 sayılı İstiklal Madalyası Verilmiş Bulunanlara Vatani Hizmet Tertibinden Şeref Aylığı Bağlanması Hakkında Kanun hükümlerine göre şeref aylığı alan kişiler,

5) 28.05.1986 tarihli ve 3292 sayılı Vatani Hizmet Tertibi Aylıklarının Bağlanması Hakkında Kanun hükümlerine göre aylık alan kişiler,

6) 03.11.1980 tarihli ve 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun hükümlerine göre aylık alan kişiler,

7) 24.05.1983 tarihli ve 2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu hükümlerine göre korunma, bakım ve rehabilitasyon hizmetlerinden ücretsiz faydalanan kişiler,

8) Harp malüllüğü aylığı alanlar ile Terörle Mücadele Kanunu kapsamında aylık alanlar,

9) 18.03.1924 tarihli ve 442 sayılı Köy Kanununun 74’üncü maddesinin ikinci fıkrasına göre görevlendirilen kişiler ile aynı Kanunun ek 16’ncı maddesine göre aylık alan kişiler,

10) 11.10.1983 tarihli ve 2913 sayılı Dünya Olimpiyat ve Avrupa Şampiyonluğu Kazanmış Sporculara ve Bunların Ailelerine Aylık Bağlanması Hakkında Kanun hükümlerine göre aylık alan kişiler,

d) Müttekabiliyet esası da dikkate alınmak şartıyla, oturma izni almış yabancı ülke vatandaşlarından yabancı bir ülke mevzuatı kapsamında sigortalı olmayan kişiler,

e) 25.08.1999 tarihli ve 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu gereğince işsizlik ödeneği ve ilgili kanunları gereğince kısa çalışma ödeneğinden yararlandırılan kişiler,

f) Bu Kanun veya bu Kanundan önce yürürlükte bulunan sosyal güvenlik kanunlarına göre gelir veya aylık bağlanmış olan kişiler,

g) Yukarıdaki bentlerin dışında kalan ve başka bir ülkede sağlık sigortasından yararlanma hakkı bulunmayan vatandaşlar,

genel sağlık sigortalısı sayılır.”

Bu sınıflandırma ile özetle belirtebiliriz ki; Türkiye’de ikamet etmekte olan kısa ve uzun vadeli sigorta kollarına bağlı ilgililer, isteğe bağlı sigortalılar, emekliler, herhangi bir sosyal sigorta kapsamında bulunmayan vatandaşlar ile vatansız ve sığınmacılar, işsizlik sigortası kapsamındaki ilgililer sigorta kapsamındadır. Türkiye’de oturma izni bulunan yabancı ülke vatandaşları ise, karşılıklılık esası çerçevesinde, bir yıldan fazla süre ile Türkiye’de ikamet etme şartıyla genel sağlık sigortası kapsamında yer almaktadır.

### **1. Hukuk Tekniğine Aykırı İfadeler**

Her şeyden önce belirtilmelidir ki, aktardığımız 60. maddenin (g) bendinde yer alan “Yukarıdaki bentlerin dışında kalan ve başka

bir ülkede sağlık sigortasından yararlanma hakkı bulunmayan vatandaşlar” ifadesi, hukuk tekniği açısından yerinde bir ifade değildir. Şöyle ki; Anayasa Mahkemesi, 5510 sayılı Kanunun madde 67/I-b bendi üzerinden yaptığı incelemesi sırasında, belirttiğimiz madde 60/I-g bendinin, “Türkiye’de ikamet etmeyen Türk vatandaşları”nı kapsadığını ifade etmektedir. Hâlbuki kanun metnini yorumlama tekniği açısından, belirtilen g bendi, bağlı bulunduğu 1. fıkranın “Yerleşim yeri Türkiye’de olan kişilerden” ifadesi içerisinde değerlendirilecektir. Bu değerlendirme de, başka bir ülkede sağlık sigortasından yararlanma imkânı olmayan ve de Türkiye’de ikamet etmeyen Türk vatandaşlarının, genel sağlık sigortası kapsamında yer almaması sonucunu doğuracaktır. Böyle bir yoruma mahal vermemek için kanun metinlerinin daha titizlikle düzenlenmesi gerekmektedir. Yapılması gereken; Türkiye’de ikamet eden kişiler üzerinden sayılan genel sağlık sigortalılarının yer aldığı fıkra içerisinde bir sınıflandırma yapılacak ise, “Yukarıdaki bentlerin dışında kalan ve başka bir ülkede sağlık sigortasından yararlanma hakkı bulunmayan Türkiye’de ikamet etmeyen vatandaşlar” ifadesine yer vermektir.

## 2. Yeşil Kart Sahipliği Açısından Genel Sağlık Sigortası

5510 sayılı Kanunun ilk halinde, 60. maddenin 1. fıkrasının c-1 bendinde, şu ifadeye yer verilmekte idi: “18.06.1992 tarihli ve 3816 sayılı Ödeme Gücü Olmayan Vatandaşların Tedavi Giderlerinin Yeşil Kart Verilerek Devlet Tarafından Karşılanması Hakkında Kanun kapsamında yeşil kart verilen kişiler”. İlgili Kanun’un yürürlükteki mevcut haline göre ise, “Harcamaları, taşınır ve taşınmazları ile bunlardan doğan hakları da dikkate alınarak, Kurumca belirlenecek test yöntemleri ve veriler kullanılarak tespit edilecek aile içindeki geliri kişi başına düşen aylık tutarı asgari ücretin üçte birinden az olan vatandaşlar”, genel sağlık sigortalısı sayılmaktadır. 5510 sayılı Kanunun ilgili bendinde değişiklik öngören 5754 sayılı Kanunun madde gerekçesinde; “3816 sayılı Kanun (Ödeme Gücü Olmayan Vatandaşların Tedavi Giderlerinin Yeşil Kart Verilerek Devlet Tarafından Karşılanması Hakkında Kanun) kapsamındaki kapsamdaki çıkarılmış, her türlü gelirin aylık tutarı,

net asgari ücretin üçte birinden az olan kişiler”in genel sağlık sigortası kapsamına alınacağı belirtilmektedir.

İşbu düzenleme ile “... hiçbir sosyal güvenlik kurumunun güvencesi altında olmayan ve sağlık hizmetleri giderlerini karşılayacak durumda bulunmayan Türk vatandaşlarının bu giderlerinin, Genel Sağlık Sigortası uygulamasına geçilinceye kadar Devlet tarafından karşılanması” (3816 sayılı Kanun, madde 1) amacını taşıyan 3816 sayılı Kanunun yürürlükten kaldırılma süreci başlatılmış olmaktadır. Bu çerçevede de, 5510 sayılı Kanunun 106. maddesinin 2. fıkrası; “18.06.1992 tarihli ve 3816 sayılı Kanun, bu Kanunun yürürlük tarihinden itibaren iki yıl sonra... yürürlükten kaldırılmıştır.” hükmüne yer vermektedir.

İki yıllık bu geçiş sürecinde ise, 5510 sayılı Kanunun geçici 12/IV. maddesine göre; “... Bu sürede, 18/6/1992 tarihli ve 3816 sayılı Kanun kapsamında yeşil kart verilen ve verilecek kişiler durumlarında değişiklik olmaması kaydıyla başka bir işleme gerek kalmaksızın bu Kanunun 60’uncu maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin (1) numaralı alt bendi kapsamında genel sağlık sigortalısı sayılır.” Dolayısıyla 01.10.2008-01.10.2010 yılları arasında yeşil kart uygulaması yürürlükte kalacak, ilgililer, 3816 sayılı Kanun hükümlerine göre yeşil kart veren birimlere başvurularını yapacaklar ve 3816 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde değerlendirileceklerdir. Zaten 3816 sayılı Kanunda tercih edilen “yoksulluk” ölçütü ile 5510 sayılı Kanunda tercih edilen “Harcamaları, taşınır ve taşınmazları ile bunlardan doğan hakları da dikkate alınarak, Kurumca belirlenecek test yöntemleri ve veriler kullanılarak tespit edilecek aile içindeki geliri kişi başına düşen aylık tutarı asgari ücretin üçte birinden az olma” durumu aynı içeriktedir. Böylece geçiş sürecinde herhangi bir haksız uygulamaya mahal verilmek istenmemiştir.

Bu suretle 5510 sayılı Kanun, “genel sağlık sigortası” ifadesine uygun olarak, geneli kapsayacak şekilde tek çatı işlevi görecektir. Fakat unutulmalıdır ki, 3816 sayılı Kanun, genel sağlık sigortasının asgari ölçüğünü ifade etmektedir.

Ayrıca 5510 Kanun’un geçici 12. maddesinin IV. fıkrasının devamında yer verilen ve

yoksulluk ölçütü kapsamında yer almayan ilgililere ilişkin basamak uygulaması, sağlık hizmetine ulaşma hakkı açısından yerinde bir düzenlemedir. Bu hükme göre; Sosyal Güvenlik Kurumu veya geçiş dönemi içerisinde yeşil kart veren birimler tarafından tespit edilen aile içindeki kişi başına düşen gelir payının aylık tutarı;

1. Asgari ücretin üçte birinden asgari ücrete kadar olduğu tespit edilenler, 5510 sayılı Kanunun 82. maddesine göre belirlenen prime esas günlük kazanç alt sınırının otuz günlük tutarının üçte biri,
2. Asgari ücretten asgari ücretin iki katına kadar olduğu tespit edilenler, 5510 sayılı Kanunun 82. maddesine göre belirlenen prime esas günlük kazanç alt sınırının otuz günlük tutarı,
3. Asgari ücretin iki katından fazla olduğu tespit edilenler, 5510 sayılı Kanunun 82. maddesine göre belirlenen prime esas günlük kazanç alt sınırının otuz günlük tutarının iki katı,

prime esas kazanç tutarı olarak esas alınacak ve primleri kendileri tarafından ödemek üzere tescil edileceklerdir.

### 3. Yabancı Ülke Vatandaşları Açısından Genel Sağlık Sigortası

5510 sayılı Kanun ile yabancı ülke mevzuatı kapsamında sigortalı olmayan ve Türkiye’de oturma iznine sahip yabancı ülke vatandaşları, Türkiye’de bir yıllık ikamet etmek şartı ve karşılıklılık esası çerçevesinde genel sağlık sigortalısı sayılmaktadır. (5510 sayılı Kanun, madde 60/I-d, madde 60/III) İşbu hüküm ile yabancı ülke vatandaşları, Türkiye’de çalışıp çalışmamalarına, Türkiye’de sosyal sigortalar kapsamında olup olmadıklarına bakılmaksızın ayrı bir kategori oluşturularak genel sağlık sigortalısı sayılmaktadır.

Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından hazırlanan 102 sayılı Sosyal Güvenliğin Asgari Normlarına Dair Sözleşme’nin 11. maddesine çerçevesinde, suiistimalleri önlemek için sağlık yardımlarından faydalanmada belli bir ikamet devresinin şart koşulabileceği kabul edilmektedir.

Ancak sağlık hakkına ulaşma açısından 5510 sayılı Kanun, ikamet şartı ile yetinmemekte, bu şart yanında, bir de “karşılıklılık” şartını öngörmektedir. Sağlık hizmetlerine ulaşmada “karşılıklılık” esasının aranması, hasta hakları açısından oldukça tedirgin edici bir durumdur.

Öncelikle sağlık hizmetlerine ulaşma hakkının yaygınlaştırılması kapsamında, yabancı ülke vatandaşlarının farklı durum arz edip etmeyeceği tartışılması gereken bir husustur. 102 sayılı Sosyal Güvenliğin Asgari Normlarına Dair Sözleşme’nin 68. maddesine göre; *“Yabancı uyruklu mukimler vatandaşlarla aynı haklara sahip olurlar. Şu kadar ki, mevzuat, tamamı veya mühim bir kısmı amme fonlarından karşılanan yardımlar veyahut yardım kısımlarına taalluk eden hususlarla geçici devre yardımlarına taalluk eden hususlarda, yabancılarla memleket uyruğunda olmakla beraber üyenin ülkesi dışında doğmuş olanlar hakkında, hususi hükümleri ihtiva edebilir.”* Yani tamamı veya önemli bir kısmı kamu fonlarından karşılanan yardımlar söz konusu olduğunda yabancı ülke vatandaşları ile vatandaşlar arasında farklı düzenleme yapılabileceği belirtilmektedir.

Sağlık hakkı, Türk vatandaşı olan-olmayan her bireyin sahip olduğu ve korunması gereken bir haktır. Ancak bu en temel hak, Anayasa madde 65’te ifade edildiği üzere, devletin mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirilebilecektir. Anayasa’nın verdiği bu ölçü çerçevesinde, yabancı ülke vatandaşlarına yönelik bu sınırlayıcı düzenleme haklı gösterilmeye çalışılmaktadır. Fakat sosyal devletin, sağlık hakkını mali kaynaklar ölçüsünde ifa görevi, görevin amacına uygun öncelikler gözetilerek gerçekleştirilecektir. Sağlık hakkı, herkese sağlıklı ve dengeli bir çevre sağlama amacı göz önüne alınarak, oturma izni ile ülkede kalma iradesini açıklamış yabancı ülke vatandaşlarının, sağlık hizmeti talebi anında, karşılıklılık esası aranmaksızın, sigorta kapsamında bulunması gerekmektedir. Aksi bir tutum, bireyin sağlık hizmetlerine ulaşma ve ondan yararlanma hakkını zedeleyebilecek niteliktedir.

#### 4. 2147 Sayılı ve 3201 Sayılı Kanun Kapsamındaki Açısından Genel Sağlık Sigortası

Kanununun 60. maddenin 3. fıkrasına göre; eski sosyal güvenlik kanunları kapsamında gelir ve aylık bağlananlardan kimselerden, "30.05.1978 tarihli ve 2147 sayılı ve 08.05.1985 tarihli ve 3201 sayılı Kanunlara göre borçlanarak aylık bağlanan kişilerden ise Türkiye'de ikamet etmeyenler genel sağlık sigortalısı ve genel sağlık sigortalısının bakmakla yükümlü olduğu kişi sayılmazlar."

İlgili hüküm çerçevesinde, borçlanmak suretiyle aylık alanların Türkiye'de ikamet etmemeleri halinde, genel sağlık sigortalısı sayılmayacağı açık bir şekilde ifade edilmiştir. Bu çerçevede Türkiye'de oturmeyen Türk vatandaşlarının diğer genel sağlık sigortalıları karşısında herhangi bir farklı durumda bulunmaları kabul edilemez. Çünkü hasta hakları çerçevesinde sağlık hizmetlerine ulaşma hakkı, sağlık hizmetlerinden yararlanma ihtiyacı olan herkese, Türkiye'de ikamet eden veya etmeyen, herkese ilişkindir. Devlet, bireyin sağlık hizmetlerine ulaşma hakkının tesisi görevini ifa ederken, bu hakka ulaşımı yaygınlaştırmak amacını taşıırken, birtakım kimseleri kapsam dışında bırakması kabul edilemez.

#### c. "Bakmakla Yükümlü Olunan Kimseler" Kavramı Açısından Genel Sağlık Sigortası

"Bakmakla yükümlü olunan kimseler" kavramı, 5510 sayılı Kanunun 3/10. maddesinde şu şekilde tanımlanmaktadır:

"Bakmakla yükümlü olduğu kişi: Genel sağlık sigortalısının, sigortalı veya isteğe bağlı sigortalı sayılmayan, kendi sigortalılığı nedeniyle gelir veya aylık bağlanmamış olan;

a) Eşini,

b) 18 yaşını, lise ve dengi öğrenim veya 05.06.1986 tarihli ve 3308 sayılı Meslekî Eğitim Kanununda belirtilen aday çıraklık ve çıraklık eğitimi ile işletmelerde meslekî eğitim görmesi halinde 20 yaşını, yüksek öğrenim görmesi halinde 25 yaşını doldurmamış ve evli olmayan çocukları ile yaşına bakılmaksızın bu Kanuna göre ma-

lül olduğu tespit edilen evli olmayan çocuklarını,

c) Geçiminin sigortalı tarafından sağlandığı Kurumca belirlenen kriterlere göre tespit edilen ana ve babası."

Kız ve erkek çocuklar için belirlenen eşit yaş sınırı, toplumumuzun içerisinde bulunduğu sosyo-ekonomik ortam gereği, sağlık hizmetlerine ulaşma ve ondan faydalanma hakkını zedeleyebilecek niteliktedir.<sup>12</sup> Çünkü toplum yapımız içerisinde kadınlar, iş imkânı açısından daha geniş olanaklara sahip erkeklerin bile iş bulma ve işi sürdürme olanaklarının daraldığı, %13 gibi işsizlik oranlarının seyrettiği günümüz Türkiye'sinde çoğunluk itibarıyla aile desteği ile hayatlarını sürdürmektedirler. Böyle bir toplumsal yapı içerisinde de kadın nüfus açısından, sağlık hizmetlerinden faydalanma hakkına ulaşmada güçlükler yaşanabilecektir.

Şunu belirtmeliyiz ki, genel sağlık sigortalısı olan kimselerin çocukları, 18 yaşlarını dolduruncaya kadar, genel sağlık sigortalısı olan anne veya babasından bağımsız olarak genel sağlık sigortası imkânlarından faydalanma hakkına sahip bulunmaktadır. 5510 sayılı Kanununun ilgili 61/II. maddesi şu hükmü içermektedir:

"60'ıncı madde gereği genel sağlık sigortalısı sayılanların çocukları, ana ya da babanın tescil edilmiş olmasına bakılmaksızın ve ayrıca bir işleme gerek olmaksızın 18 yaşını dolduruncaya kadar genel sağlık sigortalısı veya

<sup>12</sup> "Bakmakla yükümlü olunan kimse" kavramına ilişkin olarak, salt evlenme olgusuna bağlı olarak kavram dışına çıkılması doğru bulunmamaktadır. "Ancak yeni sistem 25 yaşından küçük ve üniversitede okuyan bir çocuğu salt evlenme nedeniyle sistem dışına çıkarmaktadır. Böyle bir düzenleme, sosyal güvenlik ilkeleri açısından kabul edilemez.", Utkan Araslı, 5510 Sayılı Kanun İle İlgili Yuvarlak Masa Toplantısı, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunları ve Gerçekler Sempozyumu, İstanbul Barosu-İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007, s. 203; Kemal Kılıçdaroğlu, 5510 Sayılı Kanun İle İlgili Yuvarlak Masa Toplantısı, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunları ve Gerçekler Sempozyumu, İstanbul Barosu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007, s. 207; Berin Ergin, 5510 Sayılı Kanun İle İlgili Yuvarlak Masa Toplantısı, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunları ve Gerçekler Sempozyumu, İstanbul Barosu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007, s. 211.

genel sağlık sigortalısının bakmakla yükümlü olduğu kişi olarak sağlık hizmetlerinden ve diğer haklardan yararlandırılır...”

İlgili hüküm ile sosyal devlet; 18 yaşını doldurmamış çocukların sağlık sigortasını, genel sağlık sigortalısı anne ve/veya babaları üzerinden tanımlamaktadır. Ancak çocukları, anne-babalarının genel sağlık sigortasından faydalanmak için yerine getirilmesi gereken şartlardan arı olarak ele almaktadır. Çocuklar, sağlık hizmetlerine ulaşma ve ondan faydalanma açısından devlet güvencesi altına alınmak istenmektedir.

### 3. Genel Sağlık Sigortası'ndan Yararlanma Şartları Açısından Değerlendirme

Genel sağlık sigortasının kişi çevresinde yer alan kimselerin sigorta kapsamında sunulan hizmet ve imkânlardan yararlanabilmesi için birtakım şartların yerine getirilmesi gerekmektedir. Bunları şu şekilde ifade edebiliriz:

- Prim ödeme gerekliliği
- Sözleşmeli sağlık hizmeti sunucusuna başvurma gerekliliği
- Sevk zincirine uyma gerekliliği
- Kimlik tespiti gerekliliği
- Katılım payı ödeme gerekliliği
- İlave ücret gerekliliği

#### a. Prim Ödeme Gerekliliği

Genel sağlık sigortası, yöntem olarak “sosyal sigorta yöntemi” üzerinden çalışmaktadır. Genel sağlık sigortası için tercih edilen sosyal sigorta yöntemi, sosyal risk niteliğine sahip tehlikeler karşısında, emeği (emeğin karşılığı olan ücretten “prim” adı altında bir kesinti yaparak), sosyal dayanışmayı sağlamak suretiyle değerlendirmeyi amaçlayan bir sistemdir. Bu yöntem de, sistemde yer alan kişilerin prim adı altında sisteme katkı yapmalarını ifade etmektedir.<sup>13</sup>

<sup>13</sup> “Sosyal Sigorta” yöntemi ile ilgili olarak bkz.: s. 3, dipnot 2’de atıf yapılan kaynaklara.

Prim ödeme gerekliliğine ilişkin olarak belirtmeliyiz ki;

“Bu Kanun kapsamındaki kişilere sağlanacak sağlık hizmetleri ve diğer haklar ile kişilerden alınan primlerin tutarı arasında ilişki kurulamaz.” (5510 sayılı Kanun, madde 62/III)

Yani ilgili, 30 gün prim ödeme gün sayısı eşliğini geçtikten sonra, ödemiş olduğu prim miktarına bağlı olmaksızın sigorta kapsamındaki her türlü hizmetten faydalanma imkânına sahip olmaktadır.

#### 1. Tercih Edilen Sosyal Güvenlik Sistemi Açısından Genel Sağlık Sigortası

Üzerinde duracağımız husus, sağlık hakkı gibi yaşama hakkının en temel görünümüne sahip olan bir hakka ulaşımı tesis etmek ve yaygınlaştırmak için tercih edilen sosyal güvenlik rejiminin yerindeliği sorunudur.

Sağlık hakkına ulaşımı sağlama, Sosyal Devlet vasfı gereği devletin en temel görevlerinden biri olmaktadır. Fakat devletin bu temel görevini ifa sırasında, ilgilinin katkısı aranabilir mi yoksa aranamaz mı? Uluslararası Çalışma Örgütü, 102 Sayılı Sosyal Güvenliğin Asgari Normları Hakkında Sözleşme madde 10/II’de

“Yardımdan faydalananlar veya bunların aile reisleri, hastalık halinde yapılacak sağlık yardımına masraflarına iştirak ettirilebilir. Bu iştirake taalluk eden esaslar ilgiliye ağır bir yük teşkil etmeyecek şekilde tespit edilmelidir.”

hükmüne yer vermek suretiyle, ilgililerin masraflara iştirak ettirilebileceğini ifade etmektedir. Böylece Devlet’in temel görevi, bireylerin de sorumluluk alarak katıldığı bir süreç içerisinde gerçekleştirilecektir. Önemli olan, finansmana katılımın, ilgili için ağır yük oluşturmamasıdır.

Tabi ki burada şöyle bir durum ile karşı karşıya bulunmaktayız: Esas itibarıyla mesleki faaliyet temelli bir yapılanma olan sosyal sigorta yöntemi, Genel Sağlık Sigortası içerisinde farklı bir görünüm arz etmektedir. Genel Sağlık Sigortası kapsamında prim ödeme yükümlüsü olan toplum kesimleri var ki, bu ilgililer (yabancı ülke vatandaşları, asgari ücretin 1/3’ü düzeyinde geliri olan vatandaşlar) mesleki faaliyet/çalışma olgusundan bağımsız olarak prim ödeme yükümlüsü



olmaktadır. Söz konusu durumun işbu ilgililerin sağlık hakkına erişimi açısından değerlendirilmesini çalışmamızın devamında sunacağız.

## 2. Prim Ödeme Gün Sayısı Açısından Genel Sağlık Sigortası

Genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin, genel sağlık sigortasından yararlanabilmesi, ilgililerin ödeme gün sayısına bağlıdır. Konuyu düzenleyen 67. maddenin I. fıkrasında şu hükümler yer almaktadır:

“... sağlık hizmetlerinden ve diğer haklardan yararlanabilmek için

- a) 60'ıncı maddenin birinci fıkrasının (c) ve (f) bentleri hariç diğer bentleri gereği genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin, sağlık hizmeti sunucusuna başvurduğu tarihten önceki son bir yıl içinde toplam 30 gün genel sağlık sigortası prim ödeme gün sayısının olması,
- b) 60'ıncı maddenin birinci fıkrasının (a) bendinin (2) numaralı alt bendi ile (g) bendine tabi olan genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin yukarıdaki bentte sayılan şartla birlikte, sağlık hizmeti sunucusuna başvurduğu tarihte 60 günden fazla prim ve prime ilişkin her türlü borcunun bulunmaması,
- c) 60'ıncı maddenin birinci fıkrasının (b) ve (d) bentlerine tabi olan genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin yukarıdaki bentlerde sayılan şartla birlikte, sağlık hizmeti sunucusuna başvurduğu tarihte prim ve prime ilişkin her türlü borcunun bulunmaması,

şarttır.”

İlgili hükümden de anlaşılacağı üzere, genel sağlık sigortalısı veya bakmakla yükümlü olduğu kişinin sigortadan yararlanabilmesi için genel sağlık sigortalısı nezdinde, kural olarak, sağlık hizmeti sunucusuna başvuru tarihinden önceki bir yıl içerisinde toplam 30 gün genel sağlık sigortası prim ödeme gün sayısına sahip olunması gerekmektedir. (Madde 67/I-a)

Fakat genel sağlık sigortalısının bakmakla yükümlü olduğu kimse iken genel sağlık sigortalısı sayılan kimseler için 30 gün prim ödeme gün sayısının aranmayacağı hükme bağlanmaktadır. İlgili 67/II hükmü şöyledir:

“Ancak, genel sağlık sigortalısının bakmakla yükümlü olduğu kişi kapsamından çıkanların genel sağlık sigortalısı olduğu tarihten itibaren otuz gün içinde sağlık hizmetlerinden yararlanabilmesi için bu maddenin birinci fıkrasının (a) bendindeki prim ödeme gün sayısı aranmaz...”

## 3. “Prim ve Prime İlişkin Borcun Bulunmaması” Gerekliliği Açısından Genel Sağlık Sigortası

Sağlık hizmeti sunucusuna başvuru tarihinden önceki bir yıl içerisinde toplam 30 gün genel sağlık sigortası prim ödeme gün sayısına sahip olma gerekliliğini kural olarak ifade ettik. Çünkü bazı genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olunan kimse kategorileri mevcut ki, ilgililer için prim ödeme gün sayısının ötesinde prim borcu bulunmaması şartı da aranmaktadır. Köy ve mahalle muhtarları, kendi adına ve hesabına çalışanlar (devredilen Bağ-Kur kapsamındaki kişiler) ile 60. maddenin g bendinde belirtilen “Yukarıdaki bentlerin dışında kalan ve başka bir ülkede sağlık sigortasından yararlanma hakkı bulunmayan vatandaşlar”ın sağlık hizmeti sunucusuna başvurduğu tarihte 60 günden fazla prim ve prime ilişkin hiçbir borcunun bulunmaması gerekmektedir. (Madde 67/I-b) İsteğe bağlı sigortalılar ile Türkiye’de oturma izni almış sigorta kapsamındaki yabancı ülke vatandaşlarının sağlık hizmeti sunucusuna başvurduğu tarihte prim ve prime ilişkin hiçbir borcunun bulunmaması gerekmektedir. (Madde 67/I-c)

Söz konusu düzenleme, sağlık hakkına erişim açısından ölçüsüz, adalet ve hakkaniyete aykırı bir şekilde sınırlama, ilgililer için ağır bir yük getirmektedir. İsteğe bağlı sigortalı bir kimse, bir gün dahi prim borcu altında bulunmaması gerekir ki, sigorta kapsamında hizmetlerden yararlanabilsin. Bu çerçevede Anayasa Mahkemesi’nde iptal isteminde bulunan söz konusu maddenin aşağı-yukarı aynı hükümleri içeren ilk haline<sup>14</sup> ilişkin Ana-

<sup>14</sup> 5510 sayılı kanunun ilk halinde yer alan madde 67/I-b: “... sağlık hizmetlerinden ve diğer haklardan yararlanabilmek için;

B) 60'ıncı maddenin birinci fıkrasının (a) bendinin (2) numaralı alt bendi ile (b), (d) ve (g) bentlerine tâbi olan genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin yukarıdaki bentte sayılan şartla birlikte, sağlık hizmeti sunucusuna başvurduğu tarihte kısa ve

yasa Mahkemesi şu değerlendirmeyi yapmış ve iptal istemini reddetmiştir:<sup>15</sup>

“Sosyal Güvenlik Kurumunun amacına uygun olarak hizmet verebilmesi sahip olduğu parasal kaynaklara bağlı olduğundan, temel kaynağı prim olan bu Kurumda sigortalıların kuralda belirtilen süre kadar prim ödemek suretiyle Kurum ile ilişkilerini devam ettirmelerini ve Kurumun sağlayacağı haklardan bu suretle yararlanmalarını öngören böyle bir düzenleme sistemin doğal bir sonucudur.”

Söz konusu gerekçe ve hükme katılmak mümkün değildir. Sistemin finansmanını oluşturan prim ödemede yaşanabilecek aksamları önlemek, sistemin tarafları arasında adaleti sağlamayı amaçlayan bu hükmü, özellikle de sağlık hakkı gibi yaşam hakkı ile yakından ilişkili bir hak üzerinden değerlendirmek gerekmektedir. Söz konusu ilgililer, sağlık hakkına erişebilmek için geçmişte borçlarının bulunup bulunmaması hususunun tespiti ile karşı karşıya bulunmaktadır. Böyle bir düzenleme yerine, prim borçlarının tahsili için mevcut yöntemler devreye sokulabilir, tahsil süreci daha aktif hale getirilebilir. Ayrıca prim ödemek suretiyle sosyal sorumluluğa katılım bilinci geliştirilmelidir. Aksi halde söz konusu “hiçbir prim borcu bulunmama” hali, bireyin sağlık hizmetine ulaşma ve ondan faydalanma hakkı ihlal edilmiş olacaktır.

#### 4. Zorunlu Sigortalılığın Sona Ermesi Halinde Genel Sağlık Sigortası

Ayrıca 5510 sayılı Kanununun 60. maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında genel sağlık sigortalısı sayılanlar, yani zorunlu sosyal sigorta kapsamında çalışmakta olan kimselere ilişkin ilgili Kanun'un 67/IV. fıkrasında geçen şu hüküm oldukça önemlidir:

“... zorunlu sigortalıklarının sona erdiği tarihten itibaren on gün süreyle genel sağlık sigortasından yararlanırlar. Bu kişilerin sigortalılık niteliğini yitirdikleri tarihten geriye doğru bir yıl içinde 90 günlük zorunlu sigortalılıkları varsa, sigortalılık niteliğini yitirdikleri tarihten itibaren 90 gün süreyle zorunlu sigortalılıkla-

uzun vadeli sigorta primleri dâhil genel sağlık sigortası prim borcunun bulunmaması, şarttır.”

<sup>15</sup> 15.12.2006 tarih ve 2006/11 esas 2006/112 karar sayılı Anayasa Mahkemesi kararı, 30.12.2006 tarih ve 26932 sayılı 5. Mükerrer Resmi Gazete.

rından sonraki genel sağlık sigortalılıklarından dolayı prim borcu olup olmadığına bakılmaksızın bakmakla yükümlü olduğu kişiler dahil sağlık hizmetlerinden yararlandırılırlar.”

Bu hüküm çerçevesinde, iş sözleşmesi sona eren işçi sözleşmenin sona ermesinden itibaren ya da memuriyeti sona eren memur bu tarihten itibaren 10 (on) gün süreyle bulunduğu kategori üzerinden (5510 sayılı Kanun, madde 60/I-a) genel sağlık sigortasından faydalanacaktır. Ancak ilgilinin, zorunlu sigortalılığının sona erdiği tarihten geriye doğru bir yıl içerisinde 90 gün zorunlu sigortalılığı mevcut ise, ilgili ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler, 90 gün süreyle zorunlu sigortalılığından sonra dâhil olduğu kategori kapsamında prim borcu olup olmamasına bakılmaksızın faydalanabilecektir. İşbu hüküm, mesela, işten çıkmış/çıkarılmış bir işçinin, yeni bir iş bulma sürecinde mağdur olmadan sağlık hizmetlerine ulaşmasını sağlayacağı için yerinde bir düzenlemedir.

Ancak bu hüküm ile ilgili genel düzenleyici işlemlerdeki düzenlemelere de yer vermek gerekmektedir. Genel Sağlık Sigortası İşlemleri Yönetmeliği madde 10/III ve 5510 sayılı Kanun Gereğince Genel Sağlık Sigortalısı Sayılanlar, Sayılmayanlar, Sigortalılığın Başlangıcı, Kuruma Bildirilmesi Hakkında Tebliğ'de şu şekilde ifade edilmektedir:

“5510 sayılı Kanununun 4'üncü maddesi birinci fıkrası (a) bendi kapsamında sigortalı olanların sigortalılık niteliğini yitirdikleri tarihi takip eden 10 uncu gündün, (b) ve (c) bendi kapsamında sigortalı olanların ise sigortalılık niteliğini yitirdikleri tarihten itibaren tabi oldukları bent kapsamındaki genel sağlık sigortalılıkları sona erer.”

Söz konusu bu düzenlemeler, Kanun'a aykırı olması sebebiyle hukuk devletinin güvenesi normlar hiyerarşisi ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

#### 5. Prim Ödeme Yükümlülüğü Açısından Genel Sağlık Sigortası

Genel sağlık sigortası primi, genel sağlık sigortalısı ile varsa kurum olarak işveren ve Devlet arasında paylaştırılmıştır. İlgili 81/I-d bendine göre;

“d) Genel sağlık sigortası primi, kısa ve uzun vadeli sigorta kollarına tabi olanlar için 82'nci

maddenin birinci fıkrasına göre hesaplanan prime esas kazancın %12,5'idir. Bu primin %5'i sigortalı, %7,5'i ise işveren hissesidir. Yalnızca genel sağlık sigortasına tabi olanlar ile 60'ıncı maddenin birinci fıkrasının (e) bendi ve bu Kanun'un geçici 13'üncü maddesinde belirtilenlerin genel sağlık sigortası primi, prime esas kazancın %12'sidir."

Prim oranı, kısa ve uzun vadeli sigorta kollarına tabi genel sağlık sigortalıları için prime esas kazancın %12,5'idir. Bu oranın %5'i sigortalı, %7,5'i işveren tarafından karşılanacaktır. Diğer genel sağlık sigortalıları için prim oranı ise %12'dir.

Genel sağlık sigortası finansmanına devletin katkısı ile ilgili olarak 81/II, "... *Kurumun ay itibarıyla tahsil ettiği malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları ile genel sağlık sigortası priminin dörtte biri oranında*" Sosyal Güvenlik Kurumu'na katkı yapılacağını öngörülmektedir. Genel sağlık sigortası finansmanında devletin katkısına dikkat çektiğimizde şu sonuca ulaşmaktayız: Devlet, sağlık hizmetlerine ulaşma ve ondan faydalanma hakkının tesisi temel görevini gerçekleştirmek adına, sağlık finansmanına daha fazla oranda katkıda bulunmalıdır. Çünkü gelişen ve değişen dünya ile birlikte sosyal güvenlik finansmanına devletin daha fazla oranda katkısı aranmaktadır.<sup>16</sup>

Prim ödeme yükümlülüğünü ilgililer açısından değerlendirdiğimizde şu sonuçlara varmak mümkündür: Kısa ve uzun vadeli sigorta kollarına tabi olanlar için prime esas kazancın %5 oranında prim yükümlülüğü öngörülmüştür. İşbu yükümlülüğün ilgili için ağır yük oluşturmayacağı kanaatindeyiz.

Ancak burada bir hususa dikkat çekmek gerekir ki; 5510 sayılı Kanunun 82/I. maddesine göre prime esas kazançta alt sınır olarak kabul edilen asgari ücret sahibi ilgilinin de aynı sorumluluk altında bulunması, hal ihlallerine sebep olabilecektir. Ocak 2009 itibarıyla 4 kişilik bir ailenin açlık sınırı 735 TL<sup>17</sup> olarak görünürken, asgari yaşamı sağlayacak ölçüde (2009 yılının son altı ayı için brüt 695 TL)

dahi olmayan asgari ücret ile geçimini sağlayan ilgililerin kazançları üzerinden prim alınması, yerinde bir uygulama değildir. Asgari ücretin belli bir misme kadarki ücretlere ilişkin prim borçlarının işveren sorumluluğu altında olması gerekir. Aksi düzenlemeler, ülkemiz şartlarında zaten düşük belirlenen asgari ücretli sigortalı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin, temel insan hakları arasında yer alan sağlık hizmetlerine ulaşma ve ondan yararlanma hakkını ihlal edecektir. Önerimize uygun nitelikte bir düzenleme, asgari ücretin altında geliri olan sigortalılara ilişkin 5510 sayılı Kanunun 82/III. maddesinde yer almaktadır. İlgili madde şöyledir:

"İkinci fıkraya göre sigortalının kazancı alt sınırın altında ise bu kazanç ile alt sınır arasındaki farka ait sigorta primleri ile ücretsiz çalışan sigortalılara ait sigorta primlerinin tümünü işveren öder."

Söz konusu düzenlemenin, gerçek anlamda asgari yaşam standardını sağlayabilecek nicelikteki bir değerin üzerinden tespit edilmesi gerekmektedir.

## 6. Prim Ödeme Sorumluluğu Açısından Genel Sağlık Sigortası

5510 sayılı Kanun, bazı genel sağlık sigortalıları için işvereni, bazıları için yetkili idari birimleri, diğer bazıları için ise bizzat ilgilileri prim ödeme sorumluluğu altına sokmaktadır.

5510 sayılı Kanun 87/I-a bendine göre; çalışma hayatı içerisinde bulunan ve zorunlu sigorta kapsamındaki eski Sosyal Sigorta Kanunu çalışanı (şimdi 4 A'lı) ile eski Emekli Sandığı Kanunu çalışanı (şimdi 4 C'li) için bu kimselerin işverenlerini prim ödeme sorumlusu olarak kabul etmektedir.

5510 Sayılı Kanun, çalışma hayatı içerisinde aktif şekilde bulunmayan/bulunamayan bazı genel sağlık sigortalıların primlerinin, yetkili idari birimler tarafından ödenmesini öngörmüştür. İlgili 87/I. maddeye göre;

- c) 60'ıncı maddenin birinci fıkrasının (c) bendinde sayılan kişiler için primi yılı merkezî yönetim bütçesinden karşılanmak üzere ilgili kamu idareleri,
- d) 60'ıncı maddenin birinci fıkrasının (e) bendinde sayılan kişiler ile 5'inci maddenin (e) ve (f) bentlerinde belirtilenler için

<sup>16</sup> Güzel, s. 14; Bakırcı, s. 73 vd.

<sup>17</sup> <http://www.haberturk.com/ekonomi/haber/124096-2009un-acilik-siniri-oranlari-belli-oldu.aspx>, 11.11.2009

Türkiye İş Kurumu, d) (Değişik: 5754 - 17.04.2008 / madde 51) 60'ncı maddenin birinci fıkrasının (e) bendinde sayılan kişiler ile 5'inci maddenin (e) bendinde belirtilenler için Türkiye İş Kurumu"

tarafından ödeneceği hükme bağlanmıştır. Bireysel şartları sebebiyle toplumsal güvence altına alınmak istenen hükme konu ilgililerin sağlık hizmetlerine ulaşması açısından önemli bir düzenlemedir.

5510 sayılı Kanun, bazı genel sağlık sigortalıların prim ödeme sorumluluğunu, ilgililerin kendileri üzerinde bırakmıştır. Kanunun 87. maddesinin b bendine göre; köy ve mahalle muhtarları ile kendi ad ve hesabına çalışan ilgililer, isteğe bağlı sigortalılar, yabancı ülke vatandaşları ile hiçbir kategoriye girmeyen ve genel sağlık sigortalısı sayılan kişilerin prim yükümü kendileri tarafından ifa edilecektir. Bu kişiler arasından yabancı ülke vatandaşları ile hiçbir kategoriye girmeyen kişilerin prim ödeme sorumluluklarını değerlendirdiğimizde, birtakım hal ihlalleri ile karşılaşmamız mümkün olacaktır.

İşbu değerlendirmeyi yaparken, ilgililerin prim ödemelerinde esas tutulacak kazançlarına ilişkin 80/IV. maddesindeki hükme de yer vermek gerekmektedir. İlgili maddeye göre; "Yalnızca genel sağlık sigortasına tâbi olanlar bakımından prime esas aylık kazancın tespitinde; 60. maddenin birinci fıkrasının (d) ve (g) bentlerinde sayılan kişiler için 82. maddeye göre belirlenen prime esas günlük kazanç alt sınırının iki katının otuz günlük tutarı, ... prime esas asgari kazanç tutarı esas alınır..." Çünkü yabancı ülke vatandaşlarının çalışma hal ve şartları ile ülkemizin göz ardı edilemez kayıtdışı istihdam olgusu karşısında, bir de ilgililerin reel kazançları üzerinden değil de, soyut belirlenen kazanç üzerinden primleme faaliyetinin yapılması sebebiyle, işbu kişiler, genel sağlık sigortası primlerini ödeyemeyecektir. Böylece de kendileri ile bakmakla yükümlü oldukları kişiler, sağlık hizmetine ulaşamayacaktır.

Prim ödeme gerekliliğine ilişkin olarak şunu belirtmeliyiz ki; 5510 sayılı Kanun veya bu kanundan önce yürürlükte bulunan sosyal güvenlik kanunlarına gelir veya aylık almakta olanların genel sağlık sigortasından faydalanabilmesi için sigorta primi ödemesi gerek-

memektedir. Çünkü bu kişiler, faal çalışma sırasında prim ödediklerinden, ödedikleri primler üzerinden genel sağlık sigortasından faydalanması öngörülmektedir.

## 7. 18 Yaşından Küçük Çocuklar Açısından Genel Sağlık Sigortası

5510 Sayılı Kanun içerisinde en önemli adımlardan biri, 18 yaşından küçük çocuklar ile tıbben başkasının bakımına muhtaç olan bireylere ilişkin düzenlemedir.

5510 sayılı Kanun madde 67/I hüküm ile "18 yaşından küçük kimseler (çocuklar) ile tıbben başkasının bakımına muhtaç olan kişiler", prim ödeme şartına bağlı olmaksızın, sigorta kapsamında sağlık hizmetlerinden faydalanabilecektir. "Tıbben başkasının bakımına muhtaç" kavramı, Genel Sağlık Sigortası İşlemleri Yönetmeliği madde 4/kk bendinde "Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırılması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik kapsamında, yetkilendirilmiş özürlü sağlık kurulu raporu vermeye yetkili sağlık kuruluşlarınca, ağır özürlü olduğu özürlü sağlık kurulu raporu ile belgelendirilen kişiler" olarak ifade edilmektedir. Yani 18 yaş altındaki çocuklar ile ağır engelli olan kişiler, anne-babalarının ya da kendilerine bakmakta olan kimselerin prim ödeme yükümü karşısındaki tutumlarından bağımsız olarak genel sağlık sigortası kapsamında olacaktır.

Konuya ilişkin olarak ayrıntılı düzenleme, ilgili Kanun'un 61/II. fıkrası doğrultusunda hazırlanan 23.09.2008 tarihli *Resmî Gazete*'de yayımlanan 5510 sayılı Kanun Gereğince Genel Sağlık Sigortalısı Sayılanlar, Sayılmayanlar, Sigortalılığın Başlangıcı, Kuruma Bildirilmesi Hakkında Tebliğ'de yer almaktadır. İlgili Kanun maddesi ile ilgili Tebliğ'in "G-18 Yaşından Küçük Çocuklar" başlığı altında, "... ana ya da babanın 'tescil edilmiş olmasına bakılmaksızın ve ayrıca bir işleme gerek olmaksızın' 18 yaşın dolduğu tarihe kadar genel sağlık sigortalısı veya genel sağlık sigortalısının bakmakla yükümlü olduğu kişi olarak sağlık hizmetlerinden yararlandırılır." denmektedir.

Ancak uygulamaya baktığımızda, 18 yaş altı çocukların sağlık hizmetine ulaşmasında sorunlar ile karşılaşmaktadır. Aktivasyon

yapılmadığı gerekçesiyle çocuklar, sigorta kapsamında kabul edilmeksizin sağlık hizmetine ulaşmaktadırlar. Yine 2008 Yılı Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliği'nin "Provizyon İşlemleri" başlığını taşıyan 3.3. maddesinin II. Fıkrası da şu hükme yer vermektedir:

"Ancak; Kurumla sözleşmeli sağlık kurum ve kuruluşlarınca, aşağıda sıralanan istisnai durumlar nedeniyle Kurum bilgi işlem sisteminde hasta takip numarası / provizyon alınmamasına rağmen gerekli sağlık yardımları sağlanacaktır

8) 18 yaşını doldurmamış kişiler (nüfus cüzdanı fotokopisi faturaya eklenir)."

Bütün bu kanun ve tebliğ hükümlerine rağmen, 18 yaş altı çocuklar, ana ya da babanın tescil edilmedikleri ya da haklarında provizyon alınmadığı gerekçesiyle genel sağlık sigortası hizmetlerinden faydalanamamaktadırlar.

#### **8. Prim Ödeme Gerekliği Aranmayacak Sağlık Hizmetleri Açısından Genel Sağlık Sigortası**

5510 sayılı Kanununun 67. maddesi ile bazı sağlık hizmetlerinin, prim ödeme gerekliği aranmaksızın ilgililere sunulmasına hükümlenmiştir. Temel sağlık hizmetleri olarak ifade edebileceğimiz

- acil haller,
- iş kazası ve meslek hastalığı halleri,
- bildirim zorunlu bulaşıcı hastalıklar,
- kişiye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri ile insan sağlığına zararlı madde bağımlılığını önlemeye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri,
- analık sebebiyle sunulan sağlık hizmetleri,
- 7269 Sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun kapsamındaki afet nedeniyle sunulan sağlık hizmetleri,
- 2941 Sayılı Seferberlik ve Savaş Hali Kanunu çerçevesinde ilan edilen savaş halinde sunulan sağlık hizmetleri,
- grev ve lokavt halinde sunulan sağlık hizmetleri

için ilgili, herhangi bir prim ödeme şartı aranmaksızın bu sağlık hizmetlerinden faydalanma hakkına sahip olmaktadır. (Madde 67/1) Bu düzenleme, sağlık hizmetlerine ulaşma ve ondan faydalanma hakkının tesisi açısından yerinde bir düzenlemedir.

#### **b. Sözleşmeli Sağlık Hizmeti Sunucusuna Başvurma Gerekliği**

5510 Sayılı Kanun kapsamında sunulan hizmetlerden faydalanabilmek için ilgili Kanun'un 73/1. maddesine göre;

"Bu Kanuna göre sağlık hizmetleri, Kurum ile yurt içindeki veya yurt dışındaki sağlık hizmeti sunucuları arasında yapılan sözleşmeler yoluyla ve/veya bu Kanun hükümlerine uygun olarak genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sözleşmesiz sağlık hizmeti sunucularından satın aldıkları sağlık hizmeti giderlerinin ödenmesi suretiyle sağlanır."

Yukarıdaki hükümden de anlaşılacağı üzere, genel sağlık sigortası kapsamındaki sağlık hizmetleri, Sosyal Güvenlik Kurumu ile sözleşme yapmış resmi veya özel sağlık hizmeti sunucuları üzerinden sunulacaktır. Özel sağlık hizmeti sunucuları, imza dönemlerinde ilgili sözleşmelere imza atmaya yanaşmamakta, birtakım gerekçeler ileri sürerek ayak diremektedirler. Söz konusu bu yaşananlar, sağlık alanında kar odaklı hizmet sunumu içerisinde olmaları sebebiyledir. Hâlbuki sağlık alanında faaliyet gösteren özel hukuk kişilerinin gözden kaçırdığı bir husus vardır. Sağlık hizmeti sunumu, salt bir ticari faaliyet olmadığı gibi, sağlık hizmeti "tüketime konu meta", sağlık hizmetinin sunulduğu ilgili de "müşteri" değildir.

İlgili sözleşmesiz sağlık hizmeti sunucusuna başvurduğu takdirde, aynı Kanun'un devam eden fıkralarına göre; "Acil haller dışında sözleşmesiz sağlık hizmeti sunucularından kişilerce satın alınan sağlık hizmeti bedelleri Kurumca ödenmez." (Madde 73/VI) İlgili acil hal dışında sözleşmesiz bir sağlık hizmeti sunucusuna başvurduğunda, tercihi sebebiyle sağlık sunucusu tarafından sağlık hizmeti karşılığında istenen bedeli ödeyecektir.

Yukarıdaki hükümden de anlaşılacağı üzere, acil hal söz konusu ise, ilgili, sigorta kap-

samında sözleşmesiz sağlık hizmeti sunucularına da başvurabilmektedir. Konuya ilişkin olarak ilgili 73. maddenin VII. fıkrası şu şekildedir:

“Sözleşmesiz sağlık hizmeti sunucularından acil hallerde alınan sağlık hizmeti bedeli, 72’nci madde gereği sözleşmeli sağlık hizmeti sunucuları için belirlenen bedeller esas alınarak genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilere fatura karşılığı ödenir. Sözleşmeli ve sözleşmesiz sağlık hizmeti sunucuları, acil hallerde, sözleşmeli sağlık hizmetleri sunucuları ise Kurumun belirlediği sağlık hizmetleri için genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerden veya Kurumdan herhangi bir ilave ücret talep edemez.”

Yukarıdaki hükme göre ilgili, acil hal söz konusu olduğunda, sözleşmesiz sağlık hizmeti sunucusuna başvurur ise, sağlık hizmeti bedelini, Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonu tarafından sözleşmeli sağlık hizmeti sunucuları için belirlenen bedeller üzerinden öder, kendisine ise daha sonra Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından fatura karşılığı ödeme yapılır.

Söz konusu bu düzenleme, acil hal içerisinde bulunan kimselerin sağlık hakkını zedeleyebilecek niteliktedir. İlgili, acil hal içerisindeyken bile, sağlık hizmeti bedelini ödemek durumunda kalmaktadır. Hâlbuki herkesin sağlık hakkına ulaşabilmesi için acil hal içerisinde sözleşmesiz sağlık hizmetine başvuru halinde, ilgili sağlık bedelini ödeme gibi bir durum ile karşılaşmaması gerekmektedir.

### ***c. Sevk Zincirine Uyuma Gerekliliği***

5510 sayılı Kanununun 70. maddesine göre;

“Bu Kanunun uygulanması bakımından sağlık hizmeti sunucuları birinci, ikinci ve üçüncü basamak olarak Sağlık Bakanlığı tarafından basamaklandırılır. Bu basamaklar ve sağlık hizmet sunucuları arasında sevk zinciri; tanı, ön tanı, hekimlerin ve dış hekimlerinin uzmanlıkları dikkate alınmak suretiyle tüm yurtda veya il ya da ilçe bazında Sağlık Bakanlığının görüşü alınarak Kurum tarafından belirlenir. Aile hekimleri birinci basamak hizmet sunucuları içinde yer alır.

Kurumca sağlık hizmetlerinin sağlanabilmesi için, genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler sevk zinciri kurallarına uygun hareket etmek zorundadır.”

Aktardığımız madde hükmü çerçevesinde sağlık hizmetleri Sağlık Bakanlığı tarafından basamaklandırılacak, bu basamaklar arası sevk zinciri ise Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından belirlenecektir. Sağlık hizmet basamakları ve sevk zinciri uygulaması, bir bütün teşkil etmektedir. Bütünün bir parçasının bir kurum diğer parçasının başka bir kurum tarafından belirlenmesi sorunlara yol açabilecektir. Ayrıca sağlık hizmeti basamak sayısının kanun ile belirlenmesi de, süreçte ortaya çıkabilecek ihtiyaçlara cevap verebilmek açısından yerinde bir düzenleme olmamıştır.<sup>18</sup>

İlgili hüküm ışığında sağlık hizmet sunucuları 2008 Yılı Sosyal Güvenlik Sağlık Uygulama Tebliği’nin 2. maddesinde şu şekilde basamaklandırılmıştır:

#### **“2.1. Sağlık Kuruluşları**

##### **a) Birinci basamak resmi sağlık kuruluşu**

Kamu idareleri bünyesindeki kurum hekimlikleri, sağlık ocağı, verem savaş dispanseri, ana-çocuk sağlığı ve aile planlaması merkezi, sağlık merkezi ve toplum sağlığı merkezi ile Sağlık Bakanlığı ile aile hekimliği sözleşmesi yapmış aile hekimleri, 112 acil sağlık hizmeti birimi, üniversitelerin medikososyal birimleri, Türk Silahlı Kuvvetlerinin birinci basamak sağlık üniteleri.

##### **b) Birinci basamak özel sağlık kuruluşu**

Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik kapsamında açılan özel poliklinikler, Ağız ve Diş Sağlığı Hizmeti Sunulan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik kapsamında açılan ağız ve diş sağlığı hizmeti veren özel sağlık kuruluşları.

##### **c) Serbest Eczaneler**

6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun kapsamında serbest faaliyet gösteren ve birinci basamak sağlık kuruluşu olan eczaneleri.

#### **2.2. Sağlık Kurumları**

##### **a) İkinci basamak resmi sağlık kurumu**

Eğitim ve araştırma hastanesi olmayan devlet hastaneleri ve dal hastaneleri ile bu hastane-

<sup>18</sup> Konuya ilişkin eleştiri için bkz.: Okur, s. 180; Okur-Ergin, s. 1460.

lere bağlı semt poliklinikleri, entegre ilçe hastaneleri, Sağlık Bakanlığına bağlı ağız ve diş sağlığı merkezleri, tıp fakültelerinin bulunduğu ilin dışında yer alan uygulama ve araştırma merkezleri (üniversite hastaneleri) ile Türk Silahlı Kuvvetlerinin eğitim ve araştırma hastanesi olmayan hastaneleri, belediyelere ait hastaneler ile kamu kurumlarına ait tıp merkezi ve dal merkezleri.

#### **b) İkinci basamak özel sağlık kurumu**

Özel Hastaneler Yönetmeliğine göre ruhsat almış hastaneler ile Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik kapsamında açılan tıp merkezleri ile Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmeliğin geçici ikinci maddesine göre faaliyetlerine devam eden tıp merkezleri ve dal merkezleri.

#### **c) Üçüncü basamak resmi sağlık kurumu**

Eğitim ve araştırma hastaneleri, özel dal eğitim ve araştırma hastaneleri, üniversite tıp fakültelerinin bulunduğu ilde kurulu sağlık uygulama ve araştırma merkezleri (üniversite hastaneleri) ile bu hastanelere bağlı semt poliklinikleri ve üniversitelerin dış hekimliği fakülteleri, Türk Silahlı Kuvvetlerine bağlı tıp fakültesi hastanesi ile eğitim ve araştırma hastaneleri, vakıflara ait eğitim ve araştırma hastaneleri.”

Genel sağlık sigortasından faydalanabilmek için, birinci, ikinci ve üçüncü basamak şeklinde yapılandırılmış sağlık hizmeti sunucularına, işbu sıraya riayet edilmek suretiyle başvurulması yani sevk zincirine uyulması gerekmektedir. Aksi takdirde, sağlık hizmeti finansmanının tamamı, ilgiliye bırakılmaktadır. 5510 sayılı Kanunun 70/II maddesine göre;

“Kurumca sağlık hizmetlerinin sağlanabilmesi için, genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler sevk zinciri kurallarına uygun hareket etmek zorundadır.”

Sağlık hizmeti sunucularını basamaklandırmak suretiyle sevk zinciri uygulaması; doktor/sağlık personeli şeklindeki sağlık hizmeti sunan ilgililerin hastanın mevcut sorununa en kısa zamanda ve en verimli şekilde çözüm bulabilmesi için olumlu karşılanabilecek bir düzenlemedir. Sevk zinciri uygulamasında yeterli etkinliğin sağlanması halinde, ilgililer, daha kaliteli hizmet alacaklardır. Ancak bu hususta, özellikle bireyler nezdinde gerekli bilgilendirmelerin yapılması gerekir ki, ilgililer bilgi eksikliği sebebiyle zor durumlar ile karşı-

laşsınlar. Çünkü geçtiğimiz yıllarda pek çok defa uygulamaya giren sevk prosedürü, ilgililer için bir eziyet olarak telakki edilmiştir. Özellikle birinci basamak sağlık hizmeti sunucuları, sağlık hizmetine ulaşmak için atlanması gereken bir basamak olarak görülmüş, sağlık ocaklarında uzun kuyruklar oluşmuştur. Bu sebeple de bilgilendirme sürecinin iyi işlememesi halinde, söz konusu bu düzenleme, sağlık hakkına ulaşım açısından bireyler nezdinde ihlal olarak değerlendirilebilecektir. Bu çerçevede bu ve benzeri ihlal algılarını önlemek adına öncelikle birinci basamak olarak değerlendirilen aile hekimliği uygulaması yaygınlaştırılmak ve geliştirilmek istenmektedir. Bu çerçevede de sevk zinciri uygulaması, henüz ülke çapında tam anlamıyla uygulamaya geçmiş bir düzenleme değildir.

Sevk zincirine uyma zorunluluğu, bazı hallerde aranmamaktadır. Genel Sağlık Sigortası İşlemleri Yönetmeliği'nin 40/IV. maddesine göre;

- acil hallerde,
- iş kazası ve meslek hastalığı
- afet ve savaş

hallerinde ilgili sevk zincirine uymaksızın sağlık hizmeti sunucusuna başvurursa dahi, sigorta kapsamında hizmetlerden faydalanabilecektir. Bu şekilde istisnalara yer verilmesi, bu hallerin gerektirdiği aciliyeti karşılamak adına sağlık hakkının gerçekleşmesi açısından önemlidir.

#### **d. Kimlik Tespiti Gerekliği**

5510 sayılı Kanunun 67. maddesinin II. fıkrasına göre;

“... genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sağlık hizmetlerinden ve diğer haklardan yararlanabilmeleri için sağlık hizmeti sunucularına başvurduklarında acil haller hariç olmak üzere (acil hallerde ise acil halin sona ermesinden sonra); nüfus cüzdanı, sürücü belgesi, evlenme cüzdanı, pasaport veya Kurum tarafından verilen resimli sağlık kartı belgelerinden birinin gösterilmesi zorunludur.”

Genel sağlık sigortası kapsamında sağlık hizmetlerinden faydalanmak için başvuru anında, ilgilinin sağlık karti yanında nüfus

cüzdani, sürücü belgesi, evlenme cüzdani, pasaport gibi kimliği ve hak sahipliğini tanımlayıcı başka belgeler ile kimliğini tespit ettirmesi gerekmektedir.

Acil halin varlığı durumunda, söz konusu kimlik tespit işlemleri, acil halin sona ermesi sonrasında yapılacaktır. Ancak ülkemizde insanlar, acil servislerde kimlik tespitini sağlamak adına "Acil Sağlık Hizmeti Taahhütnamesi"ne imza atmak durumunda bırakılmaktadırlar. Söz konusu taahhütname; yanında kimliğini tanıtıcı herhangi bir belgesi bulunmayan ilgililerden alınmaktadır. İçeriğinde ise, ilgilinin mali durumu ile boşluk, sağlık hizmeti giderlerinin boşluk bırakılan alana yazılan miktarı kadarını karşılayacağına ve kimliğini üç (3) gün içinde ibraz edeceğine dair beyanlar yer almaktadır. Hatta bazı hallerde ilgililerden senet alındığı iddiaları ile karşılanmaktadır. Hasta ve/veya yakınlarını, yaşadıkları acil hal içerisinde böyle taahhütnameler ile karşılamak, hak ihlallerine yol açabilecek niteliktedir.

Söz konusu bu düzenleme, sağlık hizmetlerine ulaşma hakkını tesis edici bir özelliğe sahip bulunmaktadır. Ancak kimlik tespiti adına ilgililerin senet vs. taahhütnamelerde bulunması hususunda gerekli hassasiyetin gösterilmesi gerekir ki, herhangi bir hak kaybı ile karşılaşılmasın.

### e. Katılım Payı Ödeme Gerekliliği

5510 Sayılı Kanun, sigorta kapsamında genel sağlık sigortalısı veya bakmakla yükümlü olduğu kişilerin, birtakım sağlık hizmeti taleplerinde, "katılım payı" adı altında bir ödeme yapması gerekliliğini aramaktadır. Katılım payı; sağlık hizmetlerinden yararlanabilmek için, genel sağlık sigortalısı veya bakmakla yükümlü olduğu kişiler tarafından ödenecek tutarı ifade etmektedir. (5510 sayılı Kanun, madde 3/26. bent)

#### 1. Katılım Payının Hukuki Niteliği

Genel sağlık sigortası kapsamındaki ilgililerin, yine sigorta kapsamındaki sağlık hizmet talepleri sırasında ödemeleri gereken "katılım payı" adı altındaki değer hukuki niteliği üzerinde durmamız gerekmektedir.

"Katılım payı", Anayasa'nın 73. maddesinde zikredilen vergi ve benzeri yükümlülük olarak tanımlanabilir mi? İlgililer nezdindeki bir ödeme yükümlülüğünün "vergi ve benzeri yükümlülük" olarak tanımlanabilmesi için söz konusu yükümlülüğün birtakım kriterleri taşıması gerekmektedir. İşbu hususu 5510 sayılı Kanun üzerinden değerlendiren Anayasa Mahkemesi, ilgili kararında<sup>19</sup>, kriterleri şu şekilde ifade etmektedir:

"Ücret, aidat, kesenek, harç, katılma payı, fon payı, katkı payı gibi adları ne olursa olsun parasal yükümlülük ya da ödemelerin Anayasa'nın 73. maddesi kapsamında mali yükümlülük sayılabilmesi için ödemenin kamu gideri niteliğinde ve kamu hizmeti karşılığı olması, tek taraflı irade ile alınması, kamu gücüne dayanması, zorunlu olması, ödenmemesi halinde hukuki yolla tahsili, devlet tüzel kişiliği, kamu tüzel kişiliği ya da kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları tarafından tahsil edilmesi ve yasa ile konulması gerekir."

"Katılım payı" adı altındaki ödeme, kamu gideri niteliğinde ve kamu hizmeti karşılığında mı yapılmaktadır? Özel veya resmi sağlık hizmeti sunucuları tarafından sunulan sağlık hizmetleri, bir kamu hizmeti niteliğinde midir?

"Kamu hizmeti" kavramı; Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında şu şekilde tanımlanmaktadır:<sup>20</sup>

"Devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir."

Bu tanım ışığında diyebiliriz ki, resmi veya özel sağlık hizmeti sunucuları tarafından sunulan sağlık hizmetleri; kamu tüzel kişileri tarafından veya bunların denetim ve gözetimi altında, toplumsal bir ihtiyacı karşılamak ve bu suretle kamu yararını sağlamak amacıyla sunulan devamlı ve düzenli faaliyetler olmaları hasebiyle, "kamu hizmeti" olarak tanımlanmalıdırlar.

<sup>19</sup> 15.12.2006 tarih ve 2006/11 esas 2006/112 karar sayılı Anayasa Mahkemesi kararı, 30.12.2006 tarih ve 26932 sayılı 5. Mükerrer Resmi Gazete.

<sup>20</sup> 1994/43 esas 1994/42-2 karar sayılı 09.12.1994 tarihli Anayasa Mahkemesi kararı, 24.01.1995 tarihli ve 22181 sayılı Resmi Gazete, www.kazanci.com



Kamu gideri ise, kamu hizmetlerinin maliyeti olmaktadır. 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu madde 3/h bendinde “kamu gideri” örnekleme içerisinde “sosyal güvenlik katkı payları”na da yer verilmektedir. Sosyal güvenlik kapsamında yer alan genel sağlık sigortası içerisinde, birtakım hizmetlerden faydalanmak için ödenmesi öngörülen “katılım payı”nın da bu çerçevede, sosyal güvenlik katkı payı olarak isimlendirilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla “katılım payı”; kamu hizmetlerinin maliyetini karşılamak adına ilgililerden tahsil edilen kamu gideri niteliğinde bir ödeme olmaktadır.

“Katılım payı”; kamu gücüne dayanan tek taraflı irade ile belirlenmiş ödenmesi zorunlu bir değer midir? 5510 sayılı Kanunun 68. maddesinin II. fıkrasında belirtildiği üzere, katılım payı değerleri, maddede yer alan sınırlar dâhilinde Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından belirlenecektir. Yine aynı maddenin VIII. fıkrasına göre; “Katılım paylarının ödenme usulleri ile bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer usul ve esaslar, Kurum (Sosyal Güvenlik Kurumu) tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.” Dolayısıyla “katılım payı”nın belirlenmesi, ödenmesi ve buna ilişkin süreçler, kamu gücüne sahip Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından düzenlenecek, takip edilecektir. Katılım payının belirlenmesi sırasında ilgililerin herhangi bir irade açıklaması aranmamaktadır. Genel sağlık sigortalısı veya bakmakla yükümlü olduğu kimsenin sağlık hizmetine ulaşabilmesi için, o hizmet için öngörülen katılım payı değerini ödemesi gerekmektedir. Karşılaştırmalar ışığında “katılım payı”; kamu gücüne dayanan Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından tek taraflı irade ile belirlenen ve ilgilinin sağlık hizmetine ulaşması için ödemesi zorunlu bir değer ifade etmektedir.

Yukarıdaki açıklamalarımız ışığında ifade etmeliyiz ki, genel sağlık sigortası kapsamında ilgiliden alınacak “katılım payı”, Anayasa madde 73'te ifade edilen vergi ve benzeri yükümlülükler içerisinde yer almaktadır.

## **2. Katılım Payının Hukuki Niteliği Karşısında Genel Sağlık Sigortası**

“Katılım payı”na ilişkin vergi ve benzeri yükümlülük olduğuna dair değerlendirmemizin ardından belirtmeliyiz ki; “katılım payı”, ancak

kanunla konular, değiştirilir ve kaldırılır. (Anayasa, madde 73/III) Bununla birlikte vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerin oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi Bakanlar Kuruluna verilebilir. (Anayasa, madde 73/IV)

Bu çerçevede, “katılım payı”nın hangi sağlık hizmetleri karşılığında ve ne miktarda alınabileceğine ilişkin hükümleri incelememiz gerekmektedir. 5510 sayılı Kanunun ilgili 68. maddesi şu şekildedir (I. ve IV. fıkra):

“63'üncü maddede sayılan sağlık hizmetlerinden katılım payı alınacak olanlar şunlardır:

- a) Ayakta tedavide hekim ve diş hekimi muayenesi.
- b) Ortez, protez, iyileştirme araç ve gereçleri.
- c) Ayakta tedavide sağlanan ilaçlar.

...

63'üncü maddenin birinci fıkrasının (e) bendi gereğince sağlanan ve bir hastalığın tedavisinin başka tıbbi bir yöntemle mümkün olmaması nedeniyle yapılacak yardımcı üreme yöntemi tedavisi dışındaki, yardımcı üreme yöntemi tedavisinde katılım payı ilk denemede %30, ikinci denemede %25 oranında uygulanır...”

Katılım payı, ayakta tedavide hekim ve diş hekimi muayenesi, ortez, protez ve diğer iyileştirici araç-gereçler ile ayakta tedavide sağlanan ilaçlar ve birtakım yardımcı üreme yöntemi tedavileri sırasında, genel sağlık sigortalısı veya bakmakla yükümlü olduğu kişi tarafından ödenecektir.

5510 sayılı Kanunda katılım payı miktarının belirlenmesine ilişkin 68. maddenin II. fıkrası şu hükmü taşımaktadır:

“Katılım payı, birinci fıkranın (a) bendindeki sağlık hizmetleri için 2 Yeni Türk Lirası olarak uygulanır. Katılım payı, (b) ve (c) bentlerindeki sağlık hizmetleri için gereksiz kullanımı azaltma, sağlık hizmetlerinin niteliği itibarıyla hayati öneme sahip olup olmaması, kişilerin prime esas kazançlarının, gelir ve aylıklarının tutarı ve benzeri ölçütler dikkate alınarak %10 ila %20 oranları arasında olmak üzere Kurumca belirlenir. Birinci fıkranın (a) bendindeki sağlık hizmetleri için belirlenen katılım payı tutarı, 04.01.1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi

Usul Kanunu uyarınca belirlenen yeniden değerlendirme oranı kadar her yıl artırılır. Birinci fıkranın (a) bendi gereği katılım payını; birinci basamak hizmet sunucularında yapılan muayenelerinde almamaya ya da daha düşük tutarlarda belirlemeye veya tekrar birinci fıkranın (a) bendi için belirlenen tutara getirmeye, ikinci ve üçüncü basamak sağlık hizmet sunucularında yapılan muayenelerde ise önceki basamaklardan sevki olarak başvurulup başvurulmadığı dikkate alınmak suretiyle yarısına kadar indirmeye veya beş katına kadar artırmaya, gerektiğinde bu tutarları Kanuni tutarlarına getirmeye veya indirmeye Kurum yetkilidir.”

Yukarıda aktardığımız madde çerçevesinde, katılım payının belirlenmesinde yetki hususuna değinmeden önce katılım payı belirlenmenin gerekçesi olarak değerlendirebileceğimiz şu ifadeye dikkat çekelim: “Katılım payı, (b) ve (c) bentlerindeki sağlık hizmetleri için gereksiz kullanımı azaltma, ... ve benzeri ölçütler dikkate alınarak ... belirlenir.” Bu hüküm ışığında katılım payının, yani ilgililer nezdindeki mali bir yükümlülüğün, gereksiz kullanımı azaltmak için öngörülmüş olduğunu görüyoruz. Bir sorunu değerlendirirken ve o soruna çözümler getirirken, tek bir cephe üzerinden bakmamak gerekmektedir. Belki ilgililer nezdinde mali bir külfetin doğabileceği endişesi, sağlık hizmetlerinin gereksiz kullanımını azaltabilir mi bilinmez, ama bu hususun temelde bireylerin bilinçlendirilmesi ile sağlanabileceğini görmek gerekmektedir. İlgililer yeterince bilinç sahibi olmayınca da katılım payı gibi mali külfetler de sağlık hakkına erişimi engelleyici nitelikte olacaktır.

Burada bir hususa da dikkat çekmek gerekmektedir; yukarıda aktardığımız gerekçeye konu olan sağlık hizmetleri, iyileştirici araç-gereçler ile ilaçlardır. Söz konusu sağlık hizmetleri de genel sağlık sigortası kapsamındaki ilgilinin herhangi bir eylemi olmaksızın, yetkili hekimin muayenesi sonrası ve onun iradesi doğrultusunda belirlenmektedir. Hekim, muayene sonrası görülen tıbbi gereklilik ölçüsünde söz konusu sağlık hizmetlerinin sunumunu öngörmektedir. Dolayısıyla işbu sağlık hizmetleri için belirlenen katılım payının, gereksiz kullanımı azaltma gibi bir fonksiyonu bulunmayacaktır.

Bu hüküm ile birtakım sağlık hizmetleri için (ortez, protez, iyileştirici araç-gereçler ile

ayakta tedavide sunulan ilaçlar) katılım payını %10-%20 oranları arasında düzenlemeye, diğer birtakım sağlık hizmetleri için (ayakta tedavide hekim ve dış hekimi muayenesi) madde hükmünde belirtilen katılım payı değerini kaldırma, azaltma veya beş katına kadar artırma yetkisi, Sosyal Güvenlik Kurumu'na verilmektedir. Sosyal Güvenlik Kurumu'na verilen geniş yetki yelpazesi ile söz konusu hüküm, “katılım payı”nın hukuki niteliğine ilişkin değerlendirmemiz karşısında Anayasa'ya aykırılık teşkil etmektedir. Anayasa tarafından vergi ve benzeri mali yükümlülükleri belirleme hususunda Bakanlar Kurulu'na yetki verilmek suretiyle, Hukuk Devleti'nin temel ilkesi olan hukuki güvenlik, hukukun öngörülebilirliği hususunun sağlanması amaçlanmaktadır. Ancak katılım payı miktarını belirlerken Sosyal Güvenlik Kurumu'na yetki verilmesi aşağıda göreceğimiz şekilde hukukun öngörülebilirliğini zedelemektedir.

“Katılım payı”nın vergi ve benzeri yükümlülük olması hasebiyle Anayasa tarafından Bakanlar Kurulunca kullanılacak belirleme yetkisinin Kuruma verildiği, bu sebeple söz konusu hükmün Anayasa'ya aykırı olduğu iddiası ile iptal talebinde bulunulmuştur. Anayasa Mahkemesi kararında,<sup>21</sup>

“... Kuraldaki tutarın normalde kişilerin kendilerinin karşılaması gereken sağlık giderlerinin Devletçe karşılanması nedeniyle kendilerinden istenilen katkı payı olduğu ve bu yönüyle Anayasa'nın 73. maddesindeki vergi, resim ve harç benzeri mali yükümlülük niteliğinde olmadığı anlaşılmaktadır.”

gerekçesi ile iptal istemini reddetmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi, bu kararında, söz konusu hükmü, **kamu görevlileri yönünden** Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin bu sonuca varması sırasında kamu görevlileri ile diğer genel sağlık sigortalıları arasında fark gözetmesi eşitlik ve sosyal adalet açısından doğru değildir. Bu yöndeki bir yargı kararı ile bireyin adalet ve hakkaniyete uygun olarak sağlık hizmetlerine ulaşma ve ondan faydalanma hakkının ihlal edildiği kanaatindeyiz.

<sup>21</sup> 15.12.2006 tarih ve 2006/11 esas 2006/112 karar sayılı Anayasa Mahkemesi kararı, 30.12.2006 tarih ve 26932 sayılı 5. Mükerrer Resmi Gazete.

### 3. Katılım Payı Miktarının Ağır Yük Teşkil Etmemesi Gerekliliği Karşısında Genel Sağlık Sigortası

Katılım payı, bireyin kamu hizmet finansmanına katılımıdır. Bu değeri, sağlık hizmeti sunucusu ile hasta arasındaki satım sözleşmesi şeklindeki bir ilişkinin bedeli olarak görmek gerekmektedir. Çünkü Anayasa madde 56/III-IV gereği;

“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 de kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir.”

Devletin görev alanına giren sağlık hizmeti sunumuna bireyin katılımı, kabul edilmekle birlikte, birey için ağır yük niteliğinde olmaması gerekmektedir (İLO 102 sayılı sözleşme, madde 10/II) Bu çerçevede de katılım payı değerlerinin bireyin sağlık hizmetine ulaşmasını zorlaştırıcı bir unsur taşımaması gerekmektedir.

Katılım payı değerleri, 2008 Yılı Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliği'nde yayımlanmıştır. Söz konusu bu değerler, Eylül 2008 yılından bu zamana kadar dört-beş kez değişmiş bulunmaktadır. Hastalar, bir hafta önce geldikleri muayene hizmeti için bir hafta sonra farklı değerlerde katılım payı ödeme durumu ile karşı karşıya kalmaktadırlar. Bu husus da hukuk güvenliğini, hukukun öngörülebilirliğini zedeleyici niteliktedir.

2008 Yılı Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliği 6. maddesi çerçevesinde Kasım 2009 yılı itibarıyla ilgili sağlık hizmetleri için alınacak katılım payı tutarları şu şekildedir:

#### • Ayakta Tedavide Hekim ve Dış Hekimi Muayenesi İçin Katılım Payı

Birinci basamak sağlık kuruluşları/aile hekimliği muayenelerinde: 2 TL

İkinci ve üçüncü basamak resmi sağlık kurumlarında: 8 TL

Özel sağlık kurumlarında: 15 TL

#### • Ayakta Tedavide Sağlanan İlaçlar İçin Katılım Payı

Kurumdan gelir ve aylık alanlar ile bakmakla yükümlü oldukları kişiler için %10, diğer kişiler için %20 oranında katılım payı alınır.

#### • Tıbbi Malzeme Katılım Payı (gözlük cam-çerçevesi, ağız protezleri, vücut dışı kullanılan protez-ortezler ile hayati öneme haiz olmayan iyileştirme araç-gereçleri)<sup>22</sup>

Kurumdan gelir ve aylık alanlar ile bakmakla yükümlü oldukları kişiler için %10, diğer kişiler için %20 oranında katılım payı alınır

#### • Yardımcı Üreme Yöntemi Katılım Payları

Birinci denemede %30,

İkinci denemede % 25,

Embriyo freezing işlemi için %30 oranında katılım payı alınacaktır.

Katılım payı tutarlarında belirtilen %lik oranlar, ilgili sağlık hizmetleri için Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından ödenecek değer üzerinden hesaplanacaktır. (5510 sayılı Kanun, madde 68/VII) Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından ödenecek sağlık hizmetleri bedelleri, Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonu tarafından belirlenecektir. (5510 sayılı Kanun, madde 72/I) Söz konusu Komisyon, Kurumca ödenecek bedelleri; sağlık hizmetinin sunulduğu il ve basamak, Devletin doğrudan veya dolaylı olarak sağlamış olduğu sübvansiyonlar, sağlık hizmetinin niteliği itibarıyla hayati öneme sahip olup olmaması, kanıta dayalı tıp uygulamaları, maliyet-etkililik ölçütleri ve genel sağlık sigortası bütçesi dikkate alınmak suretiyle, her sınıf için tek tek veya gruplandırarak belirlemeye yetkilidir. (5510 sayılı Kanun, madde 72/I)

İyileştirme araç ve gereçleri için belirlenen katılım payı miktarı, "... sağlık hizmetinin alındığı tarihteki asgari ücretin %75'ini geçmez." (Madde 68/IV) İyileştirme araç ve gereçleri için bir üst limit belirlenmişken, ilaç bedelleri üzerinden alınacak katılım payı için böyle bir limitin öngörülmemiş olması, maddi imkânlarının yetersizliği sebebiyle ilaç alamayacak durumda bulunan kimselerin sağlık

<sup>22</sup> Bkz.: 2008 Yılı Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliği, madde 6.3.2.

hizmetlerine ulaşma ve ondan faydalanma hakkını ihlal edebilecektir.<sup>23</sup>

#### 4. Katılım Payı Alınmayacak İlgililer Açısından Genel Sağlık Sigortası

5510 Sayılı Kanun, 69. maddesi ile bazı ilgililerden katılım payı alınmamasını hüküm altına almıştır. İlgili maddenin f fıkrası şu hükmü taşımaktadır:

“60’ıncı maddenin birinci fıkrasının (c) bendinin (4) “numaralı alt bendinde belirtilen kişiler ile bunların eşleri”, (5), (6), (7) ve (8) numaralı alt bentleri kapsamında sayılanlar, vazife malûlleri ile “4’üncü maddenin dördüncü fıkrasının,” (d) ve (e) bentlerinde sayılanlar. “Ayrıca, 3713 sayılı Kanuna göre aylık bağlanmış maluller ile aynı Kanun kapsamına giren olaylar sebebiyle vazife malûllüğü aylığı alan er ve erbaşların sağlık kurulu raporuyla ihtiyaç duydukları her türlü ortez/protez ve diğer iyileştirici araç/gereçler herhangi bir katılım payı veya fark alınmaksızın ve kısıtlama getirilmeksizin karşılanır.”

Aktardığımız madde ile Kanun’un çeşitli maddelerine yönlendirmeler üzerinden belirtilen ilgilileri ve bu ilgililerden hangi sağlık hizmetlerine ilişkin katılım payı alınmayacağını, 2008 Yılı Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliği’nin 6.5. maddesi ışığında açık bir şekilde şu şekilde ifade edebiliriz:

- 1005 sayılı İstiklal Madalyası Verilmiş Bulunanlara Vatani Hizmet Tertibinden Şeref Aylığı Bağlanması Hakkında Kanun hükümlerine göre şeref aylığı alan kişiler ile bunların eşlerinden, ayakta tedavide hekim ve diş hekimi muayenesi, iyileştirici araç ve gereç, ayakta tedavide sağlanan ilaçlar ile yardımcı üreme yöntemlerine ilişkin katılım payları alınmaz.
- 3292 sayılı Vatani Hizmet Tertibi Aylıklarının Bağlanması Hakkında Kanun hükümlerine göre aylık alan kişilerden, ayakta tedavide hekim ve diş hekimi muayenesi, iyileştirici araç ve gereç, ayakta tedavide sağlanan ilaçlara ilişkin katılım payları alınmaz.
- 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun hükümlerine göre

aylık alan kişilerden, ayakta tedavide hekim ve diş hekimi muayenesi, iyileştirici araç ve gereç, ayakta tedavide sağlanan ilaçlar ile yardımcı üreme yöntemlerine ilişkin katılım payları alınmaz.

- 2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu hükümlerine göre korunma, bakım ve rehabilitasyon hizmetlerinden ücretsiz faydalanan kişilerden, ayakta tedavide hekim ve diş hekimi muayenesi, iyileştirici araç ve gereç, ayakta tedavide sağlanan ilaçlara ilişkin katılım payları alınmaz.
- Harp malûllüğü aylığı alanlar ile Terörle Mücadele Kanunu kapsamında aylık alanlardan, ayakta tedavide hekim ve diş hekimi muayenesi, iyileştirici araç ve gereç, ayakta tedavide sağlanan ilaçlar ile yardımcı üreme yöntemlerine ilişkin katılım payları alınmaz.
- Vazife malûllerinden, ayakta tedavide hekim ve diş hekimi muayenesi, iyileştirici araç ve gereç, ayakta tedavide sağlanan ilaçlar ile yardımcı üreme yöntemlerine ilişkin katılım payları alınmaz.
- 3713 sayılı Kanuna göre aylık bağlanmış malûller ile aynı Kanun kapsamına giren olaylar sebebiyle vazife malûllüğü aylığı alan er ve erbaşların sağlık kurulu raporuyla ihtiyaç duydukları her türlü ortez/protez ve diğer iyileştirici araç/gereçlerden katılım payı alınmaz.

Söz konusu ilgililerden genel sağlık sigortası kapsamında katılım payının alınmayacak olması sağlık hakkına ulaşmak açısından yerinde bir düzenlemedir.

5510 Sayılı Kanun’un madde 68/VI. maddesi, yeşil kart sahipleri, vatansız ve sığınmacılar ile 2022 sayılı Kanun kapsamında aylık almakta olan kimselere ilişkin olarak şu hükmü taşımaktadır:

“... ödemiş oldukları katılım payları, talepleri halinde, 29.05.1986 tarihli ve 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu hükümlerine göre kendilerine geri ödenir.”

Söz konusu bu hüküm, kanaatimizce, abes bir hükümdür ve bu haliyle yukarıda belirttiğimiz ilgililerin, sağlık hizmetlerine ulaşma ve

<sup>23</sup> Sözer, s. 159.

ondan faydalanma hakkını ihlal edebilecek niteliktedir.<sup>24</sup> Çünkü bu ilgili kişiler, gerek maddi durum gerek yaşlılık gerekse de içerisinde buldukları konum sebebiyle desteğe muhtaç kimselerdir. Kanaatimizce, sağlık hizmetlerine ulaşma ve ondan faydalanma hakkının tesisi için, katkı payını sağlık hizmeti talebi sırasında alıp, daha sonra talep halinde geri ödemek gibi bir usul yerine, bu kişilerin de katılım payına tabi tutulmaması gerekmektedir.

##### 5. Katılım Payı Alınmayacak Sağlık Hizmetleri Açısından Genel Sağlık Sigortası

5510 sayılı Kanununun 69. maddesi, a-e bentleri arasında yer verdiği hallerin varlığında, sunulacak sağlık hizmetleri için katılım payı alınmayacağına hükmetmektedir.

Söz konusu katılım payı alınmayacak sağlık hizmetlerini, 2008 Yılı Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliği'nin 6.5. maddesi ışığında şu şekilde açıklayabiliriz:

- İş kazasına uğrayan veya meslek hastalığına tutulan sigortalıdan, bu durumları nedeniyle sağlanan sağlık hizmetleri için ayakta tedavide hekim ve dış hekimi muayenesi, iyileştirici araç ve gereç, ayakta tedavide sağlanan ilaçlara ilişkin katılım payları alınmaz.
- Askerî tatbikat ve manevralarda sağlanan sağlık hizmetleri için ayakta tedavide hekim ve dış hekimi muayenesi, iyileştirici araç ve gereç, ayakta tedavide sağlanan ilaçlara ilişkin katılım payları alınmaz.
- 5510 sayılı Kanununun 75. maddesinde yer alan afet ve savaş hali nedeniyle sağlanan sağlık hizmetleri için ayakta tedavide hekim ve dış hekimi muayenesi, iyileştirici araç ve gereç, ayakta tedavide sağlanan ilaçlara ilişkin katılım payları alınmaz.
- Birinci basamak sağlık hizmeti sunucularında yapılan muayenelerde ve Sağlık Bakanlığınca aile hekimliği sözleşmesi yapmış aile hekimi muayenelerinde, acil sağlık

hizmetleri ile diyaliz merkezleri ve Sağlık Bakanlığı'ndan ruhsatlı diğer özelleşmiş tedavi merkezleri, Refik Saydam Hıfzısıhha Laboratuvarları, Tanı, tetkik ve görüntüleme merkezleri ile laboratuvarlar, Kurumca yetkilendirilen işyeri hekimleri tarafından sunulan sağlık hizmetlerinde ayakta tedavide hekim ve dış hekimi muayenesine ilişkin katılım payı alınmaz.

- Kurumca finansmanı sağlanan kişiye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri için ayakta tedavide hekim ve dış hekimi muayenesi, iyileştirici araç ve gereç, ayakta tedavide sağlanan ilaçlara ilişkin katılım payları alınmaz.
- Tetkik ve tahliller ile diğer tanı yöntemlerinde kullanılan ilaçlardan, yatarak tedavilerde kullanılan ilaçlardan, sağlık raporu ile belgelendirilmek şartıyla SUT eki "Hasta Katılım Payından Muaf İlaçlar Listesi"nde (EK-2) yer alan ilaçlardan katılım payları alınmaz.
- Tıbbi sarf malzemeleri ile hayati öneme haiz tıbbi malzemelerden katılım payı alınmaz
- Sağlık raporu ile belgelendirilmek şartıyla; organ, doku ve kök hücre nakline ilişkin sağlık hizmetleri için ayakta tedavide hekim ve dış hekimi muayenesi, iyileştirici araç ve gereç, ayakta tedavide sağlanan ilaçlara ilişkin katılım payları alınmaz.

Kanun'un 69/1-c maddesi katılım payı alınmayacak sağlık hizmetleri arasında,

"Aile hekimi muayeneleri ve kişiye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri"ne

yer vermesine rağmen, daha önce incelediğimiz gibi<sup>25</sup> 2008 Yılı Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliği madde 6.1. maddesi ile aile hekimi muayeneleri karşılığında 2 TL değerinde katılım payı alınmasını öngörmekte idi. Söz konusu genel düzenleyici işlem, kanun hükmüne aykırı olması hasebiyle hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

<sup>24</sup> Bkz.: Okur-Ergin, s. 1462; Ali Nazım Sözer, "Genel Sağlık Sigortası: Reform mu Deform mu?", Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Sosyal Güvenlik Mevzuatı Semineri, Kamu İş Yayınları, Ankara 2007, (Kısaca: Deform mu), s. 139.

<sup>25</sup> Bkz.: "5.3. Katılım Payı Miktarının Ağır Yük Teşkil Etmemesi Gerekliği Karşısında Genel Sağlık Sigortası" başlığı altındaki anlatımlara.

## 6. İdari Yaptırım İle Sağlanmak İstenen Güvence

5510 sayılı Kanun, idari yaptırımları düzenlediği 103. maddesinde, sağlık hizmeti sunucularının, katılım payını, mevcut değerlerin üzerinde alması halinde ne gibi yaptırımlar ile karşılaşabileceğini düzenlemektedir. Konuya ilişkin e bendi şu şekildedir:

“73’üncü madde gereğince belirlenen tavanın üzerinde ilave ücret aldığı

tespit edilen sağlık hizmeti sunucuları hakkında genel hükümlere göre takip yapılır. Bu fiiller nedeniyle Kurumun yersiz ödediği tutar 96’ncı maddeye göre geri alınır. Ayrıca bu fiilleri işleyen veya sağlık hizmeti satın alınmasına ilişkin sözleşmelerde belirtilen hükümlere aykırı davrandığı tespit edilen sağlık hizmeti sunucularının Kurum ile yaptıkları sözleşmeleri feshedilebilir ve Kurumca belirlenecek süre içinde tekrar sözleşme yapılmaz.”

Söz konusu hüküm, hukuk devletinin temel ilkesi olan ‘suç ve cezada kanunilik ilkesi’ gereği, sağlık hizmeti sunucularının belirlenen ilave ücret tavanının üzerinde ilgililerden ücret talep etmesi halinde yürürlük kazanabilecek bir hükümdür. 5510 sayılı Kanunda “katılım payı” ve “ilave ücret” şeklinde iki tür ödeme ayrımı yapılmış ve ancak bunlardan biri (ilave ücret) üzerinden haksız kazanç söz konusu olduğunda idari yaptırım öngörülmüştür. Hukuka aykırı katılım payı tahsili halinde herhangi bir idari yaptırım öngörülmemiş olması, bireylerin mağduriyetine yol açabilecek niteliktedir.<sup>26</sup>

## f. İlave Ücret Ödeme Gerekliği

Genel sağlık sigortası kapsamındaki ilgililerin, bazı sağlık hizmeti sunucularına bazı sağlık hizmetleri için başvurmaları halinde ilave ücret denilen bir ödeme yapması gerekebilmektedir. İlave ücret, konuyu düzenleyen 73. madde metninde de anlaşılacağı üzere “... sağlık hizmeti sunucularının giderleri ve ürettikleri sağlık hizmetlerinin maliyetleri, yapılan sübvansiyonlar gibi kriterler dikkate alınarak...” belirlenecektir. Dolayısıyla ilave ücret kavramı, maliyet kaygıları çerçevesinde gündeme gelmiş bir düzenleme olmaktadır.

<sup>26</sup> Okur-Ergin, s. 1463.

## 1. İlave Ücret Kavramı Açısından Genel Sağlık Sigortası

Konuya ilişkin olarak 5510 sayılı Kanunun 73. maddesinin II. fıkrası ve devam eden fıkraları şu hükümleri içermektedir:

“Kamu idaresi sağlık hizmeti sunucuları dışındaki vakıf üniversiteleri dâhil sözleşmeli sağlık hizmeti sunucularınca, Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonunca belirlenen sağlık hizmetleri bedeline ek olarak, genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü oldukları kişilerden sağlık hizmeti sunucularının giderleri ve ürettikleri sağlık hizmetlerinin maliyetleri, yapılan sübvansiyonlar gibi kriterler dikkate alınarak bu bedellerin bir katına kadar alınabilecek ilave ücretin tavanını belirlemeye Bakanlar Kurulu yetkilidir. Bu tavan dâhilinde alınabilecek ilave ücret oranları Kurumca belirlenir. Ancak kamu idaresi sağlık hizmeti sunucuları tarafından sevk edilmesi halinde 60’ıncı maddenin birinci fıkrasının (c) bendinin (4), (6) ve (8) numaralı alt bentleri kapsamında sayılanlar ile bakmakla yükümlü oldukları kişilerden ilave ücret alınmaz. Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonunca belirlenen eşdeğer ilaçların, azami fiyatı ile kişinin talep ettiği eşdeğer ilacın fiyatı arasında oluşacak fark ve optik için tavan uygulanmaz ve bu fıkra kapsamında değerlendirilmez.

Kamu idaresi sağlık hizmeti sunucuları ise otelcilik hizmeti ile dördüncü fıkrada belirtilen istisnai sağlık hizmetleri dışında, sağladıkları sağlık hizmetleri için genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerden ilave ücret talep edemez. Aksine bir hüküm bulunmadığı sürece, kamu idaresi ve vakıf üniversitesi sağlık hizmeti sunucularında 04.11.1981 tarih ve 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanununda tanımlanan öğretim üyeleri tarafından sunulan sağlık hizmetleri için bu fıkra hükmü uygulanmaz, Kurum öğretim üyeleri için alınacak ilave ücret için bir tavan belirleyebilir.

Sözleşmeli sağlık hizmeti sunucuları, Kurumca belirlenmiş standartların üstündeki talepleri karşılayan otelcilik hizmetleri ile hayati öneme sahip olmama ve alternatif tedavilerin bulunması gibi hususlar göz önüne alınarak Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonu tarafından belirlenen istisnai sağlık hizmetleri için, genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerden belirlenen hizmet fiyatlarının üç katını geçmemek üzere ilave ücret alabilir. Sözleşmeli sağlık hizmeti sunucuları, Kurumca ödenecek sağlık hizmeti bedellerinin yayımlanmasını takiben otuz gün içinde ilave ücret ödemeleri için belirlenen ta-

vanlar dâhilinde belirledikleri sağlık hizmeti fiyatlarını kuruma bildirmek zorundadır. Sözleşmeli sağlık hizmeti sunucuları fiyat değişikliklerini 5 iş günü içinde Kuruma bildirirler. Tavanlar dâhilinde de olsa Kurumca belirlenen süreden önce bu fiyatlarını artıramazlar.”

Yukarıda aktardığımız maddeyi değerlendirdiğimizde, ilave ücret ödemesinin, kamu veya özel sektör sözleşmeli sağlık hizmeti sunucularında söz konusu olabileceğini görmekteyiz. Şöyle ki;

- Kamu sektörü sözleşmeli sağlık hizmeti sunucuları ancak; otelcilik hizmetleri<sup>27</sup> ile istisnai sağlık hizmetleri<sup>28</sup> sunumu üzerinden ilave ücret talep edebilecektir. (5510 sayılı Kanun, madde 73/II) Söz konusu ilave ücret tutarı da; “... Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonu tarafından belirlenen ... hizmet fiyatlarının üç katını geçmemek üzere...” belirlenecektir. (5510 sayılı Kanun, madde 73/IV)
- Özel sektör sözleşmeli sağlık hizmeti sunucuları ise, yukarıdaki madde hükmü çerçevesinde Bakanlar Kurulu tarafından belirlenen tavan üzerinden Sosyal Güvenlik Kurumunca belirlenen oran ölçüsünde, sundukları her sağlık hizmeti için ilave ücret alabileceklerdir. (5510 sayılı Kanun, madde 73/II) Sosyal Güvenlik Kurumu, Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonu tarafından belirlenen sağlık hizmet değerlerinin %30 oranında, özel sektör sözleşmeli sağlık hizmeti sunucularına ilave ücret alma imkânı tanımıştır. (SUT, madde 24.3.1) Özel sektör sözleşmeli sağlık hizmeti sunucuları da, otelcilik hizmetleri ile

istisnai sağlık hizmetleri için Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonu tarafından belirlenen hizmet fiyatlarının üç katını geçmemek üzere ilave ücret talep edebileceklerdir. (SUT, madde 24.3.4-5)

- Kamu idaresi ve vakıf üniversitesi sağlık hizmeti sunucularında 04.11.1981 tarih ve 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanun’unda tanımlanan öğretim üyeleri tarafından, otelcilik ve istisnai sağlık hizmeti dışında sunulacak diğer sağlık hizmetleri için ilave ücret talep edilecektir. Sosyal Güvenlik Kurumu, öğretim üyeleri için alınacak ilave ücret için bir tavan belirleyebilir. (5510 sayılı Kanun, madde 73/IV)

Otelcilik hizmeti, istisnai sağlık hizmetleri, öğretim üyeleri tarafından sunulan sağlık hizmetleri ve özel sektör tarafından sunulan her türlü sağlık hizmeti karşılığında belirlenen sınırlar dâhilinde ilave ücret talep edilebilecektir. Ancak belirtmeliyiz ki; ilave ücret esas itibarıyla özel sektörde, katılım payı kavramı da kamu sektöründe karşımıza çıkacak mali yükümlülükler olmaktadır.

Prim ve katılım payı şartları ile belli bir maddi varlığı gerektiren sigortadan faydalanma olgusu, “ilave ücret” kavramı ile kişiye ek bir mali yükümlülük daha getirmektedir. İlave ücret uygulaması ile mali gücü olan kişileri özel sektöre yönlendirmek istense de, hayati önem arz eden öyle birtakım sağlık hizmetleri vardır ki, bu hizmetler sadece özel sektör tarafından sunulabilmektedir. Böyle bir durum içerisindeki mali gücü de yeterli olmayan ilgili için söz konusu %30 oranındaki ilave ücret, “ağır yük” (ILO 102 Sayılı Sözleşme, madde 10) teşkil edebilecek ve birey sağlık hizmetlerine ulaşamayacak ve ondan faydalanamayacaktır.

Üniversite hastaneleri bünyesinde öğretim üyeleri tarafından sunulacak sağlık hizmetleri için ilave ücret alınabileceği hükmü de, bireylerin sağlık hizmetlerine ulaşımını engelleyici niteliktedir.<sup>29</sup> Şu hususu da belirtmeliyiz ki; Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından üniversite hastaneleri bünyesinde öğretim üyeleri tarafından sunulacak sağlık hizmetleri için henüz bir tavan belirlenmiş değildir. Söz konusu

<sup>27</sup> “Otelcilik hizmeti”; Genel Sağlık Sigortası İşlemleri Yönetmeliği’nin 4-z. bendinde, “yatarak tedavilerde hasta ve refakatçisine Kurumca belirlenen standartların üzerinde sunulan yatak, yemek, temizlik vb. hizmetler” şeklinde tanımlanmaktadır.

<sup>28</sup> “İstisnai sağlık hizmeti”; Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonu tarafından *hayati öneme sahip olmama ve alternatif tedavilerin bulunması gibi hususlar göz önüne alınarak* belirlenecek sağlık hizmetlerini ifade etmektedir (5510 sayılı kanun, madde 73/IV ve Genel Sağlık Sigortası İşlemleri Yönetmeliği, madde 43). İlgili Komisyon tarafından belirlenen ve 2008 Yılı Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliği (SUT) EK 12’de yayımlanan “prostata lazer veya plazmakinetik tedavisi ve koroner arter hastalığında kullanılan ilaçlı stent” istisnai sağlık hizmetleri olmaktadır.

<sup>29</sup> Sözer, s. 159; Okur-Ergin, s. 1463.

hukuki boşluk da, üniversite hastanelerinde, medyaya yansıyan veya yansımayan pek çok hak ihlalinin yaşanmasına zemin oluşturmaktadır.

Kamu ve özel sektörde yukarıdaki gibi gerçekleşecek ilave ücret uygulaması, özel sektör sağlık hizmeti sunucularını tatmin etmemektedir. Aslında maliyet kaygısı içerisinde olan, sadece kar maksimizasyonuna odaklanmış özel sektör değil, Sosyal Devlet birimi olan Sosyal Güvenlik Kurumu da bu kaygıyı taşımaktadır.

Bu kapsamda Sosyal Güvenlik Kurumu, "Global Bütçe Uygulaması" adı altında bir çalışma içerisinde bulunmaktadır. Bu çalışma ile Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından sağlık hizmetleri karşılığında özel hastaneler ile üniversite hastanelerine ödenecek değer, o yılın Bütçe Kanunu'nda belirtilmesi öngörülmekte ve bu değerün üstüne çıkmayı engellemek için de özel hastaneler tarafından sunulan sağlık hizmetleri karşılığında ilgililerden %30 yerine %70 oranında ilave ücret alınmasına imkân sağlanmak istenmektedir.

Bu çerçevede ilk adım, Bakanlar Kurulu tarafından atılmıştır. Bakanlar Kurulu, 16.11.2009 tarih ve 2009/15627 sayılı karar ile özel sağlık hizmeti sunucularının, Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonunca belirlenen sağlık hizmetleri bedelinin en fazla %70'ine kadar ilave ücret alabileceğini karar altına almıştır.<sup>30</sup> 5510 sayılı Kanunun 73/II. maddesine göre, "... alınabilecek ilave ücretin tavanını belirlemeye Bakanlar Kurulu yetkilidir. Bu tavan dâhilinde alınabilecek ilave ücret oranları Kurumca belirlenir..." Bu aşamadan sonra görev Sosyal Güvenlik Kurumu'ndadır. Söz konusu düzenleme planı ile maliyet kaygıları, sağlık hakkının önüne geçmekte, sağlık hakkının gerçekleştirilmesinin yaygınlaştırılması amacını taşıyan genel sağlık sigortası, sözleşmesel ilişki çerçevesinde sermayeye yenik düşmektedir. Global Bütçe uygulamasının hayatiyet kazanması halinde, sağlıklı yaşama hakkı, hasta hakları, kapitalizmin zincirlerine vurulmuş olacaktır.

## 2. İlave Ücret Alınmayacak İlgililer Açısından Genel Sağlık Sigortası

5510 sayılı Kanun, ilave ücretin bazı ilgililerden alınmayacağına hükmetmiştir. Yukarıda aktardığımız 73. maddenin II. fıkrasında "... Ancak kamu idaresi sağlık hizmeti sunucuları tarafından sevk edilmesi halinde 60'ıncı maddenin birinci fıkrasının (c) bendinin (4), (6) ve (8) numaralı alt bentleri kapsamında sayılanlar ile bakmakla yükümlü oldukları kişilerden ilave ücret alınmaz." hükmüne yer verilmektedir. Söz konusu madde, daha net olarak "İlave Ücret Alınmayacak Kişiler" başlığı altında 2008 Yılı SUT'nin 24.3.2. maddesinde şu şekilde ifade edilmektedir:

"Kurumla sözleşmeli resmi sağlık kurum ve kuruluşları tarafından sevk edilmeleri koşuluyla,

1. 24.02.1968 tarihli ve 1005 sayılı İstiklal Madalyası Verilmiş Bulunanlara Vatani Hizmet Tertibinden Şeref Aylığı Bağlanması Hakkında Kanun hükümlerine göre şeref aylığı alan kişilerden,
2. 03.11.1980 tarihli ve 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun hükümlerine göre aylık alan kişilerden,
3. Harp malûllüğü aylığı alanlar ile Terörle Mücadele Kanunu kapsamında aylık alanlardan ve bunların bakmakla yükümlü olduğu kişilerden

otelcilik hizmetleri ile istisnai sağlık hizmetleri hariç olmak üzere ilave ücret alınmaz."

Söz konusu Tebliğ hükmünün, Kanun'a uygun olup olmadığı değerlendirilmesi gerekmektedir. Kanun metni, sayılan genel sağlık sigortalıları ile bakmakla yükümlü oldukları kişilerden, herhangi bir istisna belirtmeksizin ilave ücret alınmayacağı hükmünü taşımaktadır. Ancak Tebliğ maddesi, bazı genel sağlık sigortalılarının bakmakla yükümlü oldukları kişileri, ilave ücret alınmayacak kişiler içerisinde almamakta ve ilave ücretin, otelcilik hizmetleri ile istisnai sağlık hizmetleri dışındaki hizmetler için alınmayacağını belirtmektedir. Söz konusu Tebliğ maddesi, ilgili Kanun'a aykırı olup, bu haliyle ilgililerin sağlık hizmetlerine ulaşma ve ondan faydalanma hakkını ihlal edebilecek niteliktedir.

<sup>30</sup> 08.12.2009 tarihli ve 27426 Sayılı 1. Mükerrer Resmi Gazete.



### 3. İlave Ücret Alınmayacak Sağlık Hizmetleri Açısından Genel Sağlık Sigortası

5510 sayılı Kanunun 73. maddesinin VII. fıkrasında geçen;

“Sözleşmeli ve sözleşmesiz sağlık hizmeti sunucuları, acil hallerde, sözleşmeli sağlık hizmetleri sunucuları ise Kurumun belirlediği sağlık hizmetleri için genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerden veya Kurumdan herhangi bir ilave ücret talep edemez.”

ifadesi üzerine Sosyal Güvenlik Kurumu, 2008 Yılı SUT'nin 24.3.3. maddesinde,

- Acil servislerde sunulan sağlık hizmetleri ile acil haller nedeniyle sunulan sağlık hizmetleri,
- Yoğun bakım hizmetleri
- Yanık tedavisi hizmetleri,
- Kanser tedavisi (radyoterapi, kemoterapi, radyo izotop tedavileri),
- Yenidoğana verilen sağlık hizmetleri,
- Organ, doku ve hücre nakilleri,
- Doğumsal anomaliler için yapılan cerrahi işlemlere yönelik sağlık hizmetleri,
- Diyaliz tedavileri,
- Kardiyovasküler cerrahi işlemleri,

için herhangi bir ilave ücret alınmaz.

hükmü ile sözleşmeli özel veya resmi sağlık sunucularının ilave ücret alamayacağı halleri belirtmiştir. Acil hal, yoğun bakım, kanser tedavisi çerçevesinde sunulacak sağlık hizmetleri için ilgililerden, onlara ek bir mali yükümlülük getirecek ilave ücretin alınmayacak olması, sağlık hakkına ulaşma ve ondan faydalanma hakkının tesisi adına önemlidir.

### 4. İdarî Yaptırım İle Sağlanmak İstenen Güvence

5510 sayılı Kanunun ilgili 73. maddesinde belirtilen ilave ücret üst sınırların üzerinde bedel tahsil eden sağlık hizmeti sunucularının akıbeti hakkında, daha önce incelediğimiz 103. madde çerçevesinde, “... genel hükümlere göre takip yapılır. Bu fiiller nedeniyle Kurumun yersiz ödediği tutar 96'ncı maddeye göre geri alınır. Ayrıca bu fiilleri işleyen veya sağlık hizmeti satın alınmasına ilişkin sözleş-

melerde belirtilen hükümlere aykırı davrandığı tespit edilen sağlık hizmeti sunucularının Kurum ile yaptıkları sözleşmeleri feshedilebilir ve Kurumca belirlenecek süre içinde tekrar sözleşme yapılmaz.”

Aşırı kâr amacı ile Kanun'un öngördüğü sınırları aşarak, bireyin sağlık hakkına erişimini engelleyen ilgililer hakkında sözleşmenin feshi şeklindeki yaptırım yerinde olmakla birlikte yeni bir sözleşmenin yapılmayacağı süreyi belirleme konusunda Kuruma sınırları belirsiz bir yetkinin verilmiş olması, eşitsiz ve keyfi uygulamalara yol açabilecektir.<sup>31</sup>

## REFAKÂTÇİ BULUNDURMA HAKKI KARŞISINDA GENEL SAĞLIK SİGORTASI

Genel sağlık sigortası kapsamında sunulan sağlık hizmetleri arasında, gerek ikamet edilen yer dışında sunulacak sağlık hizmetleri gerekse de yurt dışında sunulacak sağlık hizmetleri için refakatçi gündelik ve yol giderleri karşılanmaktadır. (Madde 65) Bu düzenleme, hasta hakları arasında yer alan bireyin fiziki ve manevi destek sağlayıcısı refakatçi bulundurma hakkını tesis etmesi açısından yerinde bir düzenlemedir.

## MAHREMİYETE SAYGI HAKKI KARŞISINDA GENEL SAĞLIK SİGORTASI

Bireyin sahip olduğu mahremiyet hakkının görünümünden sağlık hizmetinin verilmesi sırasında edinilen bilgilerin gizliliği hakkı prensibi, 5510 sayılı Kanun madde 78/II'de hüküm altına alınmaktadır. Fakat fıkranın devamında, ulusal güvenlik sebebiyle sağlık bilgisi paylaşımına açılmayacak kişilerin tespitinin, ilgili bakanlıkların önerisi üzerine Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından gerçekleştirileceği ifade edilmektedir. Bu hüküm ile bakanlığa verilen, bilgileri paylaşımına açılmayacak kişileri belirleme yetkisi, adalet anlayışı içerisinde objektif kriterlere dayanmalı ki, hukuk devleti ilkesi gerçekleştirilsin. İdare, kanun çerçevesinde hayatiyet kazanır. Yani

<sup>31</sup> Okur-Ergin, s. 1463.

görev ve yetkiler ve bunların sınırları ancak kanun ile belirlenebilir. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına verilen yetkinin sınırları 5510 sayılı Kanunda belirgin bir şekilde belirlenmediğinden, bu hükmün Anayasa'ya aykırı olduğu kanaatindeyim. Ayrıca söz konusu bu hüküm ile hastalar arasında ayrımcılık yapılması da söz konusu olabilecektir.

## **YENİ BİR HASTA HAKKI KATEGORİSİ DENEMESİ “HASTANIN KATILIM HAKKI” KARŞISINDA GENEL SAĞLIK SİGORTASI**

5510 sayılı Kanununun 72. maddesinde, sigorta kapsamındaki sağlık hizmetlerinin bedellerini belirlemek için yetkili kılınan Sağlık Hizmetlerini Fiyatlandırma Komisyonu'na yer verilmektedir. Komisyon, Maliye Bakanlığını, Sağlık Bakanlığını, Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığını, Hazine Müsteşarlığını temsilen birer üye ile Sosyal Güvenlik Kurumunu temsilen iki üye olmak üzere toplam yedi (7) üyeden oluşacaktır. (Madde 72/II)

Sağlık hizmeti bedellerini belirleyecek, bu şekilde genel sağlık sigortası kapsamını çizecek olan Komisyon'un sekreteryaya işlemlerini Sosyal Güvenlik Kurumu yürütecektir. (Madde 72/II) Sosyal Güvenlik Kurumu, bu görevini yerine getirirken "... ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile dernek, vakıf, federasyon, konfederasyon ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının görüşlerini alabilir" denmektedir. (Madde 72/IV) Söz konusu bu hüküm ile, kanaatimizce, ilgili Komisyon'un kararlarından etkilenebilecek konumdaki kesimleri, bir şekilde süreç içerisine dâhil etmek amaçlanmaktadır. Ancak kanun metnindeki "... alınabilir" ifadesinden de anlaşılacağı üzere, görüş alma hususu, idarenin takdirine bırakılmaktadır.<sup>32</sup>

Görüş alınabilirliğine ilişkin hüküm, yeni bir hak kategorisini de gündeme taşımaktadır: Hastanın Katılım Hakkı.

Hastanın katılım hakkı, Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü'nde "Aktif Vatandaşlık

Hakları" başlığı altındaki 3. Bölüm 3. maddesinde şu şekilde ifade edilmektedir:

"Sağlık alanında politika oluşumuna katılım hakkı: Vatandaşlar, aşağıda yer alan ilkeler doğrultusunda sağlık tedavi haklarının korunmasına ilişkin kamu politikalarını tanımlama, uygulama ve değerlendirme hakkına sahiptir:

- Gündemin belirlenmesi için ikili görüşme ilkesi, yani başka bir deyişle, gündemin tanımlanmasında vatandaşlar ve kurumlar arası bilgi alış veriş;
- Politikaların belirlenmesi ve karara bağlanmasına ilişkin müzakere ilkesi, vatandaşların (örgütlerin) önerilerinin kurumlar tarafından dinlenmesi (dikkate alınması) yükümlülüğü, bu önerileri yorumlamak (olumlu-olumsuz tepkilerini belirtmek), her hangi bir karar almadan onlarla (vatandaşlarla) istişare etmek, alınan kararlar vatandaşların düşüncelerinden farklı ise kararların doğruluğunu onlara anlatmak.
- Tüm ortakların (vatandaşlar, kurumlar ve diğer özel veya tüzel ortakların) sorumlu olduğu ve eşit itibara sahip oldukları anlamına gelmekte olan uygulama (yürütme) faaliyetlerinde ortaklık ilkesi.
- Sivil örgütlerin faaliyetlerinin, kamu politikalarını değerlendirme aracı olarak nitelendirilmesi gerektiği anlamına gelen ortak değerlendirme ilkesi."

Hastanın katılım hakkı, kendisini etkileyebilecek her konumda, durumun özelliği çerçevesinde bireysel olarak veya kurumsal temsil şeklinde bireyin katılımcılığını gerçekleştirmeye yöneliktir. Söz konusu kanun metninin, hastanın katılım hakkını ihlal etmeyecek şekilde, süreçten etkilenebilecek her kesimin görüşünün alınmasını takdir yetkisine bırakmaksızın tekrar düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

## **SONUÇ**

Bireylere güvence sağlamayı vaat eden modern devlet telakkisi, gelişen ve değişen dünya düzeni ile sosyal devlet modelini almıştır. Sosyal devlet; bireyin maddi ve manevi varlığının gelişimi için gerekli olan koşulları oluşturmak adına, hak ve özgürlükler önündeki siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri

<sup>32</sup> Okur-Ergin, s. 1461-1462.

kaldırmakla görevli bulunmaktadır. (Anayasa, madde 5) Devlet işbu görevini ifa etmek adına Anayasa madde 56/III-IV hükümleri çerçevesinde;

“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.”

Devletin sağlık hakkı çerçevesinde yüklenildiği görevinin ifa şekli, aynı maddenin devam eden fıkrasında şu şekilde ifade edilmektedir:

“Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir.”

Devlet, sosyal vasfı üzerinden bireylere, maddi ve manevi varlıklarını en iyi gerçekleştirebilme imkânını sunacaktır. Bu çerçevede Devlet, kişilerin beden ve ruh sağlığı ve bütünlüğü içerisinde bulunması için gerekli sağlık hizmetlerini kamu ve özel sektör sağlık hizmeti sunucuları üzerinden sunacaktır. Yine devlet, ilgililerin sağlık hizmetlerine ulaşmasını sağlamak ve bunu yaygınlaştırmak için sosyal güvenlik hakkı çerçevesinde genel sağlık sigortası kurma görevi altında bulunmaktadır.

Ancak içerisinde bulunduğumuz küreselleşme çağında ise sosyal devlet, birtakım değişim ve dönüşüm süreçlerinden geçmektedir. Küreselleşme çağının hayatın her anına müdahale eden/etmeye çalışan pozisyonu karşısında devlet de bu müdahaleden nasibini almaktadır. Devlet, mali boyutu da olan ve belki de bu boyutu ile daha çok anılan sosyal güvenlik hakkının gerçekleştirilme süreçlerinden elini çekmeye başlamakta, süreci serbest piyasa şartlarına bırakmaya çabalamaktadır. Ancak gelişen ve değişen risk algısı ile bireyler, daha geniş bir sosyal güvence talebi içerisinde bulunmaktadır. Tabiri caizse, bir kriz yaşanmaktadır.

İşte ülkemizdeki genel sağlık sigortası uygulaması, kısaca ifade etmeye çalıştığımız bu koşullar altında, kriz ortamında yürürlüğe girmiştir. Bir yandan ilgililere sağlamlık, esenlik

haline yönelik risklere karşı geniş bir güvence imkânı sağlanmak istenmekte, diğer yandan da birtakım istisnalar ve sistemde yapılan değişiklikler ile güvence alanlarında delikler oluşturulmaktadır. Hasta hakları açısından Genel Sağlık Sigortası'nı değerlendirirken; bireyin, sırf var olması, yaratılış itibarıyla varlık sahibi olması sebebiyle sahip olduğu hakları, konumuz çerçevesinde hasta hakları üzerinden, güvence vaat eden Devlet'in eylemlerini, piyasaya müdahalelerini ve piyasa lehine geri çekilişlerini, hepsini esas hatları ile görmeye ve göstermeye çalıştık.

Ve esas itibarıyla de şu sonuca vardık ki; sağlıklı olma, esenlik talebi, sözleşmesel bir talep olarak değil, temel bir insan hakkı talebi olarak değerlendirilmek zorundadır. Genel Sağlık Sigortası'na hâkim olan zihniyet, bireyi, müşteri değil “hak talebinde bulunan kimse” olarak görmedikçe söz konusu kriz, mevcut gündelik çözümler üzerinden bir kırılmaya uğramayacaktır.

## Kaynakça

- Ali Güzel, *“Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Öngörülen Reform Mevcut Sorunlara Çözüm mü?”*, *Çalışma ve Toplum* dergisi, 2005/4.
- Ali Güzel, *Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Yasa Tasarısı İle Nereye Paneli Notları*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2008. (Kısaca: Panel Notları).
- Ali Güzel-Ali Rıza Okur-Nurşen Caniklioğlu, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, Yenilenmiş 11. Bası, Beta Basım Yayın, İstanbul 2007.
- Ali Nazım Sözer, *“5510 Sayılı Kanunu'nun Genel Sağlık Sigortasına İlişkin Düzenlemeleri”*, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunları ve Gerçekler Sempozyumu, İstanbul Barosu-İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007.
- Ali Nazım Sözer, *“Genel Sağlık Sigortası: Reform mu Deform mu?”*, Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Sosyal Güvenlik Mevzuatı Semineri, Kamu İş Yayınları, Ankara 2007. <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/sosguvsem.pdf> (Kısaca: Deform mu).
- Ali Rıza Okur, *“Genel Sağlık Sigortasının Ortaya Çıkaracağı Sorunlar”*, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunları ve Gerçekler Sempozyumu, İstanbul Barosu-İstanbul Üniversitesi

- Hukuk Fakültesi, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007.
- Ali Rıza Okur-Hediye Ergin, **"5510 Sayılı Kanunda Değişiklik Öngören 25.10.2007 Tarihli Taslağın Değerlendirilmesi"**, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku* dergisi, Ekim-Kasım-Aralık, S: 16, 2007.
- Balcı Berna İzgi, **"Sosyal Güvenlik Sistemi'nde Son Gelişmeler"**, *Çalışma ve Toplum* dergisi, 2008/1. <http://www.calismatoplum.org/sayi16-izgi.pdf>
- Berin Ergin, 5510 Sayılı Kanun İle İlgili Yuvarlak Masa Toplantısı, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunları ve Gerçekler Sempozyumu, İstanbul Barosu-İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007.
- Hediye Ergin, **"Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Uygulamasında Geçiş Hükümlerinin Değerlendirilmesi"**, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunları ve Gerçekler Sempozyumu, İstanbul Barosu-İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007.
- Kemal Kılıçdaroğlu, 5510 Sayılı Kanun İle İlgili Yuvarlak Masa Toplantısı, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunları ve Gerçekler Sempozyumu, İstanbul Barosu-İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007.
- Münever Kübra Bakırcı, **Küreselleşme Sürecinde Sosyal Güvenlik Hakkı ve Engelliler**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul 2008.
- S. Başak Soyluoğlu, **"Çağdaş Sağlık Anlayışı"**, <http://www.bilkent.edu.tr/~bilheal/aykonu/Ay2003/kasim03/cagdasaglik.html>.
- Utkan Araslı, 5510 Sayılı Kanun İle İlgili Yuvarlak Masa Toplantısı, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunları ve Gerçekler Sempozyumu, İstanbul Barosu-İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007.
- <http://www.haberturk.com/ekonomi/haber/124096-2009un-acilik-siniri-oranlari-belli-oldu.aspx>.
- <http://www.kazanci.com>



# Geride Dönüşü Olmayan Karar: Sezaryen<sup>(\*)</sup>

Behiye Gürbüz GÜNEL



## GİRİŞ

**D**oğum hayatın başlangıcıdır. Her anne baba adayı bebeğini sağlıklı bir şekilde kucağına almak ister. Doğum şeklinin ise doğum sonrası sevince etkisi büyük olmaktadır. Bu seçim doktorun; anne adayının ve bebeğin hangi doğum şeklinde daha az riske girdiği konusunda ilgili kişileri bilgilendirmesi, her halde oluşabilecek komplikasyonların bildirilmesi ile gerçekleşmelidir.

Normal gebelik %90-95'i kendiliğinden oluşabilecek fizyolojik bir süreçtir. Doktorların aldığı tüm tıbbi eğitimler kalan %5-10'luk kısma müdahale içindir. Doğum korkulacak bir hadise değil, fizyolojik bir dönemdir. Doktorların yaptığı bu dönemi doğum eyleminin başlangıcına kadar izlemektir.<sup>1</sup>

Gebeliğin büyük bölümünde doğum şekli konusunda gebelik boyunca bir kararsızlık olmaktadır. Anne adayları normal doğumun yanında alternatif doğum yöntemleri aramaktadırlar. Ülkemizde giderek yaygınlaşan sezaryen doğum ise *bu anlamda normal doğumun alternatifi gibi görülmekte* ve bu doğrultuda kimi zaman doktorun tutumu, kimi zaman gebenin yaşadığı çevre gebeyi etkilemektedir. Oysa *sezaryen normal doğumun alternatifi değil, yolunda gitmeyen doğuma müdahale biçiminin, ameliyatın adıdır*. Normal doğum bebeğin vajinal yol ile doğurtulduğu fizyolojik bir süreç iken, sezaryen bir karın ameliyatıdır. Batın boşluğu doktor tarafından açılarak bebeğin doğurtulmasıdır.

Avrupa Perinatoloji Birliği Başkanı Prof. Dr. Cihat Şen, Türkiye'de sezaryenle doğum oranının çok yüksek olduğunu belirterek, "sezaryenle doğum birkaç gün erken bile yapılsa bebeğin akciğerinin dış dünyaya uyum sağlamasında birtakım sıkıntılar yaratıyor" demiştir.

Prof Dr. Şen Mustafa Kemal Üniversitesi'nde düzenlenen "2. Perinatoloji Günleri" için gittiği Hatay'da, Türkiye'de yılda 1,5 milyon doğumun meydana geldiğini, bunun yaklaşık %30-40'ının sezaryenle yapıldığını söylemiştir. Türkiye'de kadınların daha kolay olduğunu düşündükleri sezaryenle doğumu tercih etme oranının çok fazla olduğuna dikkati çeken Prof Dr. Şen şöyle devam etmiştir:

"Normal doğum doğal ve fizyolojik bir süreç, sezaryen ise gerektiğinde yapılan bir ameliyattır. İyi bir ekip ve doğum için tamamlanan günde işlem gerçekleştirilirse hem sezaryen hem de normal yolla doğum bebek için sağlıklı olur. Maalesef anne adayları sabırsız ve zahmete katlanmama, biran önce doğumdan kurtulma düşüncesiyle sezaryeni tercih ediyor.

Sezaryen ile yapılan çoğu doğum, günü gelmeden doğuma 15-20 gün kala gerçekleştiriliyor. Oysa sezaryenle doğum birkaç gün bile erken yapılsa bebeğin akciğerinin dış dünyaya uyum sağlamasında birtakım sıkıntılar yaratıyor. Bunun için doğumun planlı bir şekilde yapılması gerekiyor.

Normal doğumda anne adayları günü geldiğinde sancı çekmeye başlıyor. Ancak bu ağrılı sancılı süreç bebeğin dış dünyaya uyumunu hazırlıyor. O yüzden tıbbi açıdan gerekmedikçe sezaryene başvurulmaması lazım."<sup>2</sup>

Türkiye'de son yıllarda artan sezaryen doğum oranları kaygı verici bir boyut kazanmıştır. Sağlık Bakanlığı'nın konuya dikkat çekerek

(\*) Rapor, Hasta Hakları Aktivistleri Derneği (HHAD) için hazırlanmış olup, Ağustos 2009'da dernek merkezinde basın toplantısı ile basına ve kamuoyuna sunulmuştur.

<sup>1</sup> www.annelergrubu.com, Orhon Engin, 15.02.2005, Röportaj.

<sup>2</sup> www.timeturk.com, 15.10.2008.

sezaryen doğum oranlarının azaltılmasına yönelik uyarıda bulunması, normal doğum yaptıran doktora ödenen performans maaşlarındaki değişiklik<sup>3</sup> konunun ciddiyetini tekrar gündeme getirmiştir.

## DÜNYADAKİ SEZARYEN DOĞUM ORANLARI

İstatistiklere göre 1970'li yıllardan itibaren gerek dünyada gerek ülkemizdeki sezaryen doğum oranlarında hızlı bir artış vardır.

Klasik tıp kitaplarında yer alan bilgiler sezaryenin kabul edilebilirlik oranının %15-18 olduğu, bu oranın %18'in üzerine çıkmaması yönündedir.<sup>4</sup> Yine Dünya Sağlık Örgütü'nün önerdiği sezaryen doğum oranı tüm doğumların %15-20'sidir.

Bugün birçok gelişmiş ülkede sezaryen oranı %20-25 arasında seyretmektedir. Yani her dört veya beş bebekten biri sezaryen doğum ile doğmaktadır. Dünyada sezaryenin en çok uygulandığı ülke Şili'dir. Şili'deki sezaryen oranı %80'dir. Güney Amerika Ülkelerinin hepsinde sezaryen oranları çok yüksektir. Hollanda Belçika Fransa'da %20'nin altında, Amerika Birleşik Devletlerinde ise oran hala aşağılarda olup %8-15 arasında değişmektedir.

Sezaryen doğum oranlarındaki artış normal olarak kabul edilemeyeceğinden birçok ülkede bunun sebepleri ve kontrol altına alınma yöntemleri üzerinde çalışmalar başlatılmıştır ki sezaryen doğum oranları Dünya Sağlık Örgütü'nün tavsiye ettiği oranlara yaklaşabilsin.

Bu bağlamda İngiliz hükümeti geçtiğimiz yıllarda; son yıllarda sezaryen doğumların büyük artış göstermesi sebebiyle zorunlu kalmadıkça, sezaryen yaptırmak isteyen kadınlara sezaryenin taşıdığı riskler ve normal doğum hakkında danışmanlık verileceğini açıklamıştır. İngiliz Ulusal Sağlık Servisi de artık normal doğum yerine sezaryen yapmak isteyenlerin bu isteklerini doğrudan yerine getiremeyeceklerini, normal doğumla çocuk

dünyaya getirmenin çok sancılı bir süreç olduğunu düşünenlere sezaryenle ilgili danışmanlık ve bilgi verileceğini, hamile kadınlara sezaryenle doğumların normal doğumlardan daha az riskli olmadığı hatta bazı açılardan daha büyük riskler taşıdığı anlatılarak sezaryenle doğan bebeklerin doğdukları an solunum problemleriyle sıklıkla karşılaştıklarını ve sezaryende de bebeğin yaralanma riskinin bulunduğunu açıklamıştır.<sup>5</sup>

Cambridge Üniversitesi'nden Profesör Gordon Smith ve ekibi, İskoçya'da doğum yapan 100 bini aşkın kadına ait verileri analiz etti. Sonuçta ilk bebeğini sezaryenle dünyaya getiren annelerde ölü doğum vakalarının her 1100 vakada 1 olduğu görüldü. Yaşamı boyunca hiç sezaryen operasyonu geçirmemiş kadınlardaysa bu rakamın 2000 de 1'de kaldığını belirten doktorlar, anne adaylarını "çok iyi bir tıbbi gerekçe olmadıkça" sezaryenle doğum yapma konusunda iyice düşünüp karar vermeye çağırdı.<sup>6</sup>

Görüldüğü üzere dünya ülkeleri sezaryen doğum oranlarını en aza indirmek için, en azından Dünya Sağlık Örgütü'nün tavsiye ettiği oranlara çekebilmek için halkı bilinçlendirmek adına açıklamalar yaparken, normal doğumu özendirici etkinlikler düzenlerken, yeni formüller üretirken ülkemizdeki durum nedir, halkımız bu konuda ne kadar bilinçlidir?

## ÜLKEMİZDEKİ DURUM

### Ülkemizde Yıllara Göre Sezaryen Doğum Oranları

1960-1970 yılları arasında Cerrahpaşa Tıp Fakültesi'nde yapılan bir araştırmaya göre bu on yıllık zaman dilimindeki sezaryen vakalarının normal doğuma oranı %6,1'dir. Bu oran ilk beş sene 1960-1964'te %6,5 iken ikinci beş senede 1965-1969'da %5,6 olmuştur.<sup>7</sup> Bu oran o yıllardaki dünya literatüründeki

<sup>3</sup> www.zaman.com.tr, 19.05.2008.

<sup>4</sup> www.milliyet.com.tr, 27.08.2007.

<sup>5</sup> www.radikal.com.tr, 13.01.2007.

<sup>6</sup> Radikal.com.tr, 12.12.2006.

<sup>7</sup> Erdoğan Ertüngen; *"Cerrahpaşa Kadın Hastalıkları ve Doğum Kliniğinin Son On Senelik Abdominal Sezaryen Vakalarının Değerlendirilmesi*, 1970.

oranlara da paralel iken zamanla artış göstermiştir.<sup>8</sup>

Yıllar	Normal Doğum (%)	Sezaryen Doğum (%)	Diğer
2003	78,8	21,2	
2005	79	21	
2006	45	40,3	14.1 (müdahaleli)
2007	67,2	32,8	

Yukarıdaki tabloda görüldüğü üzere; 2003 Türkiye Nüfus ve Sağlık Araştırmasına göre sezaryen doğum oranı %21.2'dir. Bu oran 2005'te de değişmemiştir. Sağlık Bakanlığın'dan alınan verilere göre 2006 yılı itibarıyla toplam doğum sayısının %45,6'sı normal doğum iken %40,3'ü sezaryen doğum, geri kalan %14,1'i de müdahaleli doğum şeklindedir. Bu oranın özel hastaneler ve devlet hastaneleri arasındaki paylaşımı ise oldukça çarpıcıdır. Devlet hastanelerindeki doğum oranının %40,8'i sezaryen doğum şeklinde iken bu oran özel hastanelerde %60,6'ya kadar çıkmıştır. Bu %60'lık oran bir genelleme olup bazı özel hastaneleri münferit olarak ele alırsak bu oranın % 80'lere kadar çıktığına da şahit oluyoruz. Sağlık Bakanlığı Performans Yönetimi ve Kalite Geliştirme Dairesi Başkanı Hasan Güler ise bu konuda bir açıklama yapmış olup;<sup>9</sup> sezaryen oranlarının %70'lere çıktığını bunun ne tıbbi ne de insani anlamda kabul edilebilir olmadığını dile getirerek sezaryen oranlarını da performans kriterlerinde bir klinik gösterge olarak aldıklarını, bunun kültürel bir süreç olduğunu ve bu yöndeki çalışmalarının sonuç verdiğini ifade etmiştir. Hasan Güler'in açıklamasına göre 2007 yılında sezaryen doğum oranları 32,8'e gerilemiştir. Ancak temel hedef Dünya Sağlık Örgütünün belirlediği oranlara çekmek olduğu için bunun da yeterli olmadığı görülmektedir.

<sup>8</sup> 2008 yılına ait veriler Sağlık Bakanlığı tarafından henüz açıklanmamıştır.

<sup>9</sup> Kanal Türk, <http://www.kanalturk.com.tr>, 12.10.2008.

## Ülkemizde Bölgelere Göre Sezaryen Doğum Oranları

Bölge Adı	Normal Doğum (%)	Sezaryen Doğum (%)
Doğu Anadolu	80	20
Güneydoğu Anadolu	78	22
İç Anadolu	66	34
Marmara	59	41
Ege	56	44
Akdeniz	55	45
Karadeniz	53	48

Sağlık Bakanlığı Türkiye'nin sezaryen haritasını çıkardı. Bakanlığa bağlı İstatistik Şube Müdürlüğü 2008'in ilk 7 ayında sezaryen ile yapılan doğum oranlarını belirledi. Buna göre sezaryen doğumda şampiyon Afyonkarahisar oldu.

Sezaryenin en az tercih edildiği il ise Ağrı.<sup>10</sup>

Tablodaki oranlara bakıldığında; ülkemizdeki sezaryen doğumun en yüksek olduğu bölge Karadeniz Bölgesi iken en düşük olduğu bölge de Doğu Anadolu Bölgesi'dir.

## Ülkemizde Yerleşim Yerine Göre Sezaryen Oranları

Yerleşim Birimi	Normal Doğum (%)	Sezaryen Doğum (%)
Kent	74,4	25,6
Taşra	87,1	12,9

Kentlerdeki sezaryen doğum oranı %25 iken taşrada bu oran %12'de kalmaktadır. Yetkililer bunun sebebini taşrada hastanede doğum oranlarının az olması çünkü doğumun bölgenin bu konuda tecrübeli saydığı ebelerce gerçekleştirilmesine ve sadece doğum esnasında yolunda gitmeyen hallerde hastaneye başvurulması olarak değerlendirmektedirler.

<sup>10</sup> [www.zaman.com.tr](http://www.zaman.com.tr), 19.10.2008.

## Ülkemizde Eğitim Seviyesine Göre Sezaryen Doğum Oranları

Eğitim Seviyesi	Normal Doğum (%)	Sezaryen Doğum (%)
Hiç Eğitim Almamış	92,4	7,6
Lise-Üniversite	51,5	48,5

Tablodan da takip edildiği üzere eğitim seviyesinin artması ile sezaryen doğum oranı da artış göstermektedir. Çünkü eğitilmiş ebeveynler genel olarak belli bir yaşın üstünde bebek sahibi olmakta ve sınırlı sayıda bebek sahibi olmayı planlamaktadırlar. Bu yüzden normal doğumu bir risk olarak değerlendirir ve sezaryen kararını daha kolay verirler.

## SEZARYEN DOĞUM NE KADAR SAĞLIKLI BİR YÖNTEM?

Sezaryen yöntemiyle doğan çocuklar açısından;

- Sezaryenle doğan çocukların sindirim bozukluğuna yakalanma riskleri daha fazladır. Doğal doğum, bebeklerin sindirim sistemini güçlendiriyor. Almanya'da yapılan bir araştırmaya göre, doğum kanalından geçen bebekler midede yaşayan ve sindirime yardımcı olan bakterilerle karşılaşılıyor ve onun vücuda zararlı olmadığını öğreniyor. Ancak sezaryenle doğanların bu dersten mahrum kalmaları, vücudun bu bakteriye ileride tepki vermesine sebep olabiliyor. Çalışmayla, sezaryenle doğan çocukların sindirim bozukluğuna yakalanma risklerinin daha fazla olduğu; bunun doğum esnasındaki yaşanan olayların atlanmasından kaynaklandığı ortaya çıktı. Molekülün doğumla birlikte bebeğin her tarafına bulaştığını, derisinden içeri girip bebeğin mide hücrelerine giden moleküllerin ise midede yaşayan ve sindirime yardımcı olan bir bakteri türünün zararlı olmadığını öğrendiği belirtiliyor.<sup>11</sup>

- Sezaryenle dünyaya gelen bebeklerde saman nezlesi ve astım gibi alerjik hastalıkların daha fazla görüldüğü bildirilmiştir.<sup>12</sup>
- Doğum eylemi başlamadan (ağrı çekmeden) doğumun gerçekleşmiş olması ve fetusun doğum kanalından geçmemesi yeni doğanın akciğer fonksiyonlarını bozabilir ve buna bağlı olarak ilk günlerde solunum problemleri yaşanabilmektedir.

Genel olarak bakıldığı zaman anne açısından sezaryenle doğumun risklerinin daha yüksek olduğu tartışılmaz bir gerçektir.

- Enfeksiyon,
- Doğum sonrası kanama,
- Tromboemboli (damarlarda kanın pıhtılaşması ve bunun akciğerlere gitmesi),
- Amnion sıvısının akciğerlere gitmesi,
- Anestezi şartları nedeniyle narkozdan uyanamama,
- Ameliyat sonrası ameliyat bölgesindeki iltihaplanmalar gibi riskler sezaryenle doğumda yüksek oranda görülmektedir.
- Sezaryen sonrası dikiş bölgelerindeki sancılar 5-6 gün devam ettiğinden annenin hareketlerini ve emzirmesini güçleştirir. Ameliyat sonrası annenin kendisine gelmesi ve emzirmeye başlaması 1-2 saati almaktadır. Bu da anne ile bebek arasındaki duygusal bağın kurulmasında problemlere neden olur. Oysa normal doğumda annenin bebeğini doğar doğmaz kucağına alıp emzirmeye başlaması duygusal bağın oluşmasında önemli bir faktördür. Doktorlar normal doğumda doğum sonrası yaşanan depresyonların şiddetini azaltmasını, anne ve bebek arasındaki duygusal temasın daha yoğun olmasına bağlamaktadırlar.
- Sezaryende anne genelde 2-3 gün hastanede kalmak durumundadır. Normal yaşantısına dönmesi ise 4-7 gün sürmektedir. Bu süreçte tek başına yataktan doğrulması bile zor olmakta, bir hafta yatakta kalması, iki ay hiçbir şey kaldırmaması gerekmektedir.

<sup>11</sup> Aksiyon, 15.05.2006.

<sup>12</sup> Yenisafak.com.tr, 17.02.2006.



- Ayrıca sezaryenin kısırlık oranını artırıp artırmadığı önemli bir sorudur. Bu konuda yapılan çalışmalarda sezaryen sonrası kısırlık oranını artırmadığı ancak sezaryenle doğum yapan kadınların daha uzun sürede gebe kalabildikleri gösterilmiştir.<sup>13</sup>
- Sezaryen doğuma sınırlama getirmektedir. Normal doğumda böyle bir sınırlama yokken sezaryenle doğum yapanlar için 3 çocuktan sonrası anne sağlığı için risk taşımaktadır. Ayrıca sezaryen sonrası yeni bir doğum için üç yılın geçmiş olması gerekmektedir.
- Bir kez sezaryen yapmış biri için artık geri dönüş yok denecek kadar azdır. Bundan sonraki doğumları da sezaryen yöntemiyle yapılacaktır. Bazı gelişmiş merkezlerde ve seçilmiş vakalarda sezaryen sonrası vajinal doğum denenmekle birlikte, sezaryen sonrası vajinal doğumda hem anne hem de bebeğin yaşamı tehlikeye girebilir. Çünkü rahimde daha önce yapılmış ameliyata bağlı nedbe dokusu (eski yara) vardır. Burası doğum ağrıları sırasında yırtılabilir. Böyle bir yırtık oluşursa anne ve bebeğin yaşamı tehlikeye girer. Bu riskle karşılaşmamak için, olanaklar da yeterli değilse, sezaryenle gerçekleştirilen ilk doğumdan sonraki doğumların da aynı yöntemle yapılması gerekmektedir. Yani verdiğiniz kararın geri dönüşü yoktur.
- Anne ölüm oranı vajinal doğuma göre 3-4 kat fazladır. Gerekli haller dışında yapılan sezaryen doğumların yeni doğan için daha avantajlı olduğuna dair bir bulgu yoktur. Aksine fetusun doğum kanalından geçmeden doğduğu durumlarda bir dizi olumsuzluk yeni doğanı etkileyebilmektedir.
- Araştırmalara göre sezaryen rahim hastalığı yapıyor. Oxford Üniversitesi'nin araştırmasına göre iki kez sezaryenle doğum yapan kadınlarda, hastalık sonucu rahim aldırma riski yüzde 350 artıyor. Uzmanlar bunun nedenini sezaryenden sonraki kanamalara bağlıyor.<sup>14</sup>
- İyileşme ve vücudun normale dönme hızı sezaryen doğuma oranla normal doğum sonrası daha çabuk olmaktadır. Normal doğum sonrası karında kesi olmadığından karın kasları daha çabuk eski formlarını alabilmektedir.
- Şunu da belirtmek gerekir ki normal doğum süreci özellikle eşlerin beraber yaşadığı mutlu bir deneyimdir. Bebeğin doğumunu eşiyile paylaşmak, ilk ağlamasını duymak genel anestezi alan hastalarda mümkün olmadığından doğan bebeğin yaşadığı güzel duygular paylaşılammaktadır.

## HANGİ HALLERDE SEZARYEN?

Sağlık Bakanlığı tarafından sezaryenin, vajinal doğumun güvenle tamamlanmasının mümkün olmadığı durumlarda veya vajinal doğumla birlikte bebek veya annede hastalık veya ölüm oranında belirgin artış riskinin bulunması halinde uygulanması gerektiği bildirilmiştir.

Gebelikte hekimlerin genellikle sezaryene karar verdiği bazı durumlar şunlardır:<sup>15</sup>

- Önceki doğumunu sezaryen ile yapmış olanlarda,
- Bebeğin duruş bozukluğu olduğu ya da çok iri olduğu durumlarda,
- Kalça yapısı doğum yapamayacak kadar dar olan bayanlarda,
- Gebelik sırasında gelişen şiddetli tansiyon yükselmelerinde,
- Bebekte gelişme geriliği olan vakalarda,
- Anne adayının ıkmımayı engelleyecek hastalıklarında (çeşitli göz bozuklukları, yüksek tansiyon, bel fıtığı, ortopedik problemler gibi),
- Vajen daraltma ameliyatı geçirmişlerde,
- İkiz üçüz gebeliklerin pek çoğunda,
- Plesantanın (çocuğun eşinin) rahim ağzını ve dolayısıyla doğum yolunu kapadığı durumlarda,

<sup>13</sup> www.populermedkal.com, Ramazan Mercan.

<sup>14</sup> www.sabah.com.tr, 02.01.2008

<sup>15</sup> www.selmanlacin.com, Selman Laçın.

- Vajinada bilinen bir mikrop veya hastalık olan bazı durumlarda (herpes veya tümör gibi),
- Genelde ileri yaştaki ve tüp bebek gibi oldukça uğraşı sonucu elde edilmiş gebeliklerde.

Bunların dışındaki durumlarda verilecek karar doğumun ilerleyişine annenin ve bebeğin sağlık durumuna göre son dakikaya kadar değişebilecektir.

## SAĞLIK BAKANLIĞI'NIN BU KONUDAKİ YAKLAŞIMI NEDİR?

Sezaryen doğum oranlarındaki hızlı artış, Dünya Sağlık Örgütü'nün tavsiye ettiği oranları çoktan aşmış oluşumuz ve Avrupa ülkelerini de geride bırakmış oluşumuz nedeniyle, uygulamada birlikteliğin sağlanması ve hekimlerin klinik pratiklerinde yol gösterici olması amacıyla Türk Jinekoloji ve Obstetrik Derneği, Türk Perinatoloji Derneği, Türkiye Maternal Fetal Tıp ve Perinatoloji Derneği'nin iş birliğinde Sağlık Bakanlığı Ana Çocuk Sağlığı ve Aile Planlaması Genel Müdürlüğü Doğum Programı Bilim Kurulu tarafından "Doğum Eylemi Yönetim Rehberi" hazırlandı.

Ancak, söz konusu rehberin;

- değişmez kurallar dizisi olmadığı ,
- hastaya sunulan hizmetlerin hukuki standartlarını oluşturmadığı,
- tıbbın ana prensibi olan "Hastalık değil, hasta vardır" kuralına uygun olarak, her hastanın durumunun kendi özel koşulları içerisinde değerlendirilmesinin temel prensip kabul edildiği

bildirildi.

Rehberde, uygulamaya yönelik temel öncelikler de yer aldı. Buna göre, sezaryen ile doğumun cerrahi bir girişim ve tıbbi gerekçelerle yapılmasının esas olduğu ve vajinal doğumun alternatifi olmadığı vurgulandı.

Rehberde, sezaryen oranının düşürülmesi için de şu öneriler yer aldı:

- Doğum eyleminin takip edildiği bütün gebeliklerde spontan doğum ilerleyişini izlemek için partograf kullanılmalıdır.

- Gebeliğin 36. haftasından itibaren komplikasyonsuz tekil makat bebeği olan gebelere, istisnai durumlar dışında (doğum eylemi başlamış, daha önce dikiş veya yaralanma yeri ve anormalliği, fetal sıkıntı, membran rüptürü, vajinal kanaması olan gebeler) dış sefalik versiyon [DSV] önerilebilir. Uygulama öncesi girişimin riskleri, anne adayına aydınlatılmış hasta onay formu ile açıklanmalıdır.

- Gebelik haftasını aşan, komplikasyonsuz tekil gebelik yaşayan gebelerde, tedavinin bireyselleştirilmesi ve olguya göre karar verilerek doğum şeklinin belirlenmesi önerilmektedir.

- Doğumun indüklenmesi ile sezaryen oranında ve diğer komplikasyonlarda artış olabileceği bilinmelidir. Bu konu hakkında gerekli bilgiler anneye verilmelidir.

- Uygun olan vakalarda sezaryen sonrası vajinal doğum önerilebilir. Uygulama öncesi girişimin riskleri anne adayına aydınlatılmış hasta onay formu ile açıklanmalıdır.<sup>16</sup>

Sağlık Bakanlığı tarafından sezaryenle yapılan doğumları azaltmak için; doktorların olur olmaz yerde sezaryen istemesini engellemek amacıyla sezaryen ücretleri de aşağıya çekilmiştir. Normal doğum yaptıran hekime verilen performans maaşı ise yükseltilmiş, hastanelere ödenen doğum paket fiyatlarında da normal doğum lehine bir düzenlemeye gitme kararı alınmıştır. Yeni düzenlemeye göre normal doğum yaptıran doktora 180 puan verilirken, sezaryen doğum yaptıran doktora 157 puan verilecek, bu da hekim maaşlarında normal doğum yaptıranların yüzde 50 daha fazla para almasını sağlayacaktır.<sup>17</sup>

Böylece kolay ve ücreti yüksek olduğu için tercih edilen sezaryen doğum yönteminin sadece tıbbi gereklilik halinde uygulanması hedeflenmektedir. Ancak Sağlık Bakanlığınca yayınlanan bu rehberin içerik olarak yeterli olmadığını görmekteyiz. Zaten rehberin değişmez kurallar dizisi olmadığı, hastaya sunu-

<sup>16</sup> Ntv msnbc, 26.10.2008.

<sup>17</sup> www.zaman.com.tr, 19.04.2008.

lan hizmetlerin hukuki standartlarını oluşturmadığı, temel prensibin her hastanın kendi özel koşulları içerisinde değerlendirilmesi olduğunun kabul edildiği bildirilmiştir. Bir anlamda tavsiye niteliğindeki bu rehberin ne bağlayıcılığı ne bir yaptırımı ne de Sağlık Bakanlığının öngördüğü hedefe ulaşma yolunda bir iddiası vardır.

“*Hastanın Özel Koşulları*” kavramı oldukça geniş bir kavram olup, örneğin isteğe bağlı sezaryen talebi durumunda doktorları yönlendirebilecek, onlara bu taleple gelen bir gebeye nasıl yaklaşacaklarına dair herhangi bir tavsiye, bir kriter ortaya koymamıştır. İsteğe bağlı sezaryeni önlemek amaçlı hiçbir tavsiye, eğitim, hasta ile doktor arasında bir iletişim, hastanın normal doğum ve sezaryen doğum açısından aydınlatılması, yanlış bir karar vermesinin önüne geçilmesi adına bir düzenleme yapılmadığı gibi sezaryen doğum yöntemi için “hangi hallerde sezaryen doğuma karar verileceğine ilişkin bağlayıcı kriterler” de ortaya koymamıştır. Bunun kontrolünü de yapmadığı için tıbbi bir zorunluluk hali var mıydı yoksa doktorun inisiyatifi doğrultusunda yapılan bir sezaryen operasyonu ile mi karşı karşıya gelindi, bilinmemektedir.

## NEDEN SEZARYEN DOĞUM ORANLARI ARTIYOR?

### 1. Ticari Kaygılar

Devlet hastanelerinde normal doğum ücreti ortalama 300 TL, sezaryen doğum ücreti ise 800 TL civarındadır. Özel hastanelerde ise bu ücret hastane konforundaki yıldız sayısına göre 5.000,00 TL'ye kadar çıkabilmektedir.

Eğer devlet hastanelerindeki sezaryen doğum oranının %40, özel hastanelerde ise bu oranın %60'ı geçtiği hatırlanacak olursa, özel hastanelerdeki sezaryen doğum oranının yüksek olması “para için sezaryen yapılıyor” iddialarını kuvvetlendirmektedir. Çünkü sezaryenle doğumun faturası normal doğumun iki katıdır. Sezaryenle doğumda doktor da hastane de normal doğumun iki katı para almaktadır. Her ne kadar bu durum Sağlık Bakanlığının son girişimiyle aşılmaya çalışılsa da hastanenin faturasının kabarıklığını sağlayan başka etmenler de vardır. Ameliyat esna-

sında kullanılan ilaçlar, serum vs. ile ameliyat sonrasında kullanılacak olan ilaçların sayısı bir hayli fazladır. Hastanenin popülerliği, bulunduğu semt ve tanınmış olması yapılan tıbbi işlem aynı olmasına rağmen diğer hizmetlerin beş yıldızlı otellere ayar olması faturayı kabartmaktadır.<sup>18</sup> Hal böyle olunca özel sağlık kuruluşlarının daha fazla para kazanmak için sezaryen doğumu özendirdikleri, gerekmeyen durumlarda bile önerdikleri görülmektedir.

2003 tarihli bir Danıştay kararına<sup>19</sup> konu olan bu durum oldukça çarpıcıdır. Doğum odasında imzalanan kâğıtlardan sonra yapılan sezaryen doğumun erken ve gereksiz bir indikasyonla yapılması sonucu gelişen komplikasyonlar ardından annenin hayatının kurtarılabilmesi için rahmi alınmıştır. Sezaryeni erken ve gereksiz yapan doktor ise savunmasında “özel hastane olduğumuz için normal doğumdan mümkün mertebe kaçınıyoruz” ifadesini kullanmış, özel hastane olma ölçütünden hareketle daha fazla gelir elde etme amacıyla hastayı sezaryen ameliyatına yönlendirdiğini bir anlamda itiraf etmiştir. Bahsi geçen Danıştay kararındaki doktorun ifadesi devlet hastaneleri ve özel hastaneler arasındaki sezaryen doğum oranları arasındaki uçurumu açıklamaya yetmekte olup “para için sezaryen” iddialarını doğrulamaktadır.

### 2. Doktor İçin Vakit Kaybı

Normal doğumun başlama saati süresi net olarak bilinmemekte, hastanın fizyolojik ve psikolojik durumuna göre değişebilmektedir. Oysa sezaryen doğum için gebeye tarih ve saat verilir. Her şey kesindir. Doktora bağımlı, kolay denetlenebilecek bir yoldur. Randevu verilir ve söylenen gün ve saatte bebek doğurtulur. Bu operasyon doktorun sadece 25 dakikasını alacaktır. Normal doğum ise çoğu zaman uzun ve meşakkatli bir bekleme süresini ihtiva etmekte doktorun sezaryene oranla çok daha fazla vaktini almaktadır. 2008 yılı Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliğine göre SGK normal doğuma 110 TL birim fiyat öderken sezaryen doğuma 180 TL birim fiyat ödemesi yapmaktadır. Yani SGK

<sup>18</sup> Aksiyon, sayı 597, 15.05.2006.

<sup>19</sup> Danıştay 8. Daire, 2003/1580K, 07.04.2003.

sezaryenle doğuma daha fazla para ödemektedir. Hâlbuki normal doğum hem hekimi hem sağlık personelinin hem de doğum salonunu daha fazla sürede ve daha fazla kişiyi meşgul eden bir tarzda gelişmektedir. Dolayısıyla normal doğum doktorlar için hem vakit hem para kaybı demektir.

### 3. Doktorların Eğitimlerindeki Değişiklikler

Doktorlar artık normal doğum yaptıracak kadar eğitim almıyorlar. Örneğin eskiden bebeğin ters gelişinde vajinal doğum daha çok uygulanan bir doğum şekli idi. Böyle olunca eğitim gören doktorlar vajinal yoldan ters doğumları yapmakta ustalaşmıştı. Ama yavaş yavaş sezaryen oranı artıkça vajinal yoldan doğan bebek sayısı azaldı. Uzmanlık eğitimi gören doktorlar ters gelen bebeklerin vajinal doğumunu öğrenmeden uzman olmaya başladılar. Bu durumda bugün neredeyse hemen her ters gelen bebek sezaryen ile doğurtulmaya başlandı.

Hastanelerdeki sezaryen doğum oranlarının artmasıyla pratikte çok az normal doğum örneği ile karşılaşır oldular. Bu da onları ufakık bir risk halinde sezaryen yöntemine itmeye başladı. Çünkü riski karşılayabilecek yeterli eğitim ve pratikten yoksun hale geldiler.

Ayrıca Sağlık Bakanlığının sezaryen doğum oranlarının düşürülmesi amacıyla fazla sezaryen yapan doktorların 3 ay eğitim almasını planlaması<sup>20</sup> da doktorların eğitimlerindeki yetersizlerine dair kaygılarımızı destekler niteliktedir.

Bir kadın doğum uzmanından özel hastanede çalışırken yaşadığı bir olayı dinlerken hayretler içinde kalıyorum. Doktor doğumhaneye girip doğum için hazırlıklarını tamamlarken arkasında kalabalık bir grup olduğunu fark eder. Şaşırır ve bir doğum için gereğinden fazla bu personelin nedenini sorar. Aralarından biri heyecanla “Hocam çok uzun zamandır normal doğum görmedik izlemeye geldik” der. İşte sanıyorum bu cümleler doktorların sezaryeni seçişlerindeki saiki göstermeye yetiyor.

<sup>20</sup> Ntv-*msnbc*, 22.09.2008.

### 4. Ağrısız Doğum mu?

Doktorlar hastaların genelde bilgisizlik ve ağrıdan dolayı normal doğumu tercih etmediklerini bu nedenle hastanın önceden gebelik ve doğum hakkında mutlaka bilgilendirilmesi gerektiğini söylüyorlar. Doğumun sezaryen yöntemi ile yapılması yönündeki kararın hekim tarafından verilmesi gereken bir karar olduğunun da altını çiziyorlar. Halk arasında yerleşmiş şekliyle sezaryenin ağrısız doğum olarak tanınmasını da yanlış olarak değerlendiriyorlar. Sezaryen doğumda doğum esnasında ağrı duyulmasa da doğum sonrası ağrıların ve sıkıntılıların şiddeti kimi zaman normal doğum sancılarını katlayabiliyor. Normal doğumda doğum esnasında yaşanan ağrılar sezaryen doğumda bebeğin dünyaya gözlerini açısıyla başlıyor ve maalesef aylarca beklenen o anlar ağrılardan ve annenin ihtiyatlı davranması gerektiğinden yerini sıkıntılı bir süreç bırakıyor.

İlk doğumunu normal yapmış kadınlar sonraki gebeliklerinde de normal doğum istemektedirler. Bu talep normal doğumun abartıldığı kadar sıkıntılı bir süreç olmadığını göstermektedir.

Oysa ilk doğumunu sezaryenle yapanların zaten ikinci bir şansları yoktur. Çünkü bir defa sezaryen daima sezaryen demektir. Bu da sezaryenli bir kadın için normal doğum mu daha ağırlı bir süreç yoksa “sezaryen doğum mu daha ağırlı bir süreç” sorusunun yanıtsız kalması anlamına gelmektedir. Tecrübe edilmeyen bir konu hakkında konuşmak afaki olacaktır. Sezaryen tercihi dönüşü olmayan bir yol olup ağrısız doğum mu sorusu ise normal doğumu tecrübe etmemiş bir kadının cevaplayabileceği bir soru değildir.

### 5. Doğum Kontrol Metodu Olarak Kullanılıyor

Tıp kaynaklarına göre evvelce sezaryen olmuş kadına mutlak sezaryen yapılması gereği tartışmalı bir konudur. Ancak Türkiye’de önce sezaryen olup sonra normal doğum yapan pek fazla kişiye rastlamak mümkün değildir. Önceki doğumunu sezaryenle yapan anne rahminde daha önce yapılmış ameliyata bağlı nedbe [eski yara] dokusu vardır. Burası

doğum sancıları esnasında yırtılabilir. Böyle bir yırtık oluşursa anne ve bebeğin hayatı tehlikeye girer. Hele de olanakları yetersiz Türkiye koşullarındaki hastanelerde bunu denemek hayatı üzere bahis oynamak demektir.

Dolayısıyla “bir defa sezaryen daima sezaryen” tezi doğrulanmaktadır. Sezaryen doğum yapan kadına üç çocuk hakkı tanınmakta aksi halde hayatı tehlikesi gündeme gelmektedir. Ancak üç çocuk sahibi olabilmek de o da en az üç yıl arayla mümkündür. Çocuk sayısına konulan bu sınırlama tam bir doğum kontrol yöntemi olup komplikasyon riski olmadığı halde yapılan sezaryen doğumlar için bir hasta hakkı ihlali anlamına gelmektedir.

## 6. Türkiye Nüfusu İçin Bir Tehdit mi?

Türkiye’de nüfus politikası konusunda son yaşanan polemik, Başbakan Erdoğan’ın “en az üç çocuk yapın” çağrısı ile başlamıştı. (08.03.2008)

Bilindiği üzere nüfus ülkelerin gücünün önemli öğelerinden biridir. İç ve dış politika açısından nüfusun önemi tartışma götürmeyen bir konudur.

Nüfus politikası her ülkenin gerçeklerine, ihtiyaçlarına göre belirlenir. Nüfusu arttırma veya azaltma politikası izlenebilir. Çin hükümetinin nüfus politikası “bir çocuk” politikasıdır. Çin nüfusunu azaltmak istiyor. Hızlı nüfus artışının ülkenin çıkarına olmadığına inanıyor. Nüfusu azalmakta ve yaşlanmakta olan ülkeler ise nüfusunu arttırma politikası izliyor. Avrupa ülkeleri bu durumdadır. Nüfusun hızla azalmakta olduğu Rusya’da hükümet nüfus artışını teşvik etmeye çalışıyor. Kıbrıslı Rumlar da nüfus artışını teşvik edenler arasında.<sup>21</sup>

Başbakanımızın bu konudaki izahatı ise şöyledir; “Şu anda sakın ha doğum yapmayın diyenler ülkenin yararını geleceğini düşünmüyor. Şu anki nüfus artışı oranıyla devam edersek, 2037 yılında Türkiye’nin nüfusu yaşlı hale gelecek. Hesapla bilimle konuşuyorum. Nüfusumuz genç kalsın. Bak Avrupa anlıyor biz yanlış yaptık diyor. Şimdi nüfusumuzun %65’i

altmış yaşın üzerinde diyor. Bizi de birileri bu oyuna kurban etmek istiyor. Almanya şimdi üstüne para veriyor daha çok çocuk yapın diyor.”<sup>22</sup>

Almanya örneğinden devam edecek olursak Alman toprakları üzerinde neredeyse toplam 83 milyon insan yaşıyor. Almanya’daki demografik gelişme üç ana eğilim gösteriyor.

- Düşük doğum oranı
- Artan ömür süresi
- Toplumun giderek yaşlanması

Almanya otuz yıldır doğum oranındaki düşüşün önüne geçemiyor: Doğum sayıları 1975’ten bu yana hafif değişikliklerle kadın başına 1,3 çocuk olarak tespit ediliyor. Dolayısıyla çocuklar kuşağı, 30 yıldır ebeveyn kuşağından üçte bir oranında daha az sayıya sahip. Diğer toplumlardan batı Almanya’ya göç oranının yüksekliği nüfusun bu derece küçülmesini engelledi. Diğer taraftan zamanla insanların ömürleri uzadı. Ortalama ömür uzunluğu artık erkeklerde 77, kadınlarda 82 senedir.<sup>23</sup>

Uluslararası Çalışma Örgütüne göre; bir ülkenin nüfusunda 65 yaş üstü yüzde 14 olursa o ülke yaşlı ülke sayılır. Sosyal Güvenlik Kurulunun verilerine göre Türkiye nüfusunun %7’si 65 yaş üstündedir ve 2039 yılında ise %14 üstünde olacaktır. Avrupa’nın şu an en yaşlı ülkesi Yunanistan ve en genç nüfusa sahip ülkesi Türkiye’dir. Bir ülkede kadınların doğurganlık oranı yüzde 2.1’in altında olursa ülkenin nüfusu azalır. AB’nin ortalama doğurganlık oranı yüzde 1.5’dur. 1970’li yıllarda ise 2.4 idi. Avrupalı bilim adamları pedagoğ, sosyolog ve kadın yazarlarının devamlı sloganı: “kariyer yapma çocuk yap” şeklindedir. *New York Times*’a göre 20 yıl sonra Rusya Federasyonunda Rus asıllılar azınlık olacaktır. Her yıl ölenlerin sayısı doğumdan fazladır.

Nüfus ilmi uzmanlarına göre bugünkü şartlar devam ederse 21. asrın sonunda dünyada Alman, Fransız, Sırp ve Bulgar milleti yok olacaktır.

<sup>21</sup> www.kibrisgazetesi.com, 10.04.2008, İsmail Kemal.

<sup>22</sup> www.kibrisgazetesi.com, 10.04.2008, İsmail Kemal.

<sup>23</sup> www.tatsachen-ueber-deutschland.de/tr/toplum

General De Gaulle, Fransa cumhurbaşkanı iken şöyle demiştir: “Fransız anaları elli yıldır tatbik edilen yanlış nüfus politikası sonunda doğurganlığınızı kaybetmiş durumdasınız. Kendinizi sıkıntıya sokmamak için doğurmakta ısrar ederseniz, biliniz ki Fransız milleti gelecekte büyük sıkıntılara düşecektir. Bu yüzden daha doğurgan olmaya mecbursunuz.”<sup>24</sup>

Dünya nüfus politikasına bu şekilde çözümler arayadursun Türkiye konunun ciddiye alınmasının ne kadar farkında acaba?

Türkiye’de nüfus planlaması değişik kesimlerden de teşvik edilmektedir. Batının da teşviki ve parasal yardımı ile icra edilen nüfus planlaması ya da doğum kontrolü nüfus artışını azaltma hedefini taşımaktadır.

Türkiye’nin nüfus artışı frenlenerek 100 milyonluk güce varması kesin olarak önlenmek istenmektedir. Kalabalık nüfus ekonomik açıdan yük değil bir nimettir. Nitekim en ileri ihracat gelirine sahip Japonya ve ABD ekonomisinin en büyük dayanağı kalabalık olan kendi iç piyasalarıdır. Dünya ekonomisi çeşitli krizler sebebiyle dalgalanmalar gösterir ve ihracat aşırı derecede azalabilir. Fakat kalabalık nüfus bu krizleri iç pazar ile frenler, fazla üretim, fazla tüketim ile ülke ekonomisini ayakta ve güçlü tutar. Nüfusu az ülkeler ihracat daralmalarından aşırı derecede etkilenirler.<sup>25</sup>

Görüldüğü üzere; birçok ülke genç bir nesle, geleceğini emanet edeceği nüfusa ihtiyaç duyarken nüfusunu arttırmak için teşvik edici çözümler üretirken ülkemizdeki kadınların doğurganlıklarının azaltılması, daha az çocuk sahibi olunması yolundaki teşvikler dünya ülkelerinin nüfus politikalarıyla çelişmekte bu sebeplerle bir doğum kontrol yöntemi olarak sezaryen doğumun genç nesle bir lüksmüş gibi sunulmasına, adeta salgın haline getirilmesine ve bunun teşvikine ülkemiz üzerinde oynanan oyunlardan biri olarak kaygıyla yaklaşmak gerekmektedir.

Çünkü artan sezaryen doğum oranları bir yandan da çocuk sayısına konulan bir sınırdır. Sezaryen doğum yapmış bir kadın için sonraki doğumları da sezaryen yöntemiyle yapılmak durumunda olduğundan aynı kesinin yeniden kesilmesi anlamını taşır ki bu da çocuk sayısı arttıkça anne hayatının risk altına girdiği anlamına gelmektedir. Bu yüzden sezaryen yapmış bir kadın için çocuk sayısı sınırlıdır. En fazla 3 ama üçüncü çocuk dahi risk demektir. Bu da dolaylı yoldan nüfusun kontrol yöntemi haline geldiği yolundaki kaygılarımızı doğrulamaktadır.

Ayrıca Müstakil Sanayici ve İşadamları Derneği [MÜSİAD] tarafından yayınlanan *Çerçeve* dergisinde yer alan bir çalışmada, sezaryen doğum, geleceğin tehlikeleri arasında sayılmaktadır.

MÜSİAD Araştırmalar ve Yayın Komisyonu tarafından hazırlanan *Çerçeve* dergisinde, sanayi sonrası toplumun ekonomik ve teknolojik trendlerinin demografik gelişmeyi nasıl etkilediğine yönelik bir çalışmaya yer verilmiştir. Çalışmada sezaryenli doğum gelecek için büyük tehdit olarak değerlendirilmiştir. Günümüz Türkiye’inde sezaryenli doğumun normal, normal doğumun ise anormal hale geldiği belirtilen raporda “sadece hayati istisnai durumlarda tıbbi zorunluluktan başvurulabilecek bir yöntem olan sezaryenle doğum bugün gerek doktor gerekse hamilelerin gafletıyla neredeyse normal doğum oranını geçti. Oysa adı üstünde insanın hayat boyu sağlığı normal doğumdan geçiyor” denilmiştir.

Tıbbi bulgulara göre sadece normal doğum esnasında salgılanan “sevgi hormonu” oksitosin’in anne ve bebek arasında başka türlü kurulamayacak bir bağın kurulmasını sağladığı belirtilen raporda, çocuğun normal doğum esnasında salgılanan bu hormon eşliğinde dünyaya gelişi, onu hayatın zorluklarına karşı dirençli kıldığı kaydedilmiştir.

Devlet İstatistik Enstitüsü’nün son verilerine göre bugün aile başına düşen ortalama çocuk sayısı 2,1 olduğu belirtilen raporda Türkiye’de nüfus artışı tehlike sınırında bulunuyor. Ancak asgari 3 çocukla nüfus artışı normal hızını koruyabiliyor. Karı koca ile biri kız biri erkek iki çocuktan oluşan çekirdek aile imajı reklamlarda sürekli yansıtıldığı gibi, ideal olarak empoze ediliyor. Hatta bugün bazı

<sup>24</sup> www.turkiyegazetesi.com.tr, 17.05.2008, M. Necati Özfatura.

<sup>25</sup> www.turkiyegazetesi.com.tr, 03.05.2008, M. Necati Özfatura.

eşyalar evler bile 2 çocuklu çekirdek aile standardına göre yapılıyor” görüşüne yer verilmiştir.<sup>26</sup>

## HUKUKİ AÇIDAN

Hukuki açıdan genelde doğum özelde sezaryen doğumu hasta haklarına ait mevzuat çerçevesinde incelememiz gerekmektedir. Çünkü annenin sağlık hizmetinden faydalanmak ihtiyacına binaen sağlık kurumuna ve hekime başvurmasıyla hukuki bir süreç doğmaktadır. Artık bir sağlık hizmetinden faydalanma ihtiyacı bulunan kişinin (anne aday), sırf insan olması sebebiyle sahip bulunduğu ve Anayasa, Milletlerarası anlaşmalar, kanunlar ve diğer mevzuat ile teminat altına alınmış bulunan “Hasta Hakları” devreye girmiştir. (Hasta Hakları Yönetmeliği, madde 4)

Hasta Hakları Yönetmeliğinde belirtilen haklardan biri olan “Tıbbi Müdahalelerde Hastanın Rızası” sezaryen doğumu konuşurken tartışılması gereken öncelikli haktır. Rıza, Hasta Hakları Yönetmeliğinin 24. maddesinde düzenlenmiş olup hastanın bu hakkı kullanması tıbbi müdahaleye yönelik irade açıklamasında bulunması ile gerçekleşecektir. İşte bu irade açıklamasına hastanın “onay hakkı” denir. Bu irade açıklaması tıbbi müdahaleye tam onay, kısmen onay ya da tıbbi müdahaleyi ret şeklinde olabilir.

Sezaryen doğum da bir tıbbi müdahale olup bu tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesinden önce veya en geç tıbbi müdahale sırasında hastanın onayı alınmalıdır. Uygulamada ise —acil durumlar hariç olmak üzere— alındığı söylenen rıza, içerisinde ne yazdığını okuma fırsatını bulamadan imzalatılan birkaç sayfadan ibarettir. Oysa onayın geçerli olabilmesi için hastanın bilgilendirilmesi gerekmektedir. Bu noktada da hastanın bir diğer hakkı olan “aydınlanma hakkı” devreye girmektedir.

Hastanın aydınlanma hakkı, diğer haklarının temeli ve ön koşuludur. Aydınlanma hakkı hastanın anayasa teminatı altında olan “kendi geleceğini bizzat belirleme hakkı”nın somutlaşmasına hizmet eder. Hasta tıbbi durumunu

bildiği takdirde geleceğini de belirleme hakkına sahip olacaktır.

Hasta, sağlık durumu, kendisine uygulanacak tıbbi işlemleri, bunların faydaları ve muhtemel sakıncaları, alternatif tıbbi müdahale usulleri, tedavinin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçları, hastalığın seyri ve neticeleri konusunda sözlü veya yazılı olarak bilgi isteme hakkına sahiptir. (Hasta Hakları Yönetmeliği, madde 15) Kural olarak hasta kendisine tıbbi yardımda bulunacak hekim tarafından bizzat tıbbi müdahale öncesinde anlayacağı şekilde aydınlatılmalıdır.

Sağlık Bakanlığında alınan verilere göre sezaryen ile olan doğumların %27’sinin annenin tercihine bağlı olarak yapıldığını görüyoruz.<sup>27</sup> Bu demektir ki, hiçbir tıbbi gereklilik olmadan anneler sezaryen isteyebiliyorlar. Bunun çeşitli nedenleri var tabi ki. Ancak, ülkemizdeki isteğe bağlı sezaryenin en önemli nedeni maalesef eksik bilgidir. Dikkatinizi çekmek istiyorum; bilgisizlik değil, eksik bilgi. Biliyorlar, ancak eksik bildikleri için ağrı korkusundan, çekinmekten ve nedense sezaryenin normal doğumun alternatifi gibi görülmesinden böyle bir karar alabiliyorlar. Eğer ki, bilgilendirilmiş olsalar aydınlanma haklarını kullanabilmiş olsalar, yetkin ağızlarından bunu dinleme fırsatı bulabilmiş olsalar bu oranları aşağı çekebilmek mümkün hale gelecektir. Çünkü biliyoruz ki endikasyonsuz sezaryen doğal olmayan bir yöntem olup, fizyolojik sürece müdahaledir. Daha iyi bir yöntem olduğu yönünde de bir bulgu olmayıp zararları söz konusudur.

Hekimin hastayı aydınlatması sadece hukuki bir zorunluluk olmayıp tıbbi etiğin de gereğidir. Tıbbi müdahalenin etik kurallara uygunluğundan bahsedebilmek için şu sorulara cevap vermek gerekmektedir.

- Hastaya onu bekleyen fiziksel zorluktan bahsedildi mi?
- Doğumdan sonraki tedavi sürecinden haberdar mı?

<sup>26</sup> www.sentezhaber.com, 12.10.2008.

<sup>27</sup> Üreme Sağlığı Programı Türkiye Ulusal Anne Ölümleri Çalışması, (2005 Ekim 2004 ve Aralık 2006 Döneminde Gerçekleştirilmiştir.)

- Müdahale eden kişi veya kurumların tedavide söz konusu olabilecek çıkar çatışması var mı? (Bu çıkar çatışması maaşlesef özel hastanelerde para için yapılan endikasyonsuz sezaryenleri gündeme getirmektedir.)
- Anne normal doğum ile sezaryen doğum arasındaki farkı iyi bir şekilde kavradı mı?
- Sezaryen doğum ile alacağı risklerin farkında mı?
- Sezaryen doğumun doğal olmayan bir süreç olduğu kendisine anlatıldı mı?
- Anne ve ailesinin vajinal doğum şekliyle ilgili düşünceleri ne kadar doğru, kulaktan dolma bilgilere mi sahipler?
- Sezaryen doğuma bağlı komplikasyonlar hakkında yeterince bilgi sahibi mi?
- Farklı olasılıklardan haberdar mı?
- Gerekli bilgilerin hepsi verildi mi?

Eğer bu sorulara cevap veremiyorsak yapılan müdahalenin tıp etiğine uygun olduğundan da söz edebilmemiz mümkün olmayacaktır.

Tıp etiği ve hukuk tarafından hasta lehine tanımlanan yetkilerin ihlali halinde hasta sağlık hizmeti alırken karşılaştığı sorunların çözümü için çeşitli başvuru imkânlarına da sahiptir. Yapılabilecek başvurular etik, idari ve yargısal niteliktedir.

Hukuksal güvence ile hasta haklarının ihlali, hukuksal yaptırıma bağlanmıştır. Şu bir gerçektir ki, kişiler haklarını bildikçe “haklarına” sahip olacaktır. Yani sezaryen doğum ve normal doğumun kıyasını bilmeyen zararlarını ya da faydalarını değerlendirme bilgisine sahip olmayan bir anne adayının sezaryen doğumu tercih ederken hakkının ihlal edildiği aşikârdır.

İşte bu bilgiyle hakkının ihlal edildiğini, örneğin endikasyonsuz bir sezaryene maruz kaldığını düşünen bir kişi;

- 1) Kendisine sağlık hizmeti veren kimseye idari başvuruda bulunabilir.
- 2) Etik kurullara ve mesleki kuruluşlara (tabip odaları ve üst birlikler) etik başvurusunda bulunabilir.

- 3) Cumhuriyet başsavcılıklarına ve mahkemelere yargısal başvuruda bulunabilir.

## SONUÇ

*İlk önce* normal doğuma göre hiçbir üstünlüğü ispatlanamamış olan sezaryen doğuma, bu doğal olmayan yöntemle, anne ve doktorların sürüklenmesine engel olunmak isteniyorsa eğitim gerekmektedir.

Bazılarının normal doğum hakkındaki korkuları, bazılarının sezaryen doğum yöntemini en sağlıklı ve risksiz doğum yöntemi olarak tanıması...

Aynı zamanda bir hasta hakkı olan “aydınlanma hakkı” ihlal edilmez, hastalar bu anlamda doğru bilgiye sahip olurlarsa endikasyonsuz sezaryen olgusu minimize edilebilecektir.

Bugün ülkemizde çok az hastanede olan doğuma hazırlık kursları yaygınlaştırılmalıdır. Doğum öncesi eğitim programlarının hamile kadınların normal doğumla ilgili önyargıları ve korkularını azalttığı doktorlar tarafından aktarılmaktadır. Doğuma hazırlık kursları; hamilelik dönemi, doğum eylemi, doğum sonrası dönem ve bebek bakımıyla ilgili bilimsel doğruları içeren bilgilendirmeyi sağlamaktadır. Bu kurslarda gebelik ve sonrası döneme özgü fizik egzersizleri, doğum eyleminde kullanılacak solunum egzersizleri ve gevşeme egzersizleri öğretilmektedir. Bu kursların ana hedefi normal doğumla ilgili anne adayında gerginliği azaltmak ve gevşemeyi sağlamaktır.

“Bugün bilimsel kanıtlar göstermiştir ki, bu tür kurs alan hastaların doğumları diğer hastalara kıyasla en az %25 daha kısa sürmektedir. Daha stressiz, neşeli doğumlar söz konusudur. Bu durum nasıl gerçekleşiyor sorusunun yanıtına gelince: çok net olarak biliyoruz ki, endişe, gerginlik ve korku ağrı düzeyini artırıyor. Bu durum kendi içinde bir kısır döngü oluşturuyor ve ağrı da gittikçe artıyor. Bu kısır döngü bir yerden kırılmalıdır ki ağrı hissi azalabilsin.”<sup>28</sup>

Dolayısıyla doğuma hazırlık kursları anne adaylarını doğum eylemine hazırladığı için anne adaylarının “ya bebeğe bir şey olursa”

<sup>28</sup> www.mumcu.com, Alper Mumcu.



korkusunu en aza indirecek ve gerginlik hissi azaldığında ağrı seviyesinin düştüğünü bilmeleri onları daha kontrollü ve emin kılacağından yanlış kararlar vermelerine de engel olacaktır.

Kısacası anne adaylarının öncelikle “sezaryen doğum nedir, normal doğum nedir” sorusuna sağlıklı bir cevap bulmaları gerekmektedir. Bu da ancak eğitimle sağlanacaktır.

*İkinci olarak* Avrupa ülkelerinde sezaryen doğum yaptırmak isteyen kadınlarda sezaryenin taşıdığı riskler ve normal doğum hakkında danışmanlık hizmeti verildiğinden bahsetmiştik. Ülkemizde de buna yönelik hizmetlerin hızla yaygınlaştırılması için uzman kadroların bulunduğu merkezler oluşturulmalıdır.

*Üçüncü olarak* Türkiye’deki normal doğum için mevcut koşulların düzeltilmesi gerekmektedir. Yeni birkaç özel hastane dışında normal doğum için gerekli şartlar sağlanmıyor. Örneğin aynı sancı odasında beş kadın birden doğum anını bekliyor. Birinin bağırmasından diğeri korkuyor ve paniğe kapılıyor. Oysa kadınların eşinin ya da yanında bulunmasını istediği yakınlarının ona destek vereceği “özel sancı odaları” yok. Psikolojik olarak tam bir gerginlik korku ve panik halindeki anne adayı bu durumda sezaryeni tercih edebiliyor.

Doğum eylemine doğum öncesi eğitimle hazırlanmış, bu konuda danışmanlık almış bir anne adayı için fiziki koşullar da sağlandığında endikasyonsuz sezaryen söz konusu bile olmayacak ve doğumun doğasından kaynaklanan ağrıları kontrollü bir şekilde değerlendirip gelen her sancının aylardır beklediği bebeğine kavuşmak için en sağlıklı yol olduğunu bilecektir.

Sonuç olarak son yıllarda tıbbın gelişmesiyle birlikte sezaryen doğum tüm dünyada salgın haline gelmiştir. Her ülkenin bu yönde bir planı olup, yükselen sezaryen doğum oranlarını Dünya Sağlık Örgütü’nün tavsiye ettiği oranlara çekebilmek için çözüm yolları aranmaktadır.

Ülkemiz insanı ve gelecek nesiller için de problem haline gelen sezaryen doğum işbu sebeple bu çalışma ile incelenmek istenmiştir. Hedefimiz, halkımızın bu yönde bilinçlenmesine katkıda bulunarak gelecek nesillerin sağlığını korumaktır. Sağlık Bakanlığı bu yönde tıpkı diğer dünya ülkeleri gibi Dünya Sağlık

Örgütü’nün tavsiye ettiği oranlara ulaşabilmek için çözüm yolları sunulmalıdır.

Şundan emin olabiliriz ki; bebeğin ilk ağlamasının yaşattığı heyecan ve bu heyecanı aynı anda eşyle paylaşmanın tadını sezaryen doğumda yaşayamayacağını bilen hiçbir anne tıbbi bir neden olmadan sezaryen doğumu tercih etmeyecektir.





# Yardımcı Üreme Teknikleri Raporu

Canset YILDIZ-Dilşah Büşra KARTAL-Beyza TİRYAKİ



## GİRİŞ

G ünümüzde, toplumsal değişimin ve gelişimin hızlı olması normatif sorunların çeşitliliğini arttırmakta ve yoğunlaştırmaktadır. Teknolojinin hızla transfer edilmesi toplumları henüz çözüme bağlanmamış sorunlarla karşı karşıya bırakmaktadır. Özellikle klinik tıp alanında karşılaşılan etik sorunların profili bu hazırlıksızlığı açıkça sergilemektedir. Örneğin, hayatın başlangıcı ve sonuna ilişkin verilen tanımlar, intrauterin [taniya dayalı kürtajin] gerekli olduğu durumların saptanması, embriyo dokularının kullanılıp kullanılmaması, doku ve organ aktarımı, kiralık [taşıyıcı] anne, rekombinant genetik uygulamalar<sup>1</sup> ve bunun gibi başlıca sorun çıkan alanlar tıp teknolojisinin son yıllardaki ilerlemesinin sonucudur. Konular beraberinde hukukun girmediği, düzenlemeyi bekleyen bir alan oluşturmaktadır. Bu konular henüz yanıtı verilmemiş, henüz çözümlenmemiş, dolayısıyla belirli bir kurala bağlanmamış sorunları içermektedir.

Evlilik kurumunun tek ortaya çıkış gerekçesi çocuk sahibi olmak ve böylece soyunu sürdürmek olmamakla birlikte bu etken "aile"nin meydana gelmesinde ve süreklilik kazanmasında merkezi bir yerde bulunmaktadır. Türkiye'de "çocuksuzluk" boşanma gerekçesi olduğu sürece, yapay dölleme konusu gün-

demde kalacaktır.<sup>2</sup> Bu olumsuz durum, toplumu yardımcı üreme tekniklerini kullanmaya sevk edecektir. Bu ise, kâfi miktarda talep olduğu takdirde hizmeti zorunlu kılacaktır.

Yardımcı üreme tekniklerini kullanarak hizmet veren merkezlerin kurulması ile yeni alışkanlıklar doğacak, yeni bir üslup gelişecektir. Bu tekniklerin üreme gibi ciddi bir konuyu düzenliyor olması; yapılacak incelemenin tıp alanı dışına taşmasını, toplumun yapısı, gelenek ve inançlar gibi meselelerin hesaba katılmasını mecburî kılmaktadır. Halkımıza bu yöntemlerin sadece avantajları gösterilmekte, avantajlarından daha çok olan dezavantajları göz ardı edilmektedir. Toplumun batı kaynaklı bu yeni oluşumlara intibakını sağlama çabasından ziyade, bu gelişmeleri olumlu ve olumsuz yönleriyle incelemek görevi öncelikle biz hukukçulara düşmektedir.

Bu bağlamda Hasta Hakları Aktivistleri Derneği, yardımcı üreme teknikleri hakkında inceleme yapmayı gerekli görmüştür. Bu raporda söz konusu tekniklerin uygulanış biçimi [tıbbi yön], uygulamayı sürdüren ülkelerdeki yasal düzenlemeler [hukuki yön] ve tıp etiği ve toplumsal ahlak açısından (ahlaki yön) inceleme ve değerlendirme yapılarak gerekli bilgiler ve muteber yorumlar sunulmaya çalışılmıştır. Rapor, yardımcı üreme teknikleri doğrultusunda dünyada ve ülkemizde yapılan tıbbi çalışmaları ve hukuki düzenlemelerle ilgili bilgi verme ve görüş bildirme çabasıdır.

Üremeye yardımcı yöntemler tıbbi olarak —gerekli görüldüğü derinlikte— açıklandıktan sonra hukuki uygulamalara ve ardından tıp

<sup>1</sup> Belirli bir amaç için doğrudan genetik materyal üzerinde yapılan rekombinasyon teknolojisiyle, *in vitro* şartlarda genetik materyalde planlı değişiklikler yapılabilmekte, istenilen genlerin istenilen canlıya sokularak, doğal biçimde bulunmadığı bu konakta çoğaltılması ve istenilen ürünü vermesi için nakledilen genin ifadesi sağlanabilmektedir. Bu teknolojiyle, prokaryotik ve ökaryotik gruplara ait türlerin kendi aralarında olduğu kadar, gruplar arasında da gen aktarımları yapmak ve çeşitlilikler meydana getirmek mümkün olmaktadır.

<sup>2</sup> Berna Arda-Serap Şahinoğlu Pelin-Ayten Çangır Kayı, *Yardımcı Üreme Tekniklerinin Getireceği Tıbbi Sorunlar*, 1993.

etiği ve toplumsal ahlak açısından yapılmış değerlendirmelere yer verilecektir.

## TIBBÎ KAVRAMLAR İNCELEMESİ

### Yardımcı Üreme Teknikleri

Kısırlık [infertilite], tanım olarak düzenli cinsel ilişkiye rağmen bir yıl içinde gebe kalamamaktır. Kısırlık salt erkeğe veya kadına ait problemlerden kaynaklanabileceği gibi hastalığın her ikisine ait bir sorundan da kaynaklanması söz konusu olabilir.<sup>3</sup> Son yirmi yıl içerisinde kısırlığın tanı ve tedavi süreçlerinde birçok ilerleme kaydedilmiş ve kısır çiftlerin gelişen teknoloji ile beraber yeni yardımcı üreme teknikleri kullanılarak çocuk sahibi olmaları yolunda adımlar atılmıştır.

Günümüzde yardımcı üreme teknikleri ile yapay döllenme [artificial insemination – in vivo fertilization], gametlerin transferi [gamete intrafallopation transfer – GIFT], tüp bebek uygulaması [in vitro fertilization – IVF mit embriyotransfer – ET] ve embriyo nakli [in vivo fertilization mit embriyotransfer – ET] olmak üzere dört değişik yöntemle suni olarak (cinsel ilişki olmaksızın) çocuk dünyaya getirilebilmektedir.<sup>4</sup>

### Yapay Döllenme

Dar anlamda yapay döllenme;

- kadının normal ilişki ile gebe kalamaması durumunda,
- erkek üreme hücrelerinin mekanik yolla kadının üreme organına şırınga edilmesi
- yumurtanın kadının vücudunda döllenmesi suretiyle gerçekleştirilen döllenmedir.

Yapay döllenme terimi ile ifade edilen, yardımcı üreme tekniklerinin bir çeşidi olan ve dar anlamda kullanılan döllenme yöntemidir.

<sup>3</sup> Ramazan Mercan, *Kısırlık ve Yardımcı Üreme Teknikleri*, 2005. [http://www.doktornevra.com/kisirlilik/kisirlilik\\_infertilite\\_nedir.asp](http://www.doktornevra.com/kisirlilik/kisirlilik_infertilite_nedir.asp)

<sup>4</sup> Nagehan Kırkbeşoğlu, *Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuk Sorunları*, s. 41.

Geniş anlamda döllenme ise;

- cinsel ilişki olmadan
- erkekten alınan sperm ile
- kadına ait yumurtanın yapay yolla döllenmesini ifade eder.<sup>5</sup>

Yapay döllenme yöntemine başvurma sebepleri:

- Erkek veya kadının veya her ikisinin birden üreme fonksiyonlarının anatomik veya fonksiyonel sebeplerle gereği gibi görev yapmadığı durumlar,
- Evlilik birliği içerisinde eşlere ait üreme hücreleri kullanılarak gerçekleştirildiğinde, tedavi amaçlı olarak,<sup>6</sup>
- Döllenmiş embriyonun ana rahmine yerleştirilmesinden önce genetik hastalıklarının tanısının yapılabilmesi için:<sup>7</sup>

**Homolog Döllenme:** Evli erkeğe ait spermle karısına ait yumurtaların yapay yolla döllenmesidir.

**Heterolog Döllenme:** Evli olmayan çiftlere ait üreme hücrelerinin yapay yolla döllenmesidir.<sup>8</sup>

Evli çiftlerde, infertilitenin nedenine göre ya kocaya ait üreme hücresi ya kadına ait üreme hücresi ya da her ikisinin kullanılmaması durumunda üçüncü kişilere ait [donör] sperm, yumurta ve embriyo kullanılması durumu söz konusudur.

### Sperm Bağışı

Yapay döllenmede, çocuk isteyen kocada sperm üretimi olmadığı ve tüp bebek

<sup>5</sup> Nagehan Kırkbeşoğlu, a.g.e., s. 42.

<sup>6</sup> Heterolog döllenme ve kiralık anne yöntemlerinin, kısır olan ebeveyni tedavi edici niteliği bulunmadığı savunulmaktadır. Nagehan Kırkbeşoğlu, a.g.e., s. 43.

<sup>7</sup> Bu uygulama ile ebeveynlerden genetik bir hastalık alabilecek cinsiyetlerin tayini yapılarak sağlıklı bireyler dünyaya getirme amaçlanır. Hiç şüphesiz bu yöntem sağlıklı embriyolar elde etmek için birçok sağlıklı embriyonun tahrip edilmesini gerektirir. Nagehan Kırkbeşoğlu, a.g.e.

<sup>8</sup> İsmail Aytacı, *Yardımcı Üreme Tekniklerinin Nesep Hukuku Açısından İncelenmesi*, s. 4, <http://www.-saglik.im/suni-dolleme-artifisyel-insemi-nasyon/>

yöntemiyle gidilebilecek en son noktaya ulaşılmamasına rağmen sonuç alınmadığında, kocanın üreme hücreleri yerine bir başka erkeğe ait üreme hücrelerinin kullanılmasına sperm bağıışı denilmektedir.<sup>9</sup> Bu yöntemde, başka bir tıbbi problemi ve kısırlık sorunu olmayan bir erkeğin üreme hücreleri kadınınkilerle döllenir ve dölenen yumurtalar [embriyo] kadının rahmine yerleştirilir.

Tıbbi olarak, çocuk sahibi olmak isteyen çiftlerin bu yolla başvurması için;

- kocanın hiç sperminin bulunmaması ya da az bulunması,
- yapılan aşılamalarla gebelik elde edilememesi,
- mikro tese yöntemi<sup>10</sup> ile sperm bulunamamış olması,
- sperm morfolojisinde bozukluklar nedeniyle denemelerden sonuç alınamaması,

gerekir.<sup>11</sup>

Koşulları uygun olan erkeklerden belirli kriterler dâhilinde alınan spermlerin, tıbbi olarak çocuk sahibi olması mümkün olmayan kocanın spermleri yerine kullanılması ya da tek başına çocuk sahibi olmak isteyen kadının kullanması amacıyla dondurulup saklanması için oluşturulan kurumlara *sperm bankaları* denilmektedir.

Sperm bankalarına bağıışta bulunan vericilerin üreme hücrelerinin uzun bir inceleme sürecinden geçmesi gerekmektedir.

Ayrıca;

- kan grubu

- tüm biyokimyasal parametreleri
- kalıtsal hastalıkları
- zihinsel ve bedensel özellikleri
- ailesinde herhangi bir hastalığın veya sakatlığın olup olmadığı

araştırılmalı ve sonuçlar tespit edilip kaydedilerek duruma göre hareket edilmelidir. Kural olarak bu kategorilere uyan kişiye serolojik<sup>12</sup> testler yapılmalıdır.<sup>13</sup> Hepsinin negatif çıkması halinde sperm kullanılmak üzere özel yöntemlerle dondurulur. Spermler çok uzun süre soğutularak saklanabilirler.<sup>14</sup>

Verici ile alıcı arasında bazı benzerliklerin bulunması da uygulamada dikkat edilen bir diğer ayrıntıdır. Kan grubu, doğal ten, saç ve göz rengi, boy ve kilo oranları gibi.

## Yumurta Bağıışı

Yumurta bağıışı, herhangi bir kısırlık sorunu olmayan kadınlardan geleneksel tüp bebek tedavilerinde olduğu gibi yumurta hücresi elde edilerek bu yumurtaların anne olmak isteyen bir başka kadın için kullanılmasıdır.<sup>15</sup> Verici kadından elde edilen yumurtalar alıcı kadının kocasının spermleri ile dölendikten sonra alıcı kadının rahmine transfer edilir. Şayet kocada da kısırlık problemi mevcut ise verici kadından elde edilen yumurtalar başka bir verici erkekten elde edilecek spermler ile dölendikten sonra alıcı kadının rahmine transfer edilebilir. Bu durumda çocuk sahibi olmak için hem sperm hem de yumurta bağıışı kullanılmış olur.

Çocuk sahibi olmak isteyen kadının;

- yeterli sayı ya da kalitede yumurta hücresi üretememesi,<sup>16</sup>

<sup>9</sup> Çağrı Kalaça, *Üremeye Yardımcı Teknolojiler ve Tıp Etiği*, s. 3, <http://www.donasyonmerkezi.com/hizmet3.asp>

<sup>10</sup> Mikro Tese, mikroskop altında testisten biyopsi alınmasıdır. Bkz.: Ramazan Mercan, *Azospermi*, 2007, s. 1. Mikro tese: Ağır erkek kısırlığı tedavisinde, üreme kanallarında tıkanıklık bulunmadığında sperm elde etmek için uygulanan cerrahi yöntemdir.

Bkz.: [http://tup-bebek.info/mikro\\_tese\\_micro\\_tese\\_mikro\\_tese.html](http://tup-bebek.info/mikro_tese_micro_tese_mikro_tese.html), <http://www.cyprusivf.net/mikrotese.html>

<sup>11</sup> [http://www.cyprusivf.net/sperm\\_donasyonu.html](http://www.cyprusivf.net/sperm_donasyonu.html), <http://forum.abonem.com/kadin-sagligi/7138-donasyon-bagis.html>

<sup>12</sup> Serolojik Test: Serumda antikor aranmasına dayalı deneylere denir. Yapılan serolojik testlerle mikrobik hastalıklara tanı konur.

<sup>13</sup> [http://www.yumurtaspermibagisi.com/lang\\_tr/sperm-vericilerin\\_taranmasi.asp](http://www.yumurtaspermibagisi.com/lang_tr/sperm-vericilerin_taranmasi.asp)

<sup>14</sup> [http://www.kibristupbebek.com/lang\\_tr/hizmetlerimiz/sperm\\_donasyonu.asp](http://www.kibristupbebek.com/lang_tr/hizmetlerimiz/sperm_donasyonu.asp)

<sup>15</sup> Alper Mumcu, *Yumurta Bağıışı*, 2005.

<sup>16</sup> Bu durum çoğu kez yaşı ileri olan kadınlarda görülürken bazen çok genç kadınlarda da yumurtalardan

- genetik faktörleri,
- kanser ya da başka nedenlerden dolayı yumurtalıkları alınmak zorunda kalınması,
- kemoterapi ve radyoterapi sonrası menopoza girmiş olması,

gibi pek çok faktör üreme hücrelerinin fonksiyonlarını yitirmesine neden olmuş olabilir.<sup>17</sup>

Yumurta bağıışı ile doğacak olan çocuk genetik olarak babasının özelliklerini taşıyacağı halde onu doğuran kadının genetik özelliklerine sahip olmayacaktır.<sup>18</sup>

Yumurta bağıışında bulunacak kişi alıcının tanıdığı biri olabileceği gibi (kız kardeş, akraba, arkadaş vs.) tanımadığı bir kadın da olabilir.

Sperm bağıışında olduğu gibi yumurta bağıışında da vericide birtakım özellikler aranmaktadır. Gelişmiş ülkelerin pek çoğunda konu ile ilgili düzenlemeler vardır. Örneğin Amerikan Üreme Tıbbi Cemiyeti [ASRM] yayınladığı kılavuzda başarı şansını artırmak ve riskleri azaltmak için bazı kurallara uyulmasını önermektedir.<sup>19</sup>

Yine sperm bağıışında vericide aranan belirli yaş aralığında bulunma özelliği burada da aranmaktadır. Yumurta bağıışı yapmak isteyen kadınların 18-35 yaşları arasında olması gerekmektedir.<sup>20</sup>

Ayrıca üreme potansiyeli kanıtlanmış yani daha önceden hamile kalmış kadınlar bu işlem için daha uygun adaylar olarak kabul edilmektedir.

Yumurta vericisi kadınların;

- sistemik hastalıklar
- kalıtsal hastalıklar
- psikiyatrik hastalıklar
- madde ve ilaç bağıımlılığı

- HIV [AIDS] başta olmak üzere HTVL-1 (lösemi virüsü), Hepatit B ve C, Frengi, Bel soğukluğu ve klamidya gibi enfeksiyöz hastalıklar

- kan grubu tespiti

- kan hormon düzeyleri

işlem öncesi incelenmeli ve değerlendirilmelidir.<sup>21</sup>

Ayrıca kistik fibrozis, akdeniz anemisi, ortak hücreli anemi gibi genetik hastalıklar açısından yumurta vericisi kadınların taşıyıcı olup olmadıkları mutlaka incelenmelidir.<sup>22</sup>

## Taşıyıcı Annelik

Üreme hücreleri olmasına rağmen gebelik için tıbbi engelleri bulunan kadınların<sup>23</sup> başvurduğu yöntem *taşıyıcı anneliktir*.

Taşıyıcı annelikte kadının üreme hücrelerinin ve erkeğin üreme hücrelerinin alınıp laboratuvar ortamında döllenmesi sağlanıyor. Neticede elde edilen embriyo taşıyıcı anneye — bebeği dokuz ay karnında taşıyacak ve doğuracak olan kadına— olmak isteyen kadının yumurtasının olmadığı durumlarda ise ya taşıyıcı annenin ya da yumurta bağıışı ile verilecek yumurtanın alınıp döllenmesi sağlanır.<sup>24</sup>

Çocuk sahibi olmak isteyen kadının üreme hücrelerinin olmamasıyla beraber kocanın da üreme hücrelerinin bulunmadığı kimi durumlarda sperm ve yumurta bağıışı ile elde edilecek üreme hücrelerinin laboratuvar ortamında döllenmesi ve taşıyıcı annenin rahmine embriyonun transferi söz konusudur.

Bebek, taşıyıcı annenin vücudundaki besinleri, oksijenleri kullanır; temel besin maddelerini anneden alır. Bebek anne karnında olduğu sürece annenin içinde bulunduğu

yüksek dozda ilaç kullanılmasına rağmen sonuç alamamaktadır.

<sup>17</sup> Alper Mumcu, a.g.m.; Ramazan Mercan, *Oosit Donasyonu*, 2006.

<sup>18</sup> Alper Mumcu, a.g.m.

<sup>19</sup> Alper Mumcu, *Yumurta Bağıışı*, <http://www.mumcu.com/html/article.php?sid=366>

<sup>20</sup> Alper Mumcu, *Yumurta Bağıışı*, <http://www.mumcu.com/html/article.php?sid=366>

<sup>21</sup> Alper Mumcu, a.g.m.; Ramazan Mercan, *Oosit Donasyonu*, 2006.

<sup>22</sup> Alper Mumcu, a.g.m.; Ramazan Mercan, *Oosit Donasyonu*, 2006.

<sup>23</sup> Rahmi alınmak zorunda kalınan, tıbbi sebeplerden dolayı hamile kalması sakıncalı olan vs.

<sup>24</sup> Şükran Şipka, *Taşıyıcı Annelik ve Getirdiği Hukuki Sorunlar*, 2007. [http://www.turkhukuk sitesi.com/makale\\_537.htm](http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_537.htm), <http://www.turkhukuk sitesi.com/showthread.php?t=7788>

psikolojik durumdan etkilenir. Ayrıca annenin AIDS, hepatit ve rubella gibi bazı viral hastalıkları da çocuğa geçer.<sup>25</sup>

## HUKUKİ İNCELEME

### Evli Çiftlere Embriyo Bağışı

#### Açıklama

Embriyo bağışının iki türü vardır. Bunlardan ilki, eşlerin her ikisinin de çocuk yapma yeteneğinden yoksun olduğu durumlarda, dış ortamda —genellikle tüp içerisinde— gerçekleştirilen döllemede kullanılan sperm ve yumurtaların, yabancı kişilere ait olması durumudur. İkincisi de, döllemenin dış ortamda değil de bir başka kadının vücudunda gerçekleştirilerek oluşturulan embriyonun evli kadının rahmine yerleştirildiği durumdur. İki durumda da biyolojik ana-baba ve genetik ana-baba birbirinden ayrılmaktadır.<sup>26</sup>

#### Yabancı Hukuklardaki Düzenlemeler<sup>27</sup>

- Almanya’da Alman Embriyonun Korunmasına Dair Kanun [*Embryonenschutzgesetz*]’a göre, bir kadına üçüncü kişiye ait yumurta hücrelerini aktaranlara (§1 Nr. 1); bir kadının rahminden başka bir kadına nakledilmek üzere embriyo alanlara (§1 Nr. 6); doğumdan sonra çocuğunu temelli üçüncü kişilere bırakacak olan bir kadına [*ikame anne*] yapay dölleme uygulayanlara veya ona embriyo transferi yapanlara (§1 Nr. 7) ve bir yumurtayı başkasına embriyo nakli yapmak üzere dölleyenlere (§2 Nr. 1-2) cezai yaptırımlar öngörülmüştür.
- Kanada’da 29 Mart 2004 tarihli Yardımcı Üreme Teknikleri Kanunu [*Assisted Human Reproduction Act*] ile belli şartlar altında sperm ve yumurta bağışı veya embriyo nakline izin verilmiştir.

- İngiltere’de “Human Fertilization and Embryology Act 1990”a göre hem *sperm bağışı* hem *yumurta bağışı* ve de *embryo transferi* caizdir. [(Section 28 (2))]
- Fransa’da 29.07.1994 tarihli üç yasayla, Fransız Medeni Kanunu’na 311-19 ve 311-20 maddeleri eklenmiştir. Bu değişikliklerle beraber Fransa’da, gerek sperm bağışına gerekse yumurta bağışına izin verilmiştir.
- Avrupa Birliği’nin direktifi ile “40 sayılı yapay dölleme yasasını” 2004 yılında çıkartan İtalya’da Kilise ve Vatikan etkisi ile yasaklayıcı hükümlerin benimsendiğini görmekteyiz. Kanunun 4. maddesinin 3. fıkrasına göre, heterolog döllemeye sadece evli çiftler ve birlikte yaşayan kısır çiftler başvurabilirler. Yani yumurta ve sperm bağışı yasaktır. Buna aykırı davranan doktorlar için 300.000-600.000 Euro arasında para cezası ve 1 ila 3 yıl arası meslekten men cezası öngörülmüştür.
- Yunanistan’da 3089/2002 sayılı Yunan Üreme Tababeti Kanunu’nda heterolog dölleme yöntemine (yani sperm, yumurta ve embriyo bağışından) evli olanlar, birlikte yaşayanlar ve tek yaşayan kadınların da başvurabilmesine izin verilmiştir. Yunan Medeni Kanununun 1460. maddesi 1. fıkrasına göre, yumurta vericisinin (yani donörün) kimliği gizli tutulacaktır.
- Araştırma maksatlı dahi olsa insan embriyosu yaratmak/meydana getirmek Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi ile de yasaklanmıştır. (Madde 18/f.2) Bu maddenin gerekçesi, Sözleşme’nin gerekçe kısmında şu şekilde açıklanmıştır: “*Genetik olarak insan varlığına benzer bir yapı (insan embriyosu) yaratmak suretiyle insan varlığının araç haline getirilmesi, insan bütünlüğüne aykırılık teşkil eder; bu da biyolojinin ve tıbbın kötüye (ahlaka aykırı) kullanıldığı anlamına gelir.*” Görüldüğü üzere burada, uluslar üstü bir kuruluş olan Avrupa Konseyi, kendisine üye olan ülkelerde uygulanmak üzere yeknesak hukuk kuralı ortaya koyarken ahlaki verileri ve en önemlisi insan onurunun vazgeçilmezliğini referans almıştır.

<sup>25</sup> <http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=7788>

<sup>26</sup> Nagehan Kırkbeşoğlu, a.g.e., s. 66.

<sup>27</sup> Nagehan Kırkbeşoğlu, a.g.e., s. 66-68.

## **Türk Hukuku Açısından Embriyo Bağışı**

Embriyo, yumurta ve sperm dölleni sonucunda oluşan cenin gelişimin ilk aşamasındaki hücre grubu olarak tanımlanmaktadır.<sup>28</sup>

Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği'nin 17. maddesinin 1. fıkrasına göre;

"Üremeye yardımcı tedavi yöntemleri uygulanacak adaylardan alınan yumurta ve sperm ile elde edilen embriyoların bir başka maksatla veya başka adaylarda; aday olmayanlardan alınanların da adaylarda kullanılması ve uygulanması ve bu yönetmelikte belirtilenlerin dışında her ne maksatla olursa olsun bulundurulması, kullanılması, nakledilmesi, satılması yasaktır."<sup>29</sup>

Yönetmelik, embriyo naklini yasaklamaktadır. Yasaklara rağmen bu şekilde doğmuş çocuklar, evlilik içinde doğduklarından kocaya ve doğuran kadına hukuki soybağıyla bağlı olacaktır. Ananın soybağını red hakkı olmakla beraber, doktrinde koca, başta rıza gösterip göstermemesine bakılmaksızın soybağını red hakkına sahiptir.

## **Taşıyıcı Annelik**

### **Açıklama**

Avrupa Konseyi'nin "İnsanlarda Yapay Döllenme" hakkında tavsiye kararında kiralık anne, "başka bir kimsenin istemi üzerine, hamilelikten önce buna razı olarak çocuğu taşıyan ve doğumdan sonra istem sahibi bu kimseye teslim eden kadındır." şeklinde tanımlanmaktadır.<sup>30</sup> Kararda, yapay döllenme ile ilgili yapılacak her sözleşmenin katılanların tümünün yazılı muvafakatiyle olacağı belirtilmiştir.

Taşıyıcı annelik 3 şekilde oluşur:<sup>31</sup>

<sup>28</sup> Volkan Erkan, *Kök Hücre Çalışmaları ve Etik*.

<sup>29</sup> Ancak Yönetmeliğin soybağı hukuku açısından herhangi bir yaptırımı yoktur. Serozan, *Çocuk Hukuku*, s. 167.

<sup>30</sup> İsmail Aytaç, *Yardımcı Üreme Tekniklerinin Nesep Hukuku Açısından İncelenmesi*.

<sup>31</sup> İsmail Aytaç, a.g.m.

*Birinci durumda*, kadının vücudu yumurta üretmekte ancak hamile kalması tıbben sınırlıdır. Bu yüzden, kadından alınan yumurta, kocadan alınan sperm dölleni ve taşıyıcı annenin rahmine yerleştirilir. Doğum gerçekleşince de çocuk, genetik malzemenin sahibi anne ve babaya verilir.

*İkinci durumda*, kadının vücudu yumurta üretmemekte ve rahmi de bulunmamakta veya kadının çocuk taşıma ve doğurma yeteneği bulunmamaktadır. Bu halde, kocanın spermli taşıyıcı anneye aşılanır. Yani taşıyıcı anne aynı zamanda genetik anne de olmaktadır. Taşıyıcı annelik yöntemine başvurmak isteyen bekâr erkekler de bu yöntemi kullanmaktadır.

*Üçüncü durumdaysa*, istem sahibi anne ve babanın ikisinin birden üreme yetenekleri yoktur veya kadının gebe kalması tıbben uygun bulunmamıştır. Bu durumda, üçüncü kişilere ait sperm ve yumurta dölleni taşıyıcı annenin rahmine yerleştirilir. Doğan çocuk, istem sahibi ana ve babaya verilir.

Bu işlemin bir ücret karşılığı yapılması, taşıyıcı anneyi ve çocuğu eşya konumuna indirip "araç"laştırdığı için hukuka ve ahlaka aykırı kabul edilmektedir.<sup>32</sup>

Taşıyıcı annelik, beraberinde birçok hukusal sorunu da getirmektedir. Bunlara örnek olarak, çocuğun biyolojik ana ile mi yoksa genetik ana ile mi soybağı kuracağı, bu konuda yapılan sözleşmelerin geçerliliği, çocuğun taşıyıcı anneden zorla alınıp alınamayacağı sorunları gösterilebilir.

Taşıyıcı anne ile genetik ana-baba arasında yapılan sözleşmenin hukuki mahiyeti konusu doktrinde;

"Bu sözleşme kadının üreme hizmetinin kiralanması şeklinde yorumlandığından, taraflardan birinin sözleşmeye aykırı davranması halinde kira akdine aykırılık hükümlerinin uygulama alanı bulacağı; örneğin kadının hamileliği sırasında alkol, uyuşturucu vs. alması ve çocukta bir sakatlık meydana gelmesi durumunda ayıp hükümlerinin uygulanacağı"

<sup>32</sup> Nagehan Kırkbeşoğlu, a.g.e. s. 70-74; İsmail Aytaç, a.g.m.; Şükran Şıpka, *Taşıyıcı Annelik ve Getirdiği Hukuki Sorunlar*.



da ileri sürülmüştür.<sup>33</sup>

### **Yabancı Hukuklardaki Düzenlemeler<sup>34</sup>**

*Alman Hukukunda*, 13.12.1990 tarihli ve 01.01.1991 tarihinde yürürlüğe giren Embriyo Koruma Kanunu ve 01.12.1989 tarihinde değiştirilen Evlatlık İşlemlerinde Aracılık Kanunuyla; yumurta bağıışı, embriyo bağıışı ve taşıyıcı annelik kural olarak yasaklanmış ve cezai yaptırıma bağlanmıştır. Doktrindeki hâkim görüşe göre, taşıyıcı annelik söz konusu olunca çocuk, istem sahibi aileye ancak evlat edinme yoluyla bağlanabilir. Taşıyıcı annenin ve varsa eşinin, taşıyıcı annelik sözleşmesiyle, doğumdan sonra çocuğu istem sahibi çifte evlatlık olarak verme sözü hukuken geçersizdir.

Alman Hukukunda baskın görüş olarak; “Çocuğu doğuran kadın anadır.” karinesi ke-sindir.<sup>35</sup>

*İsviçre’de*, embriyo bağıışı ve taşıyıcı anneliğin her çeşidi Federal Anayasa tarafından yasaklanmıştır. 01.01.2001 tarihinde yürürlüğe giren “Tıbbi Yöntemlerle Desteklenen Üreme Hakkında Kanun” ile bu fiiller cezai yaptırıma bağlanmıştır.

*İngiltere’de*, 1990 tarihli İnsan Fertilizasyon ve Embriyolojisine Dair Kanun taşıyıcı anneliğe bazı durumlarda izin vermiştir. Kanuna göre, yapay dölleme sonucu çocuğu doğuran kadın genetik anne olmasa da, hukuken, çocukla kadın arasında soybağı kurulur. Genetik anne, anne statüsünü evlat edinme yoluyla kazanabilir. Bunun istisnası olarak, evli çifte verilmek üzere ve talep sahibi karı kocanın en az birisinin üreme hücrelerinin kullanılmış olması durumunda, çocuğun doğumundan itibaren 6 ay içinde mahkeme kararıyla, çocuğun nesebi, evli çifte bağlanabilir.

*Fransa’da*, Medeni Kanun’da taşıyıcı anneliğe ilişkin anlaşmaların geçersiz olduğunu belirten özel bir hüküm bulunmaktadır. 29.07.1994 tarihli üç yasa ile her türlü taşıyıcı annelik yasaklanarak, hürriyeti bağlayıcı yaptırıma bağlanmıştır.

*Amerika Birleşik Devletleri’nde*, 1973 tarihli Ebeveyne İlişkin Yeknesak Kanun ile çocuğu doğuran kadının anne olduğu belirtilmiştir. Bunun yanında bazı eyaletlerde, çocuğu doğurup doğurmadığına bakılmaksızın genetik anne gerçek anne kabul edilmektedir.

*Kanada’da*, 29 Mart 2004 tarihli Yardımcı Üreme Teknikleri Kanunu ile taşıyıcı anneliğin ivazlı yapılması yasaklanmıştır.

*15 Ekim 1975 tarihli Evlilik Dışı Doğan Çocukların Hukuki Durumuna Dair Avrupa Sözleşmesi’nde* evlilik dışı doğan çocuklar bakımından annelik ilişkisinin çocuğu doğurma olgusuna dayanması gerektiği belirtilmiştir.

*Avrupa Konseyi*, tavsiye kararında, istisnai durumlarda, ivazsız olarak ve hukuken yaptırım olmayan bir taşıyıcı anneliği kabul etmelerini öngörmektedir.

### **Türk Hukuku Açısından Taşıyıcı Annelik**

Ülkemizde, “Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği” taşıyıcı anneliğe cevaz vermemektedir. Yönetmeliğin 17. maddesinde çiftlerden alınan yumurta ve sperm ile bunlardan elde edilen embriyoların bir başka maksatla veya başka adaylarda kullanılması ve uygulanması yasaklanmaktadır. Bununla birlikte, yönetmelik, evli çiftlere ait embriyonun başka bir kadının rahmine yerleştirilmesini de yasaklamaktadır. Bu hükümlere uyulmadığı takdirde tedavi merkezinin faaliyetlerinin bakanlıkça durdurulacağı belirtilmektedir. Yönetmelik, yasaklara aykırı hareket eden merkezlerin ruhsatnamelerini iptal etmek suretiyle yalnızca idari bir yaptırım öngörmüştür. Ancak yasaklara aykırı hareket edenler için cezai yaptırımlar yoktur. Kanımızca, bu önemli bir ek-

<sup>33</sup> Sinan Yılmaz, *Dünyadaki Uygulama ve Mevzuatımız Açısından Kiralık Rahim*, “Surrogate Motherhood”, 2002.

<sup>34</sup> Nagehan Kırkbeşoğlu, a.g.e., s. 68-70; İsmail Aytaç, a.g.m.; M. Beşir Acabey, *Soybağı*, s. 99-104.

<sup>35</sup> Alman hukukunda analık karinesinin çürütülebilir olduğu yönünde görüşler de mevcuttur.

siktir ve en kısa sürede cezai yaptırımlar düzenlenmelidir.<sup>36</sup>

Birçok batılı ülkede yapay dölllenme yoluyla çocuk sahibi olma, en az evlat edinme ile çocuk sahibi olma kadar önemli bir yere sahiptir. Birçok ülke gerek olumlu gerekse olumsuz olarak yapay dölllenme uygulamalarına karşı düzenlemeler yaparken; ne yazık ki Türkiye’de kanun koyucu yeni Medeni Kanunumuz düzenlenirken bu konudaki sıkıntılara çözüm getirme konusunda suskun kalmayı tercih etmiş, bu kadar önemli konuları, çözüm getirmekten uzak olan Yönetmeliğe bırakmıştır. Taşiyıcı annelik hususunda ise kanun koyucunun cevaplama gereken soru; taşiyıcı annelik sistemini uygulayan kimseler bakımından; dünyaya gelen erkek çocuk ile gönüllü anne ve hatta spermin koca dışında birine ait olması halinde dünyaya gelen kız çocuk ile baba arasında “evlenme engeli” uygulanacak mıdır?<sup>37</sup>

Yurtdışında veya yasal olmayan yollarla taşiyıcı annelik yöntemine başvurulduğu durumlarda hukukî açıdan birçok sorun ortaya çıkmaktadır.

Nesep hukuku açısından, doğuran kadının mı yoksa yumurta sahibi kadının mı anne sayılacağı sorunu baş göstermektedir. Medeni Kanunumuz, (madde 282, f.1) “Çocuk ile ana arasında soybağı doğumla kurulur.” diyerek belirleyici unsur olarak çocuğu doğurmayı esas almıştır.<sup>38</sup> Bu kural o kadar mutlaktır ki; Medeni Kanunumuz anneye soybağını reddetme hakkı dahi vermemiştir.

Taşiyıcı anneyi çocuğu vermeye zorlayan sözleşmeler ahlâka aykırılık dolayısıyla geçersiz kabul edilmelidir. Taşiyıcı annelik durumunda, tarafların çocuk sahibi olmak istemeleri ahlâka ve hukuka aykırı değildir; aykırı olan, doğuran kadının çocuğu üzerindeki tüm annelik haklarından —ivazlı olsun veya olma-

sın— vazgeçeceği veya çocuğu zorla evlat olarak verme yükümü altına gireceği bir sözleşme düzenlemektir.<sup>39</sup> Zira Medeni Kanunumuzun 23. maddesine göre “Kimse hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlandırmaz.” Doğumdan sonra çocuğun evli çiftte devredileceğini öngören sözleşmeler hukuka aykırıdır. Çünkü Medeni Kanunun soybağına ilişkin hükümleri emredici niteliktedir. Ana-baba sayılan kişiler üçüncü kişilerle anlaşılıp onların ana-baba olmasını sağlamazlar.<sup>40</sup>

Çocuğu doğuran kadın evli değilse doğan çocuk, babasına karşı nesepsizdir. Bu durumda çocuğun genetik babaya tanıma yoluyla nesep bağıyla bağlanması mümkündür. (MK, madde 282, 295 vd.) Doğuran kadın evliyse, çocuk evlilik içinde doğmuş olduğundan baba, kadının kocası kabul edilir. Bu durumda çocuğun baba yönünden nesebi vardır. Koca soybağını reddetmediği sürece genetik baba çocuğu tanıyamaz. Çünkü bir erkeğe soybağıyla bağlı çocukların başka bir erkekle nesep bağının kurulması hukukten mümkün değildir. Yürürlükteki Medeni Kanun’a göre, genetik ana-babanın çocuğu alabilmelerinin tek yolu çocuğu evlat edinmeleridir.<sup>41</sup> Bu da taşiyıcı annenin rızasıyla mümkündür. Ayrıca, kanunda yerine getirilmesi gereken başka yükümlülükler de vardır.<sup>42</sup> (MK, madde 309)

Taşiyıcı anne doğurduğu çocuğu evlatlık vermekten kaçınırsa, peşin almış olduğu parasal karşılığı iade etmek zorunda kalır. Bu

<sup>36</sup> Aynı görüşte Nagehan Kırkbeşoğlu, a.g.e., s. 68-79.

<sup>37</sup> Nagehan Kırkbeşoğlu, a.g.e., s. 68-79.

<sup>38</sup> Bu kuralın altında yatan temel düşünce, çocuğu karnında taşıyan ve doğuran kadının çocuk ile arasında biyolojik kan bağı bulunması ve göbük bağı vasıtasıyla çocuğun kendisini taşıyan anne ile bütünleşmesi, nihayet doğum olgusunun annelik için objektif olarak belirlenebilir olmasıdır. Şükran Şıpka, a.g.m.

<sup>39</sup> Nagehan Kırkbeşoğlu, a.g.e., s. 72.

<sup>40</sup> Nagehan Kırkbeşoğlu, a.g.e., s. 73.

<sup>41</sup> Türkiye’de karşılaşılan bir durum da, doğuran kadın yerine, ısmarlayan kadın adına hastaneye kimlik bildiriminde bulunulması ve sanki o doğurmuş gibi çocuğun onun ve kocasının nüfusuna kaydedilmesi olgusudur. Bu durum iki açıdan hukuka aykırıdır. İlki, kadının ya da kocanın diğer yasal mirasçılarının ya da her ilgilinin ihbarı ile Cumhuriyet Savcısı, nüfus kayıtlarının düzeltilmesi davası açabilir. İkincisi de, yeni TCK’nın 231. maddesine göre; “Bir çocuğun soybağını değiştiren veya gizleyen kişi, bir yıldan 3 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” Şükran Şıpka, a.g.m. Ayrıca, Rona Serozan, *Çocuk Hukuku*, s. 167-168.

<sup>42</sup> Şükran Şıpka, a.g.m.

gibi anlaşmaların bağlayıcılıktan eksik bırakılmasıyla izlenen amaç BK 65 kuralının iade yasağının uygulanmasını haklı kılmaz.<sup>43</sup>

Taşıyıcı anne-genetik anne ayrımında doktrindeki görüşlerden biri Hüseyin Hatemi'ye aittir. Hatemi'ye göre doğuran kadın çocuğun annesi kabul edilmeli, ancak, evlenme yasağı ve mirasçılık bakımından her iki kadın da ana sayılmalıdır.

Kanaatimizce, burada taşıyıcı annelik uygulamasındaki alternatifleri değerlendirmek durumundayız.

Mirasçılık açısından iki durum söz konusudur:

- Taşıyıcı annenin mirasçılığının kabul edilmemesi
- Çocuğun taşıyıcı anneye mirasçı olabilmesi (çifte mirasçılık).

Taşıyıcı annenin menfaatleri ile çocuğun menfaatlerinin mukayese edilmesiyle iki farklı sonuca varılmıştır. Taşıyıcı annenin menfaatine üstünlük tanıyan ve çocuğu hukuken iki anneye bağlayan görüş çocuğun mirasçılığını kabul etmez. Çocuğun menfaatine üstünlük tanıyan görüş ise taşıyıcı anneye mirasçı olunmasını gerekli görür. Taşıyıcı annelik konusunda hukuk, çocuğun menfaatlerini üstün tutmak durumundadır.

İkinci durum çocuğa hakkı olanın verilmesi (çifte mirasçılık) gibi müspet bir yön taşıyorsa da; bu mirasçılık ilişkisi münasebetiyle çocuğun icbar edildiği iki anne olgusunun kazanılan mirasçılık karşısında önemsizliği, çocuğun sosyal gelişimi açısından göz ardı edilmemesi gereken önemli bir etkidir. Öyle ki, çocuğun taşıyıcı annenin mirasından pay alması karşısında muhatap bulunduğu iki anne olgusu, öncelikle önem arz etmektedir. Bu durumda çocuğun menfaatlerinin üstün tutulması ve dengelenmesini önceleyen hukuk karşısında arzulanan sonuç elde edilememektedir.

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinde "çocuk... ana-babasını bilme... hakkına sahip olacaktır." şeklindeki hüküm gereği "çocuğun genetik anneyi bilme hakkı saklıdır."

<sup>43</sup> Rona Serozan, *Çocuk Hukuku*, s. 167.

sonucuna varabiliriz. Ancak bu hak, çocuğa hukuki anneyi reddetme olanağı sağlamaz.<sup>44</sup> Çocuğun hukukî anneyi reddetme olanağının bulunmaması, genetik ana-babaya çocuğun biyolojik anneden haberdar edilmesi yükümlünü yüklemektedir ki bu durum çocuğa hakkını teslim etmek anlamına gelmenin yanında onu iki anne olgusuna icbar etmek anlamındadır.

Görüldüğü gibi taşıyıcı annelik yöntemi, her iki durum için de içinden çıkılmaz problemler içermektedir.<sup>45</sup>

## Yumurta Bağışı

### Açıklama

Yumurta bağışında, evli erkeğe ait olan sperm, karısına ait olmayan bir yumurtayla döllenir ve karısının rahmine yerleştirilir. Sorun, doğan çocuğun nesebinde ortaya çıkmaktadır. Zira genetik anne ve biyolojik anne olmak üzere iki anne vardır. Bunlardan hangisinin anne kabul edileceği tartışmalıdır.

### Yabancı Hukuklardaki Düzenlemeler<sup>46</sup>

*Güney Afrika'da* 1987 tarihli Çocukların Kişisel Durumuna Dair Kanun'la neseb hükümleri sperm bağışı ve yumurta bağışını içine alacak şekilde düzenlenmiştir. Buna göre, kocasının rızasıyla evli kadında üçüncü kişilere ait üreme hücrelerinin kullanılması halinde doğan çocuk, onların üreme hücreleriyle oluşmuş gibi evli çifte bağlanır. Üreme hücreleri kullanılan kişiyle çocuk arasında neseb bağı kurulamaz.

*Almanya'da* 1990 tarihli Embriyonun Korunmasına Dair Kanun'a göre bir kadına üçüncü kişiye ait yumurta hücresi aktaranlara, bir yumurtayı başkasına embriyo nakli yapmak için dölleyenlere cezai yaptırımlar öngörülmüştür.

<sup>44</sup> Şükran Şıpka, a.g.m.

<sup>45</sup> Bkz.: Nagehan Kırkbeşoğlu, a.g.e., s. 68-75.

<sup>46</sup> Nagehan Kırkbeşoğlu, a.g.e., s. 56-58; İsmail Aytaç, a.g.m.

*Kanada'da* 29 Mart 2004 tarihli Yardımcı Üreme Teknikleri Kanunu ile belli şartlar altında yumurta bağışına izin vermiştir.

*İngiltere'de*, İnsan Fertilizasyonu ve Embriyolojisine Dair Kanun'a göre yumurta bağışı serbesttir.

*Fransız Medeni Kanunu*, yumurta bağışına izin vermektedir. Bu yolla doğan çocuk ile üreme hücrelerini bağışlayan kişi arasında soybağı kurulamaz.

### **Türkiye'deki Düzenleme**

Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği, sadece evli çiftlere ait üreme hücrelerinin kullanılmasıyla yapay döllemenin gerçekleşmesine izin vermektedir. Bundan dolayı yumurta bağışı ülkemizde yasaktır. Buna rağmen gerçekleştirilen yapay dölleme sonucunda çocuğun ana yönünden soybağı sorunu ortaya çıkmaktadır.

Doktrinde, genetik ananın, biyolojik ananın veya her iki ananın da anne kabul edileceğini<sup>47</sup> savunan görüşler mevcuttur. Medeni Kanunumuz, çocukla ana arasında soybağının doğumla kurulacağını tespit etmek suretiyle doğuran kadının analığını üstün tutmuştur.<sup>48</sup> (MK, madde 282/1) Ancak biyolojik analığa üstünlük tanınması, ileride çocuk açısından bazı sakıncalar da doğurmaktadır.

Biyolojik anneliğe üstünlük tanınması durumunda çocuğun yakın kan hısımlarıyla farkında olmadan evlenme riski söz konusudur. Bu olasılığı bertaraf edecek yasal düzenleme bulunmamaktadır. Hem yumurta veren kadının hem de doğuran kadının anne-

liğinin nüfus siciline tescili, bir çözüm olarak önerilebilir.

### **Sperm Bağışı**

#### **Açıklama**

Spermin donörden alınarak çocuk sahibi olamayan kişi/kişilere verilmesi suretiyle gerçekleşen hukuki işleme sperm bağışı, bu işlemin genel itibarıyla gerçekleştirildiği merkezlere sperm bankaları denmektedir.<sup>49</sup>

### **Yabancı Hukuklarda Sperm Bağışı<sup>50</sup>**

*İngiltere'de*, İnsan Fertilizasyonu ve Embriyolojisine Dair Kanun'a göre eğer koca rıza vermişse üçüncü kişinin spermiyle hamile kalan karısından olan çocuğun nesebini reddedemez. Ayrıca, İngiltere'de sperm donörlerinin kimliklerini gizleme hakkına son verilmiştir.<sup>51</sup>

*İsviçre'de* üçüncü kişinin sperminin kullanılmasına rıza veren koca nesebi reddedemez. Çocuk, reşit olunca 1 yıl içinde ana ve babasının ayrılmış olması şartıyla nesebini reddedebilir. İsviçre Federal Anayasası yumurta ve sperm bağışını yasaklayan genel bir hükme yer vermemiştir.

*Güney Afrika'daki düzenleme*; çocukların Kişisel Durumuna Dair Kanun'la üçüncü kişilere ait üreme hücreleriyle doğan çocuğun, evli çiftin çocuğuymuş gibi çifte soybağı ile bağlanması şeklindedir. Üreme hücresi kullanılan kişiyle çocuk arasında soybağı kurulamaz.

<sup>47</sup> Çifte analık durumu beraberinde başka problemler getirebilir. Çünkü eğer iki ana da evliyse, çocuk için çifte babalık da söz konusu olabilir. Bu da, velayet hakkı ve miras konularında sorunlar çıkarır. Ayrıca, hukuken bir kimsenin aynı anda iki ana-babası olmaz. Nagehan Kırkbeşoğlu, a.g.e., s. 73-75.

<sup>48</sup> Analık karinesi bir kesin karinedir. Bu yüzden ananın soybağını red hakkı yoktur. Yine de babaya tanınan soybağını red hakkının kıyasen anaya da tanınmasını savunan görüşler de mevcuttur. Katıldığımız görüşe göre, bu durumda kıyas mümkün olmamalıdır. Kıyas birbirine benzeyen durumlarda uygulanabilir ve aldatılan koca (görünürdeki baba) ile 3. kişiye ait yumurta ile döllenen embriyoyu taşıyan kadın arasında büyük fark vardır.

<sup>49</sup> Sperm bankalarının bir başka faaliyet alanı da tıbbi ve bilimsel araştırmalara sperm sağlamaktır. Duyurular da sadece uygulama için para alındığı yazsa da bağışçıların da para aldığı bir gerçek. Şamil Demir; **Sperm ve Yumurta Bankalarıyla Gelen Nesep Sorunları**.

<sup>50</sup> Yapay döllemenin en çok uygulandığı ülkeler ABD ve İsrail'dir. Çoğunluğun Katolik mezhebine mensup olduğu ülkelerde ise Sperm Bankaları fazla tutunmamıştır. Nagehan Kırkbeşoğlu, a.g.e., s. 60-66; İsmail Aytaç, a.g.m.

<sup>51</sup> Avustralya, Hollanda ve İsveç'te de donörler artık kimliklerini gizleyememektedir.

*Alman Medeni Kanununda* 1998 tarihinde yürürlüğe giren değişiklikle, anneye, hem kendi adına hem de çocuğun yasal temsilcisi sıfatıyla dava açma yetkisi tanınmıştır. Ancak, 2002 yılında yürürlüğe giren “Çocuk Haklarını İyileştirme Yasası” ile istisnai bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre, annenin ve kocasının rızasıyla başka bir erkekten alınan sperm hücreleri kullanılmak suretiyle yapay yoldan dölenen ve bunun sonucunda dünyaya gelen çocuğun, baba yönünden soybağı ne koca ne de anne tarafından reddedilebilir. Çocuğun soybağını reddetme hakkı saklıdır.

*Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme*, çocuğun soyunu öğrenme, genetik ana-babasını tanıma ve onlarla birlikte bulunma hakkını çocuğun onurlu kişiliğinin ve kimliğinin ayrılmaz bir parçası kabul etmiştir.<sup>52</sup>

Son yıllarda birçok sperm bankası donörlerle kimliklerinin gizli kalmaması şartıyla çalışmaktadır. Buna göre, 18 yaşını dolduran çocuk bankadan genetik babasıyla ilgili bilgileri elde edebilmektedir. Hukuk düzenlerindeki genel eğilim, çocuğun menfaati gerektirdiği için, çocuğun babasını tanıma hakkını korumaktadır.

Çocuk tarafından, sperm donörüne karşı babalık davası açılıp açılmayacağı tartışmalıdır. Birçok ülkede (örnek, İsviçre) donöre karşı babalık davası yolu kapatılmıştır.<sup>53</sup> Katıldığımız görüşe göre, çocuğun menfaati gerektirdiğinde, sperm donörünün gizli kalma hakkı ve doktorun sır saklama yükümü geri çekilmelidir.<sup>54</sup>

### **Türk Hukukunda Sperm Bağışı**

Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği'nin 17. maddesinde ve 2 nolu Ekinde sperm bağışını yasaklanmıştır. Ancak, bu yola başvurmak isteyenler yurtdışına çıkmakta veyahut illegal yollarla yurtiçinde bu

işlemi uygulamaktadır. Bu işleme başvurulara karşı cezai bir müeyyide söz konusu değildir. Yalnızca, işlemi gerçekleştiren kuruma idari yaptırımlar uygulanmaktadır. Sperm Bağışı ülkemizde yasaklanmakla beraber, yurtdışında bu işleme başvurmak isteyen kişilere danışmanlık hizmeti verilmektedir. Ayrıca, ülkemizde illegal sperm bankalarının mevcut olduğu da iddia edilmektedir.

Sperm bağışından yararlanılarak dünyaya getirilen çocuğun babayla soybağının tespiti açısından problemler ortaya çıkmaktadır. Bu konu doktrinde kocanın işleme rızasını verip vermemesine göre ayrılmaktadır.<sup>55</sup>

Doktrindeki bir görüşe göre, kocanın böyle bir rıza vermesi ahlaka aykırı olmakla beraber, daha sonra soybağını reddetme hakkından feragat etmiş sayılmasına neden olur, yani soybağını red hakkını ortadan kaldırır.<sup>56</sup> Ancak işlem kocanın rızası olmadan gerçekleşmişse, koca çocuğun soybağını reddedebilir.

Koca yapay döllenmeye izin vermekle beraber, başka bir erkeğe ait sperm, onun ve karısının rızası dışında yapay döllenmede kullanılmışsa, bu durumda da kocanın soybağını reddedememesi gerektiği savunulmaktadır. Zira yapay döllenmeye rıza veren koca bunun sonuçlarına da katılmak zorundadır. Çocuğun yararı bunu gerektirir.<sup>57</sup>

Bu konuda bir başka görüşe göre, karısının yumurtasının üçüncü kişinin sperm ile döllenesine kocanın rıza göstermesi, dürüstlük ilkesi ve güven sorumluluğuna göre sadece, çocuğa ergin oluncaya kadar nafaka ödemekle yükümlü olması sonucunu doğurmalıdır. Kocanın soybağını red hakkını etkisizleştirmemelidir. Bu görüşün yasal dayanağı soybağını red hakkının bir kişilik işlemi hakkı olması ve bu haktan, önceden feragat edilememesidir.<sup>58</sup>

Netice itibarıyla sperm bağışı yoluyla dünyaya gelen çocukları ilgilendiren hukukî sorunların henüz gündeme gelmemiş olması,

<sup>52</sup> Kırkbeşoğlu'nun görüşüne göre, donörün kimliği, soybağının çocuk tarafından reddedilmesine kadar gizli tutulmalı; çocuğun soybağını ret hakkını kullanmaya karar vermesinden sonra bu bilgiler açıklanmalıdır. Aile huzurunun korunması açısından, bu bilgiler ret girişimine kadar gizli kalmalıdır.

<sup>53</sup> Serozan, *Çocuk Hukuku*, s. 213.

<sup>54</sup> Serozan, a.g.e. s. 214.

<sup>55</sup> Nagehan Kırkbeşoğlu, a.g.e., s.60-66; İsmail Aytaç, a.g.m.; Rona Serozan, *Çocuk Hukuku*, s.183-184.

<sup>56</sup> MK, 2/2 Hakkı Kötüye Kullanma Yasağı.

<sup>57</sup> Serozan, a.g.e., s. 183.

<sup>58</sup> Nagehan Kırkbeşoğlu, a.g.e., s.64.

ileride de gelmeyeceği anlamına gelmez. Acilen bu konuda yasal düzenlemeler yapılmalı ve sperm bankaları bir yönetmelikle değil, kanunla yasaklanmalıdır.<sup>59</sup> Yapay dölleme uygulamalarının yapılaş usul ve esasları, sınırları, şartları açık bir şekilde belirtilmelidir. Bu kadar hassas bir konuda hukuki boşluğun hâkimin yarattığı hukuka göre çözümlenmesi uygun ve yeterli değildir.<sup>60</sup>

## EK-1

### Eşcinsel Birliktelikler ve Evlilik Benzeri Birlikteliklerde Yapay Döllenme<sup>61</sup>

Bazı ülkeler eşcinsel çiftlere, bir nevi evlilik statüsü kazandıran gönüllü birliktelik<sup>62</sup> izni vermektedir. Bu uygulamaya yer veren bazı ülkeler çiftlere evlat edinme veya yapay döllenme yollarına başvurma hakları tanımışlardır.<sup>63</sup>

Yardımcı üreme tekniklerinin aile kavramında yarattığı değişikliğe ek olarak, bu tarz ilişkilerde bu yolun açılması daha da büyük

ahlaki çöküntülere yol açabilecek niteliktedir. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında,

“... çocuğun saadeti ve kamu menfaati açısından evlilik benzeri yaşam beraberliğindeki çiftlerin heterolog döllenmeye yönelik, kişisel özgürlüğe dayanan mutlak bir hakka sahip olduklarından söz edilemez.”<sup>64</sup>

demek suretiyle bu düşüncüyü teyit etmiştir.

Bu düzenlemelere rağmen Batı’da eşcinsel çiftler bekâr sıfatıyla Sperm Bankalarına başvurarak çocuk sahibi olabilmekte ve bu çocuklar çift tarafından yetiştirilmektedir. Bu durum, hem kamu menfaati hem de çocuğun menfaati açısından sakıncalıdır.

Ülkemizde bu tarz birliktelikler ahlaka aykırı kabul edildiğinden ve pozitif hukuk sistemimiz tarafından tanınmadığından bu çiftlerin evlat edinme veya yapay döllenme imkânı ile çocuk sahibi olmaları mümkün değildir.

## EK-2

### Sperm Bankalarıyla İlgili Ek Bilgiler

Sperm Bankalarına başvuruda sürece bir örnek: Cryos Sperm Bankası

1. Sperm bağıışı isteyen kadın veya klinik, bankaya müracaat ediyor.
2. Banka müşteriye tıbbi ve yasal şartları anlatıyor.
3. Müşteri şartları kabul ederse ödemeyi yapıyor.
4. Müşteri, kimliğini gizlemek istemeye bağıışçılar arasında, fotoğraflarına ve tüm kişisel bilgilerine bakarak bir seçim yapıyor.
5. Banka, istenen spermi müşterinin tedavi göreceği kliniğe gönderiyor.

<sup>59</sup> Benzer görüşte; İsmail Aytaç, a.g.m.; Nagehan Kırkbeşoğlu, a.g.e., s. 87; Acabey, a.g.e., s. 182.

<sup>60</sup> Soybağı Hukukuyla ilgili olarak Turgut Akıntürk’ün *Aile Hukuku* isimli eserinden faydalanılmıştır.

<sup>61</sup> Nagehan Kırkbeşoğlu, a.g.e., s. 80-85.

<sup>62</sup> Tescilli birlikte yaşama; hemcins ya da farklı cinsten kişilerin beraberliklerini, ilgili sicili tutmakla görevli memur önünde hür iradeleriyle beyan etmeleri sonucu görevli memurca tescilinin yapılarak kurulan aile hukuku kurumudur.

<sup>63</sup> Almanya’da 1 Ağustos 2001 tarihinde yürürlüğe giren “Gönüllü Beraberlik Yasası” (*Lebenspartnerschaftsgesetz*)’na göre, Almanya devleti bu kapsamda birlikte yaşadıklarına dair ilgili sicile kayıt yaptıran çiftlere (eşcinsel çiftler de dahil) sigorta, miras, birbirinin soyadını alabilme ve finansal haklar da dahil olmak üzere birçok hak tanımaktadır. 1 Ocak 2005 tarihinde yürürlüğe giren ve Gönüllü Beraberlik Yasası’nda değişiklik yapan yasa ile, eşlerden birisinin çocuğunun diğeri tarafından evlat edinebilmesi, ayrılma durumunda eşlerin yasal haklar talep edebilmeleri ve nafaka gibi yenilikler ile eşcinsel çiftlere verilen hakların kapsamı da genişletilmiştir. Her ne kadar kabul edilen yasa Alman eşcinsel çiftlerine beraberce evlat edinme hakkını vermese de farklı cinslerdeki eşlerden birisinin çocuğunun diğeri tarafından evlat edinilebilmesi Almanya’da olumlu bir adım olarak görülmektedir.

<sup>64</sup> BGE 119 Ia 483.

## TIP ETİĞİ VE TOPLUM AHLÂKI AÇISINDAN İNCELEME

### Deontoloji ve Etik

Yeni üreme tekniklerinin uygulanmasında geçerli olabilecek ahlâksal sınırların belirlenmemesi, etik kurallarının bulunmaması, hatta mevcut yasal düzenlemenin yetersizliği; konunun farklı platformlarda, farklı açılardan (ahlâksal, etik ve yasal) tartışılmasını zorunlu kılmaktadır.

Yardımcı üreme yöntemleri her şeyden önce tıp etiğinin sahasına girmektedir.

Etik, inceleme ve fikir üretme aşamasında bir tartışma zemini. Etik laboratuvarından çıkan ilkeleşmiş görüşler “deontoloji” kapsamına girerler. Deontoloji; “yükümlülükler bilgisi” olarak karşılık bulabilir. Bu anlamda deontoloji “ne yapmalı” ya da “ne yapmamalı” sorularına toplumun belirlediği ve ayrıca yaptırımlarla donattığı kuralların bilgisidir. Yani, deontolojinin dile getirdiği yükümlülükler tartışmasız ve zorlayıcı bir nitelik taşımaktadır.<sup>65</sup> Bir başka deyişle, “deontoloji” yazılı olsun olmasın, kökleşmiş ilkeleri ve kuralları içeren ve bunları tartışmasız bir “normatif bilgi” olarak aktaran bir alandır. Bu bilgiler ışığında, yardımcı üreme yöntemlerinin tartışma zemininin etik olduğu sonucuna ulaşabiliriz.

Etik, ilk gündeme geldiği antik çağ filozoflarından bu yana, “değerler dünyası” ile ilgilidir. “İyi”nin (ve “kötü” nün) ne olduğu, mutlak “iyi” nin olup olmayacağı onun temel sorunsalıdır. Buna göre, tıp uygulaması içindeki değer sorunlarına yaklaşımımız olan “iyi” ve “kötü” nün hangi değer ölçülerine göre belirlenebileceği, tıp uygulaması içerisinde gerek “toplumsal”, gerekse “evrensel” nitelikli değerlerin olup olmayacağı, tıp etiğinin temel amaçları arasında sayılabilir. Tıbbi etik bu temel amaçlardan yola çıkarak bugün tıp uygulaması sırasında karşılaşılan değer sorunlarına yaklaşımımızın temellerini atmaya çalışır.

Etiğin biyolojideki karşılığı *biyoetik* kavramı olarak ortaya çıkmıştır. Biyoetik genel olarak canlı bilimi alanındaki insan tutum ve davranışlarını ahlaki prensip ve değerler ışığında inceleyen sistematik çalışmalar olarak izah edilmektedir.<sup>66</sup>

### Zarar Vermeme ve Olasılık-Risk Faktörü

Biyolojideki gelişmeler karşısında ahlâki değerler hukuk düzeni tarafından korunmaya değer görülebilir ve birer hukuk kuralı haline dönüştürülebilir. Tıp ve ahlak konularında uzmanlardan oluşan komite veya kuruluşların kurulmasına izin verilip biyotıp alanındaki teknolojik gelişmelerin sebep olduğu karmaşaya hukuk sisteminin çözüm getirmesi sağlanmalıdır.<sup>67</sup>

Yardımcı üreme teknikleri aracılığıyla çocuk sahibi olması güç yahut imkânsız kişiler çocuk sahibi olmakta, değişen dünyanın sunduğu teknolojik imkân sayesinde bugüne kadar imkânsız görüneni başarmaktadırlar. Fakat meselenin ciddi olması, üreme gibi bir olayın yöntem değişikliğine uğraması, doğal dengeye ters bir durumdur ve muhakkak değişik açılardan incelenmelidir. Öyle ki, dezavantajları avantajından çok görüldüğü takdirde avantajlardan feragat edilmelidir. Bu davranış tıp etiğinin “zarar vermeme” ilkesine de uygun düşer. Tıp uygulamasında, çağlar boyunca, “öncelikle zarar vermeme” ilkesi uyarınca hekim başvuracağı girişimin ve tedavinin yararı ile zararını tartmak zorundadır. Bu da “olasılık” ve “risk” faktörlerinin iyi bilinmesine dayanır. Hiçbir zaman bunun tersi, bir etik ilke olarak savunulamaz. “Sorun” yahut “dezavantaj” olarak gördüğümüz meseleler teknik tıp bakımından sorun olmayıp, tıp etiğinin gereği olarak tıbbın muhatap alması gereken sosyoloji ve psikoloji bilimlerinin sahasına girmektedir. Toplum açısından asıl büyük problem bu sahalarda olduğundan bu bilimlerin ışığında yapılan değerlendirmeler tıp biliminin karar ve fiilleri bakımından muteber sayılmalıdır.

<sup>65</sup> Berna Arda-Serap Şahinoğlu Pelin, *Tıbbî Etik Tanımı, İçeriği, Yöntemi ve Başlıca Konuları*, 1995.

<sup>66</sup> Nagehan Kırkbeşoğlu, a.g.e., s. 6.

<sup>67</sup> Nagehan Kırkbeşoğlu, a.g.e., s. 6-7.

## Yaradılış ve Denge

Üremeye yardımcı teknikler, genetik ebeveynlik, çekirdek aile, çocukların yararı, ahlâk konularında tartışmalara yol açmıştır. Akılları karıştıran bir yön de bu tekniklerin baş döndürücü bir hızla ve kontrolsüz biçimde ilerlemesidir.

Ahlâk çift yönlü oku olan bir kavramdır. Bir yandan kişinin tutum ve davranışları için kullanılırken, öte yandan toplumun benimsediği değer sistemlerinin de adıdır. Yardımcı üreme tekniklerinin bu anlamda, toplumumuzun değer sistemlerine aykırı sonuçlar getirmesi, meselenin ahlâkî boyutunun incelenmesinin yerindeliğine işaret ediyor.

Kâinat düzeni; bir çocuğun olmasında, genetik özelliklerinin ve cinsiyetinin belirlenmesinde ve dünyaya gelmesinde kendi denge kurallarını kullanmaktadır. Oysa yeni üreme tekniklerinin bunları isteğe göre belirleme yeteneğine sahip olması, yaradılıştaki denge kurallarını bozabilmekte ve bunun sonucunda da insanlığı tehdit edebilecek olan tehlikelerin ortaya çıkmasına neden olabilmektedir. İşlemler, kainatın yaradılışındaki düzene olduğu kadar insan doğasına da aykırıdır. Bu teknikler; birden fazla embriyo oluşturulmasına ve genetik özellikleri belirlemeye fırsat tanınması nedeniyle, insanlığın geleceği için tehdit oluşturmaktadır.<sup>68</sup>

## Diyanet İşleri Başkanlığının Görüşü

Bu araştırmayı yaparken toplumumuza din anlayışında aydınlatıcı bilgiler vermesi için oluşturulmuş kurum olarak Diyanet İşleri Başkanlığının konuya ilişkin görüşlerini de almayı ihmal etmedik. Diyanet İşleri Başkanlığının Dini Sorular Komisyonu'na sorduğumuz soru ve cevaplarını aşağıya alıntılanmış bulunuyoruz:

### Sorumuz

Yardımcı üreme tekniklerine mensup bulunan sperm bağışısı yani evli bir kadının yumurtalarının bilinmeyen bir erkeğin spermisiyle

döllenip kadının rahmine yerleştirilmesi sonucu gebelik; yumurta bağışısı yani bilinmeyen bir kadına ait yumurtanın çocuk sahibi olmak isteyen bir kadının eşinin spermisiyle döllenip kadın eşin rahmine yerleştirilmesiyle olan gebelik; embriyo bağışısı yani bilinmeyen bir çiftte ait ceninin çocuk sahibi olmak isteyen bir kadının rahmine yerleştirilmesiyle olan gebelik ve son olarak evli çiftin embriyosunu doğunca çiftte vermek amacıyla karnında taşıyan kadınları ifade eden taşıyıcı annelik durumlarıyla ilgili diyanetin görüşü nedir?

### Cevap

“Kadın veya erkekteki bir kusur sebebiyle, tabii ilişkiyle gebeliğin gerçekleşmesi mümkün olmadığı takdirde;

- Döllendirilecek yumurta ve sperm, her ikisinin de nikâhli eşlere ait olması,
- Döllenmiş olan yumurta, başka bir kadının rahminde değil, kendi rahminde (yumurtanın sahibi olan eşin rahminde) gelişmesi;
- Bu işlemin, gerek anne-babanın; gerek doğacak çocuğun maddî, ruhî ve akli sağlığı üzerinde olumsuz bir etkisinin olmayacağı tıbben sabit olması şartıyla, evli hanımların, çeşitli tıbbi yollarla gebeliklerinin sağlanmasında,

İslâmî hükümler açısından bir sakınca görülmemektedir.

Başka kadının yumurtası veya kocası dışında yabancı bir erkekten alınan sperm ile bir kadının gebeliğinin sağlanması veya taşıyıcı annelik ise caiz değildir.

Elden gelen tedavi yapıldığı halde meşru yoldan çocuk sahibi olunamıyorsa hakkımızda hayırlı olanın bu olduğunu kabul ederek Allah'a teslim olmak gerekir. Çünkü;

“Göklerin ve yerin mülkü (hükümrânlığı) Allah'ındır. O, dilediğini yaratır. Dilediğine kız çocukları, dilediğine erkek çocukları verir. Yahut o çocukları erkekler, dişiler olmak üzere çift verir, dilediği kişiyi de kısır yapar. Şüphesiz O, her şeyi hakkıyla bilendir, hakkıyla gücü yetendir.” (Şura, 42/49-50)

Bu ayetlerde biri inanç diğeri ahlâk alanıyla ilgili iki ana tema dikkati çekmektedir.

<sup>68</sup> Nermin Ersoy, *Yapay Döllenmenin Etik Konuları*, 1996,



İnançla ilgili olarak şu mesajın verilmek istendiği söylenebilir:

Evrendeki hiçbir varlık ve oluş Yüce Allah'ın hükümrânlığı dışında düşünülmemelidir; insanlar için büyük önem taşıyan çocuk sahibi olma ve çocuğun cinsiyeti konusunda —tıbbî müdahalelerin etkileri dahil olmak üzere— insan irade ve çabasının ürünü gibi görünen sonuçların da gerçekte ilâhî iradeden bağımsız olmadığı ve Allah Teâlâ'nın koyduğu yasalar çerçevesinde gerçekleştiği asla göz ardı edilmemelidir.

Buna bağlı olarak verilmek istenen ahlâkî mesaj da şu olmaktadır: Şura 49. âyetin lafızlarından açıkça anlaşıldığı üzere, ister kız ister erkek cinsinden olsun, doğan her çocuk Allah'ın bağışi ve armağanı olduğuna, erkek ve kız çocuklarına birlikte sahip olmak da çocuksuz kalmak da ilâhî iradeye bağlı bulunduğuna göre, çocuk sahibi olma veya olamama, kız veya erkek çocuğunun dünyaya gelmesi insanlar için bir övgü veya yergi konusu olmamalı, bir üstünlük ya da kusur gibi görülmemelidir.

Kulun görevi, çocuk sahibi olmuşsa —bazı ayetlerde dünya hayatının süsü olarak nitelenen— bu armağanı veren Allah'a şükretmek, istediği veya gerekli meşru sebeplere tevessül ettiği halde çocuk sahibi olamamışsa —sınav alanı olan dünya hayatında insanların sağlık, vücut tamlığı vb. bütün nimetlerde eşit tutulmadıklarını dik-kate alarak— sabretmektir.

İnsanın çocuk sahibi olmayı ve bunun mutluluğunu yaşamayı arzu etmesi doğaldır ve din bunu kınamaz. Fakat ister bu ister başka konuda bir kimsenin gerçekleşmesini arzuladığı bir sonucu kendi hayatı ve mutluluğu için vazgeçilmez görmesi sonuçta kendisi için neyin iyi neyin kötü olduğunu daha çok kendisinin bildiği iddiasında bulunması gibi bir anlam taşır. Böyle bir tutumun yanlışlığı ve ilâhî takdire rıza göstermeme anlamı taşıdığı ise açıktır.

Bu yanlışlığa düşülmemesi için Kur'an'ın yaptığı uyarılardan biri şöyledir:

*“Savaş, hoşunuza gitmediği halde, size farz kılındı. Olur ki, bir şey sizin için hayırlı*

*iken, siz onu hoş görmezsiniz. Yine olur ki, bir şey sizin için kötü iken, siz onu seversiniz. Allah bilir, siz bilmezsiniz.”* (Bakara 2/216)

Kaldı ki böyle bir durumda kişinin kendisini şartlandırıp gücü ve iradesi dışındaki bir sonucun meydana gelmesini isteme uğruna hayatını karartması yerine, sahip olduğu nimet ve imkânları başkalarıyla paylaşmaya çalışması, meselâ kimsesiz çocuklarla ilgilenmenin mutluluğunu yaşamayı ve bunun ecrini Allah'tan beklemesi daha akılcı, hem dünya hem âhîret saadeti için daha elverişli bir yoldur.

Daha geniş bilgi için Sitemizin “Kurul Kararları ve Mütalaaları” başlığını tıklayarak “Tüp Bebek” ve “Günümüz Tıp Dünyasında Tartışılan Tüp Bebek ve Kök Hücre Gibi Yeni Uygulamaların İslam Dini Açısından Değerlendirilmesi” bölümlerine bakabilirsiniz.”

### Sınırsız Tasarruf Yetkisi mi?

Yardımcı üreme tekniklerinde kaydedilen ilerlemeler hasta olan ebeveyni tedavi etmekten öte, tedavi edilemeyecek ebeveyni başka bir alternatif sunabilme ve bireyin başka yollardan anne-baba olma duygusunu tatmin etmeye çalışmaya yöneliktir. Bu bağlamda, insan gametlerinin deneysel amaçlarla kullanılması, insan embriyosuna ruhsuz bir obje gibi davranılması da ahlâken kabul edilebilir gibi değildir. Bu teknikler insana saygıyı tehdit edecek ve insan onurunu zedeleyecektir. Çünkü embriyo genetik olarak bireyselleşmiştir ve embriyoya herhangi bir deney materyali gibi davranmak ahlâken kabul edilemez. İnsan gametleri deneysel amaçlarla kullanılmakta ve bu doğrultuda birçok embriyo maddeden farksız olarak fütursuzca tahrip edilmekte, insana ve insani değerlere saygı ortadan kaldırılmaktadır.

Korunmasız durumda olan ve onay verme yeterliliği olmayan bir mahlûkun hayatını derinden etkileyecek özelliklerinde, bir başkasının bu derece geniş takdir yetkisi kullanabiliyor olması; tıp etiği ilkelerinden olan insan yaşamına saygı ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Hukukî olarak da malikin mülkiyeti üye-

rindeki sınırsız tasarruf yetkisini hatırlatır nitelikte olduğundan insan onuruna yakışır olmaktan uzaktır. Bu tekniklerle anne, çocuğu üzerinde âdeta sınırsız olan mülkiyet hakkına kavuşmuştur. Oysaki burada bir mülk-mülkiyet-malik münasebeti bulunmamaktadır. Yardımcı üreme teknikleri, insan olmanın değerini, hakkını savunabilme ve kendini koruyabilme gücüne indirgemıştır ki bu anlayış; etik manada olsun hukukî manada olsun kabul edilebilir bir insan hakları tasavvurunun mahsulü olamaz. Yardımcı üreme teknikleri hukuk felsefesini ve ahlâkın temel ilkelerini yok eder gibi davranmaktadır.

Sebepler olduğu onca olumsuzluk düşünüldüğünde tıp bilimi açısından bir başarı olmaktan öteye gidemeyen yardımcı üreme teknikleri gereğince yapılan sonu gelmez deneylerin de ahlâkî bir dayanağı yoktur. Yardımcı üreme tekniklerinin yasal olarak uygulandığı ülkelerde yapılan deneylerin sağlıksızlığı anne babayı olumsuz etkilediği gibi, genetik hesaplamalarda yahut tahlillerde yapılan yanlışlıklar çocuğun özürsüz doğmasına sebep olabilmektedir. Bu ihtimal düşük sayılmayacak derecededir. Çocuğun maruz kaldığı genetik rahatsızlık karşısında ilgili kurum ve anne-baba çözüm bulmakta büyük sıkıntı çekmekte ve bu vakalar olaya özgü normlar uyarlanarak çözümlenmeye çalışılmaktadır.<sup>69</sup>

## Öjenik/Sapkınlık

Konunun bir boyutu da işlemin ticari bir yönü olmasıdır. Böylesine hassas, insan yaşamı, kutsallığı ve dokunulmazlığı ile alâkalı bir konunun ticarete dökülmüş olması, gametlerin adeta pazar malına dönüşmesi, para karşılığı satılması ve böyle bir sektörün oluşması nihayetinde bu pazarın günden güne genişliyor olması toplum yapısında, kısa ve uzun vadede ahlaki çöküntüleri de beraberinde getirecektir. Yardımcı üreme tekniklerinden faydalanan merkezlerde ticari kaygıların ağırlık kazanması; hassasiyetlerin göz ardı edilmesine, inanç, ahlâk gibi toplum düzenini sağlayan kurallardan bîhaber bir düzene neden olmaktadır.

<sup>69</sup> En bilineni Brittany Donovan Davası: Genetik faktörlerdeki isabetsizliklerden ötürü engelli doğuyor.

Sperm bağıışı ile ilgili akla gelen sorunlardan birisi kimlerin donör olacağıdır? Biyolojik ve genetik açıdan sağlıklı olanlar mı? Estetik ve sosyal statü açısından "iyi" durumda olanlar mı?" (Bu düşünceler ve beraberindeki tartışmalar "öjenik"<sup>70</sup> kavramını ve sapkınlığını çağrıştırmaktadır.) Biyolojik ve genetik açıdan sağlıklı donörler "kaç kez verici olabileceklerdir? Bir defadan fazla, verici konumunda olduğunda, bu aynı ana ya da babaya sahip çocukların sayısında artışa neden olacaktır. Bu ise bireylerin tanımadıkları birçok kardeşleri olmasına hatta ilerde bu kardeşlerin bilmeden evlenmelerine bile neden olabilecektir.

Donörlerin kimliği aileye ya da doğacak çocuğa açıklanmalı mıdır? Bu soruya verilecek her iki yanıtın da sakıncaları vardır. Açıklanmalıdır yanıtı, aile yapısında ve çocuğun ruhsal durumunda olumsuz etkiler yaratabilir. Açıklanmamalıdır yanıtı ise, ileriye yönelik birçok sorunu beraberinde getirebilir.<sup>71</sup>

Gamet bankaları bireylere istedikleri cinsiyetteki çocuğa sahip olma olanağını da sağlayabilir. Bunun sonucu olarak (özellikle bizim gibi gelişmekte olan ülkelerde) kız/erkek çocuk oranı bozulabilir.

Peki, bağıışlardan yalnızca evli olanlar mı yararlanabileceklerdir? Yoksa bekâr bayanlar da istedikleri spermi alabilecekler midir? Bu durum toplumdaki aile yapısını etkilediği gibi doğacak çocuk açısından da nesep sorununu ve bireysel olumsuz psikolojik etkileri beraberinde getirmektedir.

<sup>70</sup> Bu kavram "doğuştan iyi oluş" ve "kalıtımsal soyluluk" gibi bir anlam yüküne sahiptir. Antik çağ düşünürlerinden Eflatun'da bile izlerini bulabileceğimiz bir kavram olan öjeni, bugünkü asıl kavranış biçimini Nazi ideologlarından sayılan Francis Galton'a borçludur. Onun, 19. yüzyıl sonlarında olgunlaştırdığı, kötü genlerin ayıklanmasıyla toplumun daha nitelikli bireylerden oluşturulabileceğine ilişkin tezi, 1930'lu yıllarda başkalarına esin kaynağı olacak ve daha da kötüsü yaşama geçirilmeye çalışılacaktı. Bu aşamada sorgulanması gereken, genetik alanın ana felsefesinde, "kötü" olan genleri ayırma yoluyla "iyi" olana ulaşma kaygısının, bir başka deyişle öjeni düşüncesinin potansiyel olarak bulunup bulunmadığıdır.

<sup>71</sup> Berna Arda-Serap Şahinoğlu Pelin-Ayten Çangır Kayı, *Yardımcı Üreme Tekniklerinin Getireceği Tıbbî Sorunlar*.

## Cevabı Verilmemiş Sorular

Bugün yardımcı üreme tekniklerinin yasal olduğu ülkelerde saklanan gametlerin korunma koşullarına “yeterli” diyebilir miyiz? Bilindiği gibi IVF’de gamet alınırken birden fazla sayıda alınmakta ve birden fazla sayıda embriyo oluşturulmaktadır. Embriyolardan birisi anneye yerleştirildikten sonra ötekilerin “geleceği” ne olacaktır? Bazı batı ülkelerinde bu soruna çözüm bulunmuştur. Örneğin İngiltere’de yapay yöntemlerle üreme yollarını ele alan Warnock Raporu (1984) gibi kimi protokoller uyarınca gamet ya da embriyo 5 yıl dondurularak saklanmaktadır.<sup>72</sup>

Burada ise hemen şu soru ile karşılaşmaktayız: Ana ya da babadan biri ya da her ikisi de bu süre içinde ölürse gametin veya embriyonun geleceğine kim karar verecektir? Öteki önemli sorulardan birisi de embriyonun, gamet alınan annenin dışındaki bir başka kadına verildiği durumda oluşmaktadır. “kiralık anne” ya da “taşıyıcı anne” olarak da bildiğimiz bu durum ise olaya bir üçüncü kişinin girmesine yol açmakta ve böylece yukarıda sayılan sorunlara bir başka boyut daha eklenmektedir. Kiralık annenin hakları nelerdir? Bebek sonunda kimin olacaktır? Bunlar gibi birçok sorun ile karşı karşıya gelinebilir. İnsanın “merak etmesi” ve bu doğal güdünün bilimin gelişmesindeki rolü yadsınamaz. Fakat IVF’de “merak sınırlarının zorlanması” nereye kadar olacaktır?<sup>73</sup>

Yardımcı üreme teknikleri toplumu âdeta kısır bir döngüye mahkûm ediyor. Çocuk açısından “gerçek anne babanın hangisi kabul edileceği” sorusunun cevapsız kalmış olması geleneksel çekirdek aile kavramının dışında yeni tanımlamalara gidilmesine neden olmaktadır. Ayrıca bu tür ailelerde yetişen çocukların toplumsal kabul yönünden sorun yaşayabilecekleri öngörülmektedir. Buna ek olarak bazı ülkelerde yasal kabul edilen homoseksüel evliliklerde, bu yöntemle çocuk sahibi olduğunda, geleneksel çekirdek aile kavramının yerle bir edildiği ortadadır. Örneğin Warnock

Raporu (1984, Dame Mary Warnock Report), su ifadeyle sonuçlanır: “Çocuğun çıkarları sevecen, istikrarlı, heteroseksüel bir aile ortamında yetişmeyi gerektirir; bunun dışında koşulları bilerek zorlamak ahlâka uygun değildir.”<sup>74</sup>

## Taşıyıcı Anne Yönünden

Meselenin bir başka yönü de yardımcı üreme teknikleri ile dünyaya gelmiş çocukların kişisel durumuyla ilgili ilgilidir. Yapay döllenme yöntemleri kullanılarak dünyaya getirilen çocuklarla ilgili bu gerçek öğrenildiğinde, çocukların toplumsal yönden damgalanmaları ya da ayrımcılığa uğramaları, toplumumuzun yapısı düşünüldüğünde imkânsız görünmüyor. Özellikle taşıyıcı annelikle dünyaya gelmiş olanların biyolojik anne farklılığı nedeniyle daha sancılı bir süreç yaşayabilecekleri ihtimal dâhilindedir. Aynı şekilde taşıyıcı anneler de toplumda anormal ve problemliler olarak damgalanabilecektir.

## Çocuk Psikolojisi Yönünden

Sperm bağıışı aracılığıyla dünyaya gelen çocukların psikolojik durumunun ne olacağı konusunda Marmara Üniversitesi Öğretim Üyesi Sosyolog Prof. Dr. Sayın Tayfun Amman, Uzman Psikiyatrist Sayın Orhan Gümüşel ve Psikiyatrist Prof. Dr. Sayın Kemal Arıkan ile yaptığımız röportajlarda yapılan değerlendirmeleri şöyle özetleyebiliriz:

- Kadının anne olma hakkıyla çocuğun menfaatleri çatışmaktadır.
- Toplumun bu durumu nasıl karşılayacağı anne ve çocuk için büyük önem arz etmektedir. Kadının, içinde bulunduğu toplumun niteliklerini önemsememesi ya da kendini toplumla uyumuyor görmesi gibi bir tercih kabul edilemez. Nitekim sperm bağıışından çocuk sahibi olmak toplumumuzun genel kabulünün dışında bir davranıştır. Bizim kültürümüz geleneksel aile değerlerini koruyan bir kültürdür. Bu ma-

<sup>72</sup> Berna Arda-Serap Şahinoğlu Pelin-Ayten Çangır Kayı, a.g.m.

<sup>73</sup> Tüp bebek uygulaması (in vitro fertilization – IVF mit embriyotransfer – ET)

<sup>74</sup> Yeşim Işıl Ülman, *Yaşamın Başlangıcı ile İlgili Tıp Etiği Sorunları*, 40. Yılda 40 Kitap Serisi, Üni. Yay., no. 4711, Fakülte Yay. No: 00249, 2007:371-380.

nada, toplumsal reaksiyonlar reddedilemez, küçümsenemez.

- Çocuğun babalı büyüme hakkı bu konuda ciddi şekilde ihlal edilmektedir. Bu durum babanın ölümü, boşanma gibi durumlardan farklıdır. Çünkü annenin bu hak üzerinde inisiyatif kullanımı söz konusudur.
- Kişi; cinsel kimlik, toplumsal kimlik, akademik kimlik, mesleki kimlik vs. gelişimi ile ortaya çıkar. Yetişkinliğe ulaşana kadarki süreçte bütün bu kimlik gelişimlerinin basamak basamak yapılanması, değişmesi, yeniden yorumlanması gibi durumlar vardır. Çocukta baba figürü onun cinsel kimlik gelişimi bakımından önem arz etmektedir. Sperm bağışi aracılığıyla dünyaya gelen çocuklardan kimisi de babasız büyümeye mahkûm edilmektedirler.
- Ebeveyn kaybı belli bir sebebe dayanıyorsa (ölüm, terk, boşanma) bunun izahı ve çocuğun durumu anlamlandırması, annesinin tercihiyle babasız kalmasını anlamasından hayli farklıdır. Ölüm, terk, boşanma gibi sebeplerde bir ebeveyn vardır ve kaybedilmiştir. Sperm bağışi aracılığıyla doğan ve babasız büyütülen çocuklarda ise “baba” tasavvuru çarpık bir temel üzerine kuruludur ve çocuğun “baba merakı”nı gidermek hayli güçtür.
- Tek ebeveynle büyütülen çocukların diğerleri ile uyumu her zaman standart çift ebeveynle büyütülenlere göre daha farklıdır. Tek ebeveynle büyütülen çocuklar daha agresif, karşısına çıkan problemlere karşı savunucu olur. Kimi zaman bu savunmalar içe dönüktür; kendini kapatır, asosyalizasyon gelişir. Onunla beraber çok farklı psikiyatrik durumlar gelişebilir; depresyon, uyum bozuklukları, anksiyete bozukluğu bunlardan bazılarıdır. Yetişkinliğinde de davranış ve kişilik bozukluğu yaşamaya diğer çocuklardan daha yatkın vaziyettedir. Bazen de dışı yönelik savunmalar olabilir; yıkıcı davranır, kural tanımaz, suça ve madde bağımlılığına daha eğilimlidir.
- Çocuğun böyle bir şekilde dünyaya geldiğini öğrendikten sonra yeni bir babanın hayatına girmesi veya çocuğun hiçbir şekilde durumu bilmeyip, doğumundan iti-

baren babasını başka bir adam zannetmesi ve sonradan biyolojik babanın ortaya çıkması durumları söz konusu olabilir. Çocuğun bundan olumlu etkilenmesi de buna duyarsız davranması da beklenemez. Her şekilde olumsuz etkilenecektir fakat buna cevap bireyseldir. Bu tepki annenin çocuğu nasıl hazırladığı, toplumun çocuğa nasıl bir yaklaşım gösterdiği ile bağlantılıdır. Neticede negatif bir cevap olur.

- Üremeye yardımcı teknikler batı kökenli tekniklerdir. Dolayısıyla içinde doğdukları toplumun niteliklerine uygundur. Bu konuda sağlam bir toplumbilim araştırması yapılmalıdır. Mukayeseli hukuk ve biyoetik veriler dikkate alınarak düşünülmelidir ve avantajlar dezavantajlar dikkate alınmalıdır.

## Kaynakça

- Alper Mumcu, *Yumurta Bağışi*, 2005, <http://www.mumcu.com/html/article.php?sid=366>
- Berna Arda-Serap Şahinoğlu Pelin-Ayten Çangır Kayı, *Yardımcı Üreme Tekniklerinin Getireceği Tıbbî Sorunlar*, Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Deontoloji ABD, Göğüs Cerrahisi ABD, Ankara 1993 [tipetigi.turkiyeklinikleri.com/download\\_pdf.php?id=44565](http://tipetigi.turkiyeklinikleri.com/download_pdf.php?id=44565)
- Berna Arda-Serap Şahinoğlu Pelin, *Tıbbî Etik Tanımı, İçeriği, Yöntemi ve Başlıca Konuları*, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/36/859/10903.pdf>
- Çağrı Kalaça, *Üremeye Yardımcı Teknolojiler ve Tip Etiği*, [http://tipetigi.turkiyeklinikleri.com/abstract-tr\\_44440.html](http://tipetigi.turkiyeklinikleri.com/abstract-tr_44440.html)
- Hüseyin Hatemi, *Aile Hukuku 1 (Evlilik Hukuku)*, Vedat Kitapçılık, 2005.
- İsmail Aytaç, *Yardımcı Üreme Tekniklerinin Nesep Hukuku Açısından İncelemesi* [www.yayin-adalet.gov.tr/11.../ISMAIL%20AYTAÇ.htm](http://www.yayin-adalet.gov.tr/11.../ISMAIL%20AYTAÇ.htm); *Soybağı: Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı*, [web.deu.edu.tr/hukuk/akademik/cv/BESIRACABEY.htm](http://web.deu.edu.tr/hukuk/akademik/cv/BESIRACABEY.htm)
- Nagehan Kırkbeşoğlu, *Soybağı alanında Biyoetik ve Hukuk Sorunları*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006.
- Nermin Ersoy, *Yapay Döllenmenin Etik Konuları*, [tipetigi.turkiyeklinikleri.com/download\\_pdf.php?id=44441](http://tipetigi.turkiyeklinikleri.com/download_pdf.php?id=44441)

- Ramazan Mercan, **Kısırlık ve Yardımcı Üreme Teknikleri**, 2005, (<http://www.jineart.com/modules.php?name=News&file=article&sid=20>)
- Ramazan Mercan, **Azospermi**, 2007, <http://www.jineart.com/modules.php?name=News&file=article&sid=56>
- Rona Serozan, **Çocuk Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005.
- Selman Laçın, **Yumurta ve Sperm Bağışı**, [http://www.selmanlacin.com/yumurta\\_ve\\_sperm\\_bagisi.asp](http://www.selmanlacin.com/yumurta_ve_sperm_bagisi.asp)
- Sinan Yılmaz, **Dünyadaki Uygulama ve Mevzuatımız Açısından Kiralık Rahim**, "Surrogate Motherhood, 2002. [www.istanbul.edu.tr/hukuk/belgeler/2005bib.pdf](http://www.istanbul.edu.tr/hukuk/belgeler/2005bib.pdf)
- Şamil Demir, **Sperm ve Yumurta Bankalarıyla Gelen Neseap Sorunları**.
- Şükran Şıpka, **Taşıyıcı Annelik ve Getirdiği Hukuki Sorunlar**, [www.sozcu.net/hukuk/40336-tasiyici-annelik-ve-getirdigi-hukuki-sorunlar.html](http://www.sozcu.net/hukuk/40336-tasiyici-annelik-ve-getirdigi-hukuki-sorunlar.html)
- Turgut Akıntürk, **Alle Hukuku**, Başalan Patent Huk. Yay., Ankara 2006.
- Volkan Erkan, **Kök Hücre Çalışmaları ve Etik**, 2006, [http://www.felsefeekibi.com/dergi5/s5\\_y21.html](http://www.felsefeekibi.com/dergi5/s5_y21.html)
- Yeşim Işıl Ülman, **Yaşamın Başlangıcı ile İlgili Tıp Etiği Sorunları**, <http://www.biyoeetik.org.tr/makaleler/Diger/Yasamin%20basi%20ve%20tibbi%20etik%20YIULman.pdf>
- <http://www.saglik.im/suni-dolleme-artifisyel-insemi-nasyon/>
- <http://www.ivf-infertility.com/insemination/index.php>
- [http://www.yumurtaspermbagisi.com/lang\\_tr/general/default.asp](http://www.yumurtaspermbagisi.com/lang_tr/general/default.asp)
- <http://www.amerikanhastanesi.com.tr/TR/Bolumler/Detail.aspx?BID=51&SBID=101>
- <http://www.tupbebek.com/public/haber.aspx?id=248>
- <http://www.jineart.com/modules.php?name=News&file=article&sid=37>
- [http://www.saglikbilgisi.com/makale/T%C3%BCp+Bebek+\(Yard%C4%B1mc%C4%B1+%C3%9-Creme+Teknikleri\)](http://www.saglikbilgisi.com/makale/T%C3%BCp+Bebek+(Yard%C4%B1mc%C4%B1+%C3%9-Creme+Teknikleri))





## Dizin

12 Eylül, 26, 78  
14. Louis, 28, 30  
1788 Emirnamesi, 370  
1924 Anayasası, 77, 402  
1961 Anayasası, 73, 77, 78, 80, 82, 141, 215,  
402, 481, 482, 494  
1975 Çin Anayasası, 65  
1982 Anayasası, 26, 49, 73, 78, 79, 80, 81, 82,  
84, 142, 286, 347, 402, 482, 490, 491, 494  
28 Şubat, 311, 312, 313, 314, 317, 339, 341,  
408, 409, 493  
II. Mahmud Han, 330  
II. Mahmut, 85  
III. Selim, 85, 423  
Selahattin Sulhi Tekinay, 114

### A. Hakim Turgut, 414

A. Şeref Gözübüyük, 45, 48, 62, 363, 396  
A. Turan Alkan, 473  
A.P., M.P. and TP. v. Switzerland, 57  
Abbasiler, 327, 328  
Abdulkadir Aygan, 417, 420  
Abdullah Çatlı, 465  
Abdullah Gül, 467, 478  
Abdullah Öcalan, 419, 475  
Abdullah Pulat Gözübüyük, 113, 131  
Abdurrahman Keskin, 414  
Abrams v. United States Davası, 96  
Abraxa, 38  
Adem Sözüer, 95, 110  
Âdet Kitabı, 87  
Adil Yargılamayı Etkileme, 155  
Adli Çıkarlar, 112  
Adli Eylemcilik, 71, 73, 74  
Agoranomos, 327  
Ahmed bin Hanbel, 327  
Ahmed bin Said el-Müceyledi, 326  
Ahmed Cevdet Paşa, 89  
Ahmet Akman, 367, 396  
Ahmet Altan, 465, 476, 477

Ahmet Cihan, 86, 87, 89  
Ahmet Gökçen, 121, 132, 290, 291, 292, 293,  
294, 295, 296, 297, 300  
Ahmet Mumcu, 366, 367, 396  
Ahmet Selim Akyıldız, 479  
Ahmet Türk, 170  
Ahmet Zeydan, 414  
Ahsen Coşar, 472  
Airey v. İrlanda, 52  
Akla Uygun Şüphe, 198  
Alain Touraine, 343, 355  
Albert Camus, 18, 31  
Alev Alatlı, 74, 84  
Ali Bayramoğlu, 468, 474  
Ali Güzel, 509, 539  
Ali İhsan Erdağ, 135, 136, 137, 138, 140  
Ali İhsan Kaya, 421  
Ali Karagülmez, 133, 140  
Ali Kaya, 412, 413, 414, 415, 417, 420, 421, 422,  
424, 426, 428, 429, 430, 431, 432, 434, 436,  
440, 441, 444, 453, 457, 465, 466, 468, 471,  
475, 478, 479  
Ali Nazım Sözer, 511, 533, 539  
Ali Parlar, 167, 304, 308  
Âli Paşa, 85, 86, 88, 89  
Ali Rıza Okur, 512, 539, 540  
Aliya İzzetbegoviç, 46  
Allenet de Ribemont v. Fransa, 57  
Alman Anayasası, 359, 360  
Alper Mumcu, 552, 557, 558, 572  
Amerikan Üreme Tıbbi Cemiyeti, 558  
Anadolu Kazaskeri, 367  
Anayasallık Bloğu, 209  
Andreadis v. Yunanistan, 54  
Anglo-Sakson Hukuk Sistemi, 95  
Anne Boleyn, 33  
Ara Muhakeme Evresi, 269  
Arama Hukuku, 195  
Aristo, 336, 337  
Ashingdane v. United Kingdom, 51  
Assisted Human Reproduction Act, 559

Aşiret Durum Çizelgesi, 414, 443  
Atilla Özen, 248  
Axen v. Federal Almanya Cumhuriyeti, 55  
Ayferi Göze, 336, 342, 355  
Ayhan Çabuk, 479  
Ayhan Önder, 307, 308  
Ayhan Şan, 243, 244, 287  
Aysun Usresler, 66, 72  
Ayşe Nuhuğlu, 195, 208, 380, 397  
Ayten Çangır Kayı, 555, 570, 571, 572

## Bab-ı Âli, 86

Bağdat, 328  
Bahri Öztürk, 118, 131, 198, 207, 239, 240, 242, 243, 245, 246, 258, 287, 301, 308  
Bailliage, 370  
Barberá, Messegué ve Jabardo v. İspanya, 56, 57  
Barzani, 468  
Başkan Roosevelt, 69, 71, 77  
Batılılaşma, 85, 89  
Bedensel Engelliler, 497  
Bekir Coşkun, 470  
Benham v. United Kingdom, 59  
Berin Ergin, 519, 540  
Berna Arda, 555, 567, 570, 571, 572  
Bernard Lewis, 332, 334  
Bilâl Eryılmaz, 86, 89  
Billur Yatlı Soydan, 47, 62  
Birinci Kuşak İnsan Hakları, 92  
Biyoetik, 567, 572, 573  
Biyolojik Anne, 563, 571  
Blastland v. Birleşik Krallık, 60  
Bönisch v. Avusturya, 54  
Brittany Donovan Davası, 570  
Bülent Orakoğlu, 493  
Bülent Tanör, 77, 84  
Bülent Yavuz, 78, 84  
Bünyamin Bezci, 14, 15, 31

## Cahit Can, 11, 13, 17, 31

Campbell ve Fell v. Birleşik Krallık, 52  
Can DüNDAR, 465  
Caner Yenidünya, 121, 132, 300  
Catharina Harby, 48, 63  
Celal Erkut, 63  
Celi Özbek, 414  
Cem ErbüK, 207  
Cemal Bali Akal, 23, 31  
Cemil Çiçek, 170, 464  
Cemil Oktay, 22, 23, 25, 31

Cemm u Nefir, 321  
Centel-Zafer, 198, 199, 254, 292, 293, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308  
Cevat Özel, 133, 140  
Cevat Özkaya, 472  
Chislom v. Georgia Davası, 66  
Cihat Şen, 541  
Ciliatio, 336  
Code Napolyon, 88  
Codification, 87  
Comminitas, 336  
Computer Misuse Act, 140  
Cooper v. Telfair Davası, 66  
Corpus Juris Canonici, 87  
Coşkun Üçok, 367, 396  
Counterfeit Access Device and Computer Fraud and Abuse Act, 140  
Coutumier, 87  
Criminal Damage Act, 140  
Curule Aedile, 327  
Cüneyt Ülsever, 475

## Çağrı Kalaça, 557, 572

Çek Cumhuriyeti, 50, 79  
Çetin Özek, 95, 110, 112, 115, 131, 167, 305, 309  
Çiçero, 10, 337  
Çifte Mirasçılık, 563  
Çiller, 467  
Çolak ve Filizer/Türkiye, 226

## D. Lorenz, 360

Da'val Hisba, 326  
Dâr-ı Şuray-ı Askerî, 88  
Dâr-ı Şura-yı Babiâli, 88  
Darugai Bazar, 330  
Darül Küfr, 323  
Davaname, 267  
De Haes ve Gijels v. Belçika Davası, 98  
De Moor v. Belçika, 61, 62  
Declaratory Judgements, 70  
Demicoli v Malta, 53  
Demirel, 134, 140, 467  
Demokrasi Vakfı, 354  
Denis Diderot, 93  
Deniz Baykal, 464, 470  
Dennis Kavanagh, 27, 31  
Deontoloji, 567  
Desiderius Erasmus, 33  
Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu, 354



- Dil Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs, 111  
 Direnme Hakkı, 478  
 DİSK, 354  
 District of Columbia, 67  
 Divan-ı Harp, 52, 482  
 Divan-ı Hümayun, 366, 367, 396  
 Divan-ı Temyiz-î Askerî, 482  
 Doğan Soyaslan, 302, 308  
 Doğum Eylemi Yönetim Rehberi, 546  
 Duguit, 17  
 Durmuş Tezcan, 119, 131, 204, 207, 293, 300  
 Duruşmanın Aleniyeti, 113, 130  
 Duygun Yarsuvat, 114, 131  
 Dürüst İşlem İlkesi, 113
- E**bu's Suud Efendi, 366  
 Edward McNall Burns, 31  
 Eğitimde Fırsat Eşitliği, 495, 500  
 Ejder Okumuş, 86, 87, 89  
 Ejder Yılmaz, 195, 207, 301, 308, 358, 362, 364, 371, 396  
 Ekkehard Becker, 365, 370, 395  
 Ekrem Buğra Ekinci, 366, 396  
 Ekspansiyon, 85  
 Embriyo Bağışı, 559  
 Embriyo Nakli, 556, 559, 563  
 Embriyo Transferi, 559  
 Embryonenschutz-gesetz, 559  
 Emre Kocaoğlu, 354  
 Emr-i bil-ma'ruf nehyi ani'l münker, 319  
 Endülüs, 327, 328  
 Engelhardt, 86, 89  
 Engelli, 495, 496, 497, 498, 499, 500, 502, 504, 505  
 Erdal Onar, 66, 72, 75, 84  
 Erdener Yurtcan, 47, 62, 195, 207, 239, 264, 287  
 Erdinç Toklu, 114, 131  
 Erdoğan, 204, 343, 355, 464, 467, 468, 542, 549  
 Erdoğan Başar, 343, 355  
 Erdoğan Ertüngen, 542  
 Ergenekon Davası, 426, 493  
 Ergin Cinmen, 429  
 Ergun Babahan, 474  
 Ergun Özbudun, 65, 71, 72, 73, 76, 84, 112, 131, 481, 492  
 Erhan Günay, 167  
 Erhan Kubat, 422, 469, 475  
 Erkan Mumcu, 470  
 Ermeni Konferansı, 355  
 Ernst Hirsch, 18, 31  
 Erol Çetin, 123, 131, 167
- Ersan Şen, 307, 308  
 Ertuğrul Özkök, 467, 470, 473, 475  
 Es'ar Meclisi, 331  
 Esat Canan, 421, 443  
 Esbab-ı Mucibe Layihası, 89  
 Evliya Çelebi, 330  
 Exceptio, 70  
 Eylem Ümit Atılğan, 83, 84  
 Eylemci Yargıç, 74  
 Eyyubiler, 329, 334
- F**. Christian Schroeder, 47, 63  
 Fahiman Tekil, 114, 132  
 Fahri Kasırga, 471  
 Faruk Bilir, 78, 84  
 Faruk Erem, 105, 369, 397  
 Farz-ı Ayn, 320, 321  
 Farz-ı Kifaye, 320  
 Faşizm, 343  
 Fatimiler, 327  
 Fatih Birtek, 104, 110  
 Fatih Sultan Mehmet, 330  
 Fazıl Erdem, 292, 300  
 Fehmi Kuru, 474  
 Ferhat Sarıkaya, 417, 427, 456, 470, 472, 474, 475, 476, 478  
 Feridun Yenisey, 63, 113, 131, 195, 198, 199, 207, 208, 380, 397  
 Fethiye Çetin, 45  
 Fetvahane, 367, 368  
 Fevzi Türkeri, 422, 467, 469  
 Feyyaz Gölcüklü, 48, 63, 363, 396  
 Figen Samuray, 69, 72  
 Fikret İlkiz, 143, 150  
 Filiz ve Kalkan/Türkiye Kararı, 217  
 Findlay v. Birleşik Krallık, 52  
 Fonksiyon Gaspsı, 203, 207  
 Francis Sejersted, 345, 355  
 Frankfurt Okulu, 10, 31  
 Franklin Delano Roosevelt, 71  
 Fransız Devrimi, 92  
 Fransız İhtilali, 87, 370  
 Frederick Copleston, 20, 31  
 Frederick Schauer, 93, 110  
 Fuat Ediş, 414  
 Funke v. France, 57
- G**. v. Birleşik Krallık, 61  
 G. White Edward, 69  
 Gaffar Okan, 419

- Gani Çallı, 414  
Garantörsel Suçlar, 302  
Gary L. Ulmen, 31  
GATA, 432  
GBT Sorgusu, 169  
GBT Yakalaması, 185  
Genetik Anne, 560, 561, 563  
Geoffroy de Paris, 337  
George Whitecross Paton, 18, 31  
Gerhard Leibholz, 84  
Gitlow v. United States Davası, 96  
Gilles, 360  
Gilles Duertre, 117, 131  
Gizliliği İhlal, 98, 111, 115, 121, 122, 125, 127  
Gizliliğin İhlali, 155  
Golder v. United Kingdom, 51  
Gordon Smith, 542  
Gottlieb, David, 199, 200  
Gottwald, 360, 380, 381  
Gönüllü Beraberlik, 566  
Görme Engelliler, 498  
Görünen Gerçeklik, 163  
Gramsci, 339  
Grand Présidaux, 370  
Grandhorm, 14  
Gülay Göktürk, 477  
Gürsel Yalvaç, 238, 254, 265, 280, 287
- H.** Fehr, 365  
H. T. Fendoğlu, 363  
H. Walter Rechberher, 395  
H. Yavuz Alangoya, 357, 396  
Habeas Corpus, 228  
Habermas, 10, 11, 31  
Hacı Ali Özhan, 99, 110  
Hakan Hakeri, 115, 131, 301, 309  
Hakan Karakehya, 116, 131  
Hakan Pekcanitez, 357, 396  
Hâkim Frankfurter, 76  
Hâkim Güvencesi, 487, 492  
Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, 350, 476  
Hakkullah, 326  
Haksız Fiil Yetki Kuralı, 162  
Halim Aşaner, 238, 254, 265, 280, 287  
Halk Savcılığı Kurumu, 347  
Halk Savcılıkları, 347  
Halkı Askerlikten Soğutma, 156  
Haluk Çolak, 198, 207  
Haluk İnanıcı, 170, 193  
Halûk Konuralp, 374, 396  
Hamdi Öner, 207  
Hamid Zafer, 53  
Hamide Zafer, 63, 112, 114, 120, 131, 132, 195, 208, 300, 302, 309  
Hamidullah, 324  
Handan Yokuş Sevük, 115, 131  
Handicap, 497  
Handyside v. Birleşik Krallık Davası, 97  
Hannah Arendt, 340  
Hans Kelsen, 14, 31  
Hans-Christof Kraus, 31  
Hasan Celal Güzel, 76, 84, 296  
Hasan Cemal, 467  
Hasan Öztunç, 414  
Hasan Tunç, 78, 84  
Haşmet Sırrı Akşener, 374, 396  
Haydar Kaya, 414  
Hayek, 346  
Hayrettin Ökçesiz, 19, 31, 45, 63, 362, 396  
Hediye Ergin, 512, 540  
Hegel, 339  
Henrique Ricardo Otten, 15, 16, 31  
Heterolog Döllenme, 556  
Hıdır Kaya v. Türkiye, 53  
Hikmet Bila, 476  
Hikmet Sami Türk, 371, 466, 472  
Hilmi Özkök, 415  
Hilmi Şeker, 374, 396  
Hilmi Yavuz, 86, 89  
Himmat Özdemir, 416, 429, 443, 444  
Hisbe Teşkilatı, 319, 323, 333  
Hizbullah, 420, 421, 466  
Homolog Döllenme, 556  
Hornsby v. Yunanistan, 49  
Hukuksal Pozitivizm, 12, 13  
Human Fertilization and Embryology Act 1990, 559  
Hurşit Tekin, 421  
Hümanizm, 322, 336, 339  
Hürriyet-i Şer'iyye, 87  
Hüseyin Cem Eren, 115, 132  
Hüseyin Hatemi, 563, 572  
Hüseyin Kâşifi, 329  
Hüseyin Keskinılıç, 411, 412, 416  
Hüseyin Kocadağ, 465  
Hüseyin Özcan, 342, 355  
Hüsnü Timur, 414  
Hüsnü Tuna, 84  
Hylton v. United States Davası, 66  
Hz. Lokman, 320  
Hz. Ömer, 324, 328

Illinois v. Rodriguez, 200  
 Impeachment, 69  
 Injunction, 70  
 Institut Francais d'Etudes Anotoliennes, 355  
 Irak Dünya Mahkemesi, 347

**İ**  
 İbni Teymiyye, 322  
 İbrahim Ö. Kaboğlu, 73  
 İddianamenin İadesi, 235, 251, 255, 270, 271, 272, 274, 275, 276, 277, 278, 418, 478  
 İddianın Cevheri, 48  
 İfade Özgürlüğü, 92, 93, 108, 109  
 İftira, 154, 434  
 İhmal Suretiyle Adam Öldürme, 302  
 İhmal Suretiyle İcra Suçları, 302  
 İhmali Suçlar, 301, 302  
 İhtisab, 319, 328, 330, 331, 332, 334  
 İhtisab Ağalığı Nizmanamesi, 331  
 İhtisab Ağası, 330, 331  
 İhtisab Emni, 330  
 İhtisab Kanunnameleri, 330  
 İhtisab Nazırı, 330  
 İhtisabiyye, 330  
 İhtisabul Mülk, 330  
 İkame Anne, 559  
 İlhan Üzülmöz, 114, 132  
 İlyas Doğan, 336, 355  
 İmam Gazali, 322  
 İmam Kurtubi, 322  
 İmam Razi, 322  
 İmam Şafii, 323  
 İmbrosia v. İsviçre, 48  
 İn dupio pro reo, 56  
 İnfak Kültürü, 313  
 İnsani Kalkınma Endeksi, 503  
 İnsanlarda Yapay Döllenme, 560  
 İnternet Üst Kurulu, 352  
 İpek/Türkiye Aleyhine Davası, 214  
 İrticaya Karşı Eylem Planı, 493  
 İskender Ertuş, 414  
 İsmail Aytaç, 556, 560, 561, 563, 564, 565, 566, 572  
 İsmail Malkoç, 118, 132, 269, 287  
 İsmail Tulum, 134, 140  
 İsmet Sungurbey, 45, 63  
 İstinaf-ı Deavi-i Ticaret Divanı, 368  
 İstinaf-ı Ticaret, 368  
 İşbirliği Sistemi, 237  
 İtham Sistemi, 236  
 İzzet Özgenç, 102, 110, 302, 309

**J**  
 J. Donnelly, 204  
 J. G. Merquior, 26, 31  
 J. Rawls, 346  
 Jack Donnelly, 19, 31  
 James Madison, 67  
 Janosevic v. Sweden, 57  
 Jespers v. Belçika, 54  
 JİTEM, 419, 421, 465, 466  
 John Adams, 67, 68  
 John Jay, 68  
 John Marshall, 67  
 John Rutledge, 68  
 Joost Lagendijk, 473  
 Jön Türkler, 87  
 Judicial Restraint, 74  
 Judicial Activism, 71  
 Judiciary Act, 67

**K**  
 Hall, 66, 72  
 Kaçarlar, 329  
 Kadir Sarmusak, 493  
 Kalamaris, 360  
 Kalemkiye, 328  
 Kamunun Bekçi Köpeği, 116  
 Kamusal Aşağılama, 155  
 Kamusal Yarar, 164  
 Kant, 11, 13, 17, 18, 336  
 Kanun-i Esasi, 88  
 Kanuni Sultan Süleyman, 330  
 Kanunname-i Hümayun, 291, 368  
 Karen Reid, 52, 63, 116, 132  
 Karizmatik meşruiyet, 25  
 Karl Popper, 12, 31  
 Karl Schmitt, 14, 23  
 Kasım Aksoy, 81, 84  
 Kayıhan İçel, 115, 123, 132  
 Kemal Arıkan, 571  
 Kemal Gözler, 65, 72, 75, 84  
 Kemâl Kaya, 414  
 Kemal Kılıçdaroğlu, 519, 540  
 Kemal Oğuzman, 45, 63  
 Kemalettin Erel, 238, 254, 265, 280, 287  
 Kenan Özdemir, 301, 309  
 Keskin Kaylan, 118, 132  
 Kişisel Haklar Öğretisi, 92  
 Kitabü'd-Dava, 369  
 Kitabü'l-Beyyinat ve't-Tahlif, 369  
 Kitabü'l-Kaza, 369  
 Kodifikasyon, 87, 88  
 Kononia Politike, 336

Koray Doğan, 197, 208  
Köksal Bayraktar, 126, 132, 371  
König v. Germany, 55  
Kral Utopus, 38  
Kral VII. Henry, 33  
Krcmâr ve Diğerleri 50  
Kreshmert, 440  
Kudbettin Baran v Türkiye, 53  
Kurt Tucholsky, 73  
Kutadgu Bilig, 328  
Kürşat Bumin, 337, 355, 475

**L**egendik, 429

Legitimus, 10  
Legitium Imperium, 10  
Levent Gönenç, 27, 28, 31  
Levent Korkut, 19, 31  
Levent Kurt, 133, 135, 138, 139, 140  
Locke, 339  
Lord High Chancellor, 33  
Lütfi Sunar, 343, 356

**M**. Ahmet Kılıçoğlu, 167

M. Ali Ağaogulları, 33, 34, 37, 39, 41, 43  
M. Bedri Eryılmaz, 199, 207  
M. Bülent Deniz, 344, 355  
M. Hilmi Özev, 22, 23, 24, 25, 26, 31  
M. Kamil Yıldırım, 357, 358, 370, 395, 396  
M. Nihat Kanbur, 197, 208  
M. Ruhan Erdem, 198, 207, 293, 300  
Machiavelli, 23  
Mağrip, 328  
Mahir Çayan, 99  
Mahkeme-i Temyiz, 368, 369  
Mahkemeye Başvuru Hakkı, 47  
Mahmut Güler, 429, 432  
Mahtesseb, 328  
Mait Piruzbeyoğlu, 414  
Makul Süre, 47, 48, 50, 162, 216, 228, 239  
Makul Süre İçinde Yargılanma Hakkı, 239  
Makul Şüphe, 198  
Marbury v. Madison Davası, 66, 67, 75  
Marks, 343  
Marksizm, 343  
Mâruzat, 366  
Masumiyet Karinesi, 51, 57, 60, 111, 113, 114, 115, 117, 118, 119, 126, 128, 130  
Matufiyet, 101, 102  
Max Weber, 22, 23, 24, 25, 31  
Mazlumder, 169, 472, 478, 481, 494

MC Hükümeti, 105  
Mecelle, 87, 88, 89, 369  
Meclis-i İntihab-ı Hükkam-ı Şer'i, 367  
Meclis-i Tetkikat-ı Şer'iyye, 367, 368  
Meclis-i Vâlâ, 86  
Meclis-i Vâlây-ı Ahkâm-ı Adliye, 88  
Medine, 324, 327, 328, 333  
Mehakim-i Şeriye, 369  
Mehmet Adıyaman, 414  
Mehmet Açar, 465  
Mehmet Akif Aydın, 366, 367, 396  
Mehmet Akif Tutumlu, 397  
Mehmet Ali Altındağ, 417, 420, 421, 427, 443  
Mehmet Altan, 477  
Mehmet Doğan, 85, 89, 199, 207  
Mehmet Emin Artuk, 121, 132  
Mehmet Kalay, 401, 410  
Mehmet Ocaktan, 468  
Mehmet Salih Yıldız, 421  
Mehmet Semih Gemalmaz, 63, 93, 113, 132  
Mehmet Şevket Eygi, 289  
Mehmet Zahir Korkmaz, 412, 413, 425, 431, 437, 453  
Mekke, 323  
Mekki, 323  
Melih Aşık, 468  
Memluklar, 327  
Meram Anlatma İlkesi, 113  
Mert Yüksektepe, 269, 287  
Mete Tuncay, 338, 343, 356  
Metin Çetinkaya, 206  
Metin Feyzioğlu, 197, 208, 236, 241, 245, 287  
Metin Günday, 142, 150  
Metin Kıratlı, 65, 72  
Mevdudi, 319, 320, 334  
Mevkute, 152, 159, 161  
Mezalim Mahkemesi, 325  
Mezalim Nazırı, 325  
Mikro Tese, 557  
Mine Urgan, 33, 34, 43  
Minelli v. İsviçre, 57  
Mitap ve Müftüoğlu v. Türkiye, 53  
Mithad Paşa, 86, 88  
Mithat Sancar, 83, 84  
Modernite, 29  
Montesquieu, 29, 52  
Muhakemeye Yön Verme, 113  
Muhammed Ebu Zehra, 297  
Muhammet Özekes, 357, 374, 396, 397  
Muharrem Balcı, 85, 88, 89, 92, 93, 110, 336, 356, 399, 401, 410, 479

Muhtesib, 319, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334  
 Murat Önok, 119, 131  
 Murat Volkan Dülger, 133, 140  
 Murat Yetkin, 465  
 Mustafa Artuç, 118, 132  
 Mustafa Avcı, 86, 87, 89  
 Mustafa Ekinci, 303, 309  
 Mustafa Erdoğan, 19, 31, 74, 84  
 Mustafa Reşid Paşa, 85, 86  
 Mustafa Reşit Belgesay, 358, 397  
 Mustafa Ruhan Erdem, 118, 119, 131, 301, 308  
 Mustafa Şentop, 30, 31, 80, 84, 366, 397, 477  
 Mustafa Taşkın, 198, 207  
 Mustafa Zeydan, 414  
 Mutkili Ali, 417, 466  
 Muzaffer Hatipoğlu, 167, 304, 308  
 Muzaffer Özdemir, 238, 254, 265, 280, 287  
 Müçtehit, 365  
 Mümtazer Türköne, 477

**N**aci Şensoy, 369  
 Nagehan Kırkbeşoğlu, 556, 559, 560, 561, 562, 563, 564, 565, 566, 567, 572  
 Napoléon, 370  
 Nasıruddin Şah, 330  
 Nazıru Mezalim, 325  
 Nazlı Ilıcak, 468  
 Near v. Minnesota Davası, 96  
 Necati Meran, 119, 132, 135, 137, 139, 140  
 Necip Bilge, 46, 63, 371  
 Necmeddin Özmen, 115, 132  
 Necmettin Erbakan, 295  
 Nermin Ersoy, 568, 572  
 Neuromancer, 133  
 Nevhis Deren Yıldırım, 357, 396, 397  
 Nevin Ünal Özkorkut, 116  
 Nevzat Toroslu, 197, 203, 207, 208, 236, 241, 245, 287, 301, 309  
 New Deal reformları, 77  
 Nihat Çakar, 420  
 Niyazi Güney, 301, 309  
 Niyazi Öktem, 14, 23, 31  
 Nizamul Mülk, 329  
 Norman Barry, 339, 356  
 Nuala Mole, 48, 63  
 Nuh Yılmaz, 340, 356  
 Nur Batur, 470  
 Nur Centel, 53, 63, 112, 120, 132, 195, 208, 300, 302, 309  
 Nurettin Bozkurt, 141, 209

Nurettin Demirtaş, 477  
 Nuri Düzgün, 260, 287  
 Nuri Ok, 456, 472  
 Nuri Yaşar, 400, 410  
 Nurullah Altaş, 402, 410  
 Nurullah Kunter, 114, 115, 131, 132, 195, 208, 301, 309, 380, 397  
 Nusret Demiral, 427

**O**. Ruhen Sancaktar, 204, 207  
 Objektif Tarafsızlık, 53  
 Oğuz Atalay, 357, 396  
 Ohio v. Robinette, 200  
 Oktay Ekşi, 466, 470  
 Olgun Değirmenci, 139, 140  
 Olie Rehn, 440  
 Olumlu Emir, 70  
 Ombudsman, 347  
 Oral Çalışlar, 473, 474  
 Orhan Gümüşel, 571  
 Orhon Engin, 541  
 Oryantalizm, 86, 89  
 Osman Arslan, 52, 53, 61, 63  
 Osman Gazi, 330  
 Osman Şirin, 238, 254, 265, 280, 287  
 Osmanlı Hukuk Sistemi, 366  
 Otistik Engelliler, 498  
 Otizm, 497, 498  
 Otonom Kavramlar Doktrini, 48  
 Oxford, 31, 33, 545

**Ö**jenik, 570  
 Ömer Çaha, 338, 356  
 Ömer Keçeci, 414  
 Ömer Sivrihisarlı, 362, 396  
 Ömer Yörükoğlu, 17, 31  
 Önleme Araması, 185, 201, 203  
 Özal, 467  
 Özcan Güven, 238, 254, 265, 280, 287  
 Özcan İldeniz, 412, 413, 414, 422, 424, 426, 429, 430, 434, 435, 439, 440, 452, 453, 468, 475  
 Özer Gürbüz, 134, 140  
 Özgür Temiz, 116, 132  
 Özipek Pasajı, 414, 452  
 Özlem Çakmut, 112, 132, 302, 309

**P**acta Sund Servanda, 14, 28  
 Paris Parlamentosu, 370

- Perihan Maden, 477  
Pernoud, 338  
Peter Giles, 34  
Philarch, 38  
Philippe Beneton, 338, 356  
Pınar Bacaksız, 197, 208  
Piersack v. Belçika, 53  
PKK/KONGRA-GEL, 419  
Platon, 38, 39, 336  
Politika, 37, 336  
Potestas Legitima, 10  
Pound, 11, 17  
Praefectus, 327  
Présidaux, 370  
Proletarya Diktatörlüğü, 343
- R** S. Peters, 346  
Ralf Dreier, 13, 31  
Ralp Barton Perry, 13, 31  
Ramazan Akça, 422  
Ramazan Mercan, 545, 556, 557, 558, 573  
Raphael Hythloday, 34  
Ratio Legis, 291  
Recep Tayip Erdoğan, 296, 415  
Regine Pernoud, 337, 356  
Rehber-i Mutlak, 321  
Reichskammergericht, 370  
Reklam Kurulu, 351  
Remli v. Fransa, 53  
Reportes Sans Frontiers- Paris Muhabirleri Derneği, 355  
Resepsiyon, 85, 88, 89  
Rıza İle Arama, 195, 198, 199, 201, 202, 203, 204, 205  
Ringeisen v. Avusturya, 52  
Robert S. Barker, 68, 72  
Rocco Kanunu, 101, 291  
Rodney Barker, 9, 31  
Roger Scruton, 70  
Rona Serozan, 562, 563, 565, 573  
Roscoe Pound, 11, 13, 17, 21, 31  
Rosenberg, 380  
Rufus King, 75  
Russell Mahkemesi, 347
- S** Başak Soyluoğlu, 511, 540  
Sabih Kanadoğlu, 474, 476, 479  
Sabri Uzun, 469, 474, 480  
Sacit Kayasu, 471  
Sadık Mollamahmutoğlu, 291, 297, 300  
Sadık Önder/Türkiye, 226  
Sahibus-suk, 327  
Sahir Erman, 167, 300, 305, 309, 483  
Saim Üstündağ, 357, 361, 371, 397  
Sakat, 496, 497  
Sakçı v. Türkiye, 55  
Salih Paşaoğlu, 114, 132  
Sami Selçuk, 105, 107, 110, 371  
Samuel Chase, 69  
Sanayi Devrimi, 337  
Sanık Karar Takip Formu, 175, 176, 187  
Saunders v. Birleşik Krallık, 58  
Saymour Martin Lipset, 26  
Schilken, 360, 370, 395, 396  
Schlesinger, 74  
Schupbach, 362  
Schwab, 360, 380, 381  
Scopelliti v. İtalya, 55  
Sebahattin Suvağcı, 464  
Sedat Bakıcı, 260, 287  
Seferi Yılmaz, 412, 413, 414, 416, 424, 425, 429, 430, 431, 435, 436, 437, 439, 440, 441, 443, 444, 448, 450, 452, 453, 467, 468, 469  
Sejersted, 346  
Selahaddin Eyyubi, 329  
Selahattin Sulhi Tekinay, 114  
Selçuk Öztekin, 363, 380, 397  
Selman Laçın, 545, 573  
Selmouni v. Fransa, 50  
Sema Taşpınar, 357, 397  
Semra binti Nuheykil Esediyye, 333  
Sénéchaussee, 370  
Senem Özyavuz, 115, 132  
Serap Şahinoğlu Pelin, 555, 567, 570, 571, 572  
Serolojik Test, 557  
Seyfettin Şener, 422  
Seyfiyye, 328  
Seyithan Deliduman, 377, 397  
Sezgin Abalı, 416  
Sezgin Tanrıkulu, 429, 432, 473  
Shakespeare, 33  
Sibel İnceoğlu, 47, 55, 63  
Silahların Eşitliği, 54  
Sinan Yılmaz, 561, 573  
Sivas Olayları Davası, 289, 427  
Siyasal Çıkarlar, 112  
Siyaseten Katl, 88  
Siyasetname, 329, 334  
Societas Civilis, 336  
Sokrates, 34  
Sperm Bağışı, 556, 564, 565, 573  
Sperm Bankaları, 564

- Stögmüller v. Avusturya, 55  
 Stradford Canning, 85  
 Sultan Abdülaziz, 86  
 Sunday Times v. Birleşik Krallık Davası, 98  
 Supreme Court, 66, 67, 69, 72, 96  
 Susma Hakkı, 47, 57, 58, 115, 224, 299  
 Susurluk, 411, 420, 423, 424, 450, 464, 465, 466, 467, 472, 473, 478, 480  
 Sübjektif Tarafsızlık, 53  
 Süha Tanrıver, 371, 397  
 Süheyl Batum, 63  
 Süheyl Donay, 47, 63  
 Süleyman Çelebi, 354  
 Süleyman Çiçek/Türkiye Davası, 214  
 Süreğen Hastalık, 498  
 Sürek v. Türkiye, 97, 98
- Ş**amil Tayyar, 457  
 Şehmus Diken, 339, 356  
 Şehremaneti, 331  
 Şemsettin Aksoy, 205, 208  
 Şer'iyye Dairesi, 368  
 Şer'iyye Mahkemeleri, 368  
 Şerafettin Elmacı, 260, 287  
 Şerafettin Özcan, 303, 309  
 Şimşek/Türkiye AİHK Raporu, 216  
 Şinasi, 85, 88  
 Şran Pazarları, 329  
 Şurta, 325, 326  
 Şühudul Hal, 332  
 Şükran Şipka, 558
- T**a'zir, 324, 327, 330, 331  
 Tabii Hukuk Öğretisi, 92  
 Tacettin Aslan, 422  
 Taha Övünç, 354  
 Tahkik Sistemi, 237  
 Tanju Çavuş, 414, 441  
 Tanzimat, 24, 85, 86, 87, 88, 89, 290, 366, 367, 368, 369, 396, 402  
 Tanzimat Edebiyatı, 86  
 Tanzimat Fermanı, 85, 86, 87, 89, 366  
 Taşıyıcı Annelik, 560, 562, 563  
 Tayfun Amman, 571  
 Tecemmuat Kanunu, 291  
 Teixeira de Castro v. Portekiz, 60  
 Tekzip, 165, 166, 167  
 Temsilciler Meclisi, 69  
 Teoman Koman, 465  
 Terbiyeli Kuruluşlar, 311
- Teşkilat-ı Esasiye Kanunu, 77  
 Teşkilat-ı Mehakim Kanunu, 368  
 Tevhid-i Tedrisat Kanunu, 402  
 Tezkire, 340, 356  
 Thomas Jefferson, 67  
 Thomas More, 33, 34, 35, 37, 41, 42, 43  
 Tıbbi Etik, 567  
 Tıp Etiği, 567  
 Ticaret Meclisleri, 368  
 Tocgueville, 343  
 Tom Bottomore, 10, 31, 343, 356  
 Toplumsal İlgı, 164  
 Tranibore, 39  
 Tribunal de Cassation, 370  
 Tromboemboli, 544  
 Tufan Erhuman, 348, 356  
 Tunçer Karamustafaoğlu, 75, 84  
 Turgut Akıntürk, 566, 573  
 Turgut Yüksel, 302, 309  
 Turhan Tufan Yüce, 293, 300  
 Tüketici Konseyi, 350, 351  
 Tüketici Sorunları Hakem Heyeti, 351  
 Tüp Bebek, 569  
 Türk Jinekoloji ve Obstetrik Derneği, 546  
 Türk Perinatoloji Derneği, 546  
 Türkan Yalçın Sancar, 100  
 Türkiye Maternal Fetal Tıp ve Perinatoloji Derneği, 546  
 Türklüğü Aşağılama, 155  
 Tyrer/Birleşik Krallık, 226
- U**. S. v. Matlock, 200  
 Udulul Müslimin, 332  
 Uğur Alcakaptan, 291  
 Ulaş Karan, 290, 291, 296, 300  
 Uluslararası Çalışma Örgütü, 508, 510, 518, 520  
 Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, 94  
 Umur Talu, 466, 473  
 Umut Kitapevi, 414, 416, 443, 478  
 UNESCO, 400  
 Unterpetinger v. Avusturya, 60  
 Utkan Araslı, 519, 540  
 Uzlaşma, 235, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 272, 275, 276, 277, 341, 344  
 Uzlaştırıcı, 251, 252, 325
- Ü**mit Atabek, 145, 149, 150

**V.** Mehmet Ünlüçay, 207

V. Özer Özbek, 195, 197, 208

Vahit Bıçak, 93, 110

Vakıf Adam, 311

Vakıf Bilinci, 311, 312, 313

Vakıflar Meclisi, 315, 316

Van de Hurk v. Hollanda, 61

Vecdi Aral, 13, 18, 31

Vehbi Bayhan, 343, 356

Veli Özer Özbek, 112, 132

Vernon Bogdanor, 27, 31

Vesayet Makamı, 314

Veysel Ateş, 412, 413, 415, 417, 419, 422, 424, 429, 430, 432, 433, 434, 435, 440, 441, 443, 444, 452, 453, 454, 456, 457, 459, 468, 474, 475, 479

Vilayet Nizamnamesi, 368

Virginia v. Black, 96

Volkan Erkan, 560, 573

Vosskuhle, 360

Vural Savaş, 291, 297, 300, 470, 472

**W**alter H. Rechberher, 397

Warnock Raporu, 571

Weber v. İsviçre Davası, 98

William Blum, 93, 110

William Gibson, 133

William Marbury, 67

Wolfram Henckel, 357, 397

**Y.** Ziya Kavakçı, 334

Yakup Kepenek, 170

Yalçın Doğan, 466

Yapay Döllenme, 556, 560, 566

Yargıç Coke, 66

Yargıç Edward Coke, 66, 74

Yargıçlar Hükümeti, 71, 81

Yargının Kendini Sınırlandırması, 74

Yargısal Aktivizm, 73, 74, 77

Yargısal Emir, 69, 70

Yasama Erkinin Gaspı, 73, 74

Yaşam Hakkı, 92

Yaşar Büyükanıt, 411, 415, 417, 420, 421, 422, 427, 428, 443, 465, 467, 469, 470, 471, 474, 478, 480

Yaşar Gürbüz, 68, 72

Yaşar Salihpaşaoğlu, 167

Yates v. United States Davası, 96

Yekta Güngör Özden, 65, 72

Yener Ünver, 112, 115, 123, 131, 132

Yeşim Işıl Ülman, 571, 573

Yıldırım Bayyurt, 118, 132

Yönetsel Çıkarlar, 112

Yumurta Bağışı, 557, 558

Yunus Aykın, 205

Yurdakan Yıldız, 432, 433, 453

Yusuf Has Hacib, 328

Yusuf Solmaz Balo, 301, 309

Yücel Mustafa Tören, 236

Yüksek Askeri Şura, 79, 492

**Z**abtiye Müşirliği, 331

Zafer Üskül, 472

Zana v. Türkiye Davası, 98

Zekeriya Yılmaz, 384, 385, 386, 392, 393, 397

Zeki Ateş, 433

Zihinsel Engelliler, 498

Zühtü Arslan, 96, 110