





**İSTANBUL BAROSU DERGİSİ**

**“CEZA HUKUKU”  
-ÖZEL SAYI-**

*Ocak, 2007*

# İSTANBUL BAROSU DERGİSİ

Yerel Süreli Yayın  
İki Ayda Bir Yayınlanır

**ÖZEL SAYI : 1**

## **Sahibi**

İstanbul Barosu Adına Baro Başkanı  
**Av. Kâzım KOLCUOĞLU**

\*

## **Sorumlu Yazışleri Müdürü**

Av. Muammer AYDIN

\*

## **Yayından Sorumlu Yönetim Kurulu Üyeleri**

Av. Muammer AYDIN  
Av. Mehmet DURAKOĞLU

\*

## **YAYIN KURULU**

### **Başkan**

Av. Celâl ÜLGEN

### **Genel Yazman**

Av. Coşkun ONGUN

### **Üyeler**

Av. Osman KUNTMAN  
Av. Yörük KABALAK  
Av. N. Ateş ATAYAKUL  
Av. İsmail GÖMLEKLİ  
Av. Başar YALTI

\*

## **ÖZEL SAYIYI HAZIRLAYANLAR**

**Av. Celal Ülgen - Av. Coşkun Ongun**

\* \* \*

### **Yönetim Yeri**

Av. Orhan Adli Apaydın Sok. 1. Baro Han Beyoğlu/İSTANBUL  
Tel: (0.212) 251 63 25 (pbx) Faks: (0.212) 293 89 60  
web: istanbulbarosu.org.tr  
e-mail: dergi@istanbulbarosu.org.tr

### **Basım Yeri**

Ufuk Matbaacılık Reklamcılık San. Tic. Ltd. Şti.  
Gümüşsuyu Cad. Litros Yolu I. Matbaacılar Sitesi No: 68 Topkapı/İSTANBUL  
Tel: (0.212) 544 92 30 - 31 Faks: (0.212) 544 92 29  
e-mail: ufukreklam@ttnet.net.tr

*Dergide yayımlanan yazılar yazarların kişisel görüşünü yansıtır.  
Gönderilen yazının hiçbir yerde yayımlanmamış olması gereklidir.  
Yazılar yayımlansın ya da yayımlanmasın geri verilmez.  
Yayımlanmayan yazılar için, gerekçe gösterme zorunluluğu yoktur.  
Gönderilen yazılarda yayın kurulunun saptadığı yayın ilkeleri doğrultusunda  
biçimsel düzeltmeler yapılabilir.*

\* \* \*

***Dergide yayımlanan tüm yazılarda (12 Eylül Cuntası tarafından Görevden  
alınan) Türk Dil Kurumu'nun yayımladığı YAZIM KILAVUZU esas alınır.***

### **ABONELİK KOŞULLARI**

*Yıllık abonelik ederi 75,00.YTL'dir.*

*Abonelik bedelinin, İstanbul Barosu'nun Vakıflar Bankası Beyoğlu Şubesi  
nezdindeki 202 70 00 no'lu hesabına yatırılması,  
dekontunun Derginin gönderileceği adres eklenerek  
0212 245 63 52'ye fakslanması yeterlidir.*

*Dergimizin bu sayısı İstanbul Barosu Yönetim Kurulu'nun  
kararı ile 2.000 adet basılmıştır.*

# İÇERİK DİZİNİ

• <i>Yayın Kurulu'ndan</i> .....	IX
• <b>YAZILAR...</b>	
<b>Av. Kazım Kolcuoğlu</b>	
• <i>CMK Değişiklik Önerileri</i> .....	1
	*
<b>Prof. Dr. Erdener Yurtcan</b>	
• <i>301</i> .....	11
	*
<b>Doç. Dr. Fatih Selami Mahmutoğlu - Arş. Gör. Serdar Talas</b>	
• <i>Avukatların Görev Suçları ve Yargılanması Rejimi</i> .....	13
	*
<b>Yar. Doç. Dr. Yılmaz Yazıcıoğlu</b>	
• <i>Avukatın Duruşma Sırasında Ayağa Kalkma Zorunluluğu</i> <i>Hakkında Değerlendirme</i> .....	39
	*
<b>Av. Cüneyd Altıparmak</b>	
• <i>Görevi Kötüye Kullanma Suçunun "İhale Süreci" Açısından İrdelenmesi</i> .....	43
	*
<b>Ferhat Uslu</b>	
• <i>Ceza Yargılaması Hukukunda Koruma Önlemi Olarak "Konutta Arama"</i> .....	61
	*
<b>Cengiz Otacı</b>	
• <i>Türk Ceza Hukukunda İştirak</i> .....	77
	*
<b>Av. Lamih Çelik</b>	
• <i>Kabahatler Kanunu'na Göre Verilecek Belediye İdari Paracezaları</i> .....	111
	*
<b>Eda Satılmış</b>	
• <i>TCK'da Yer Alan Bilişim Suçları</i> .....	123
	*
<b>Hakan Muran</b>	
• <i>Yarsav</i> .....	127
• <b>HABERLER</b>	
• <i>Haberler</i> .....	137

• **YARGITAY KARARLARI**

• Yargıtay Ceza Genel Kurul . . . . .	143
• Yargıtay 1. Ceza Dairesi . . . . .	193
• Yargıtay 2. Ceza Dairesi . . . . .	199
• Yargıtay 3. Ceza Dairesi . . . . .	201
• Yargıtay 5. Ceza Dairesi . . . . .	202
• Yargıtay 6. Ceza Dairesi . . . . .	205
• Yargıtay 7. Ceza Dairesi . . . . .	215
• Yargıtay 8. Ceza Dairesi . . . . .	220
• Yargıtay 9. Ceza Dairesi . . . . .	222
• Yargıtay 10. Ceza Dairesi . . . . .	224
• Yargıtay 11. Ceza Dairesi . . . . .	227

• **ANAYASA KARARLARI**

• Anayasa Mahkemesi Kararları . . . . .	237
---	-----

• **YARARLI BİLGİLER**

• İstanbul'da ve Yakınında Olan Cezaevi Telefonları ile Avukatlar İçin Görüş Günleri . . . . .	265
• CMUK/CMK Madde Eşleştirme Çizelgesi . . . . .	267
• TCK/YTCK Karşılaştırma Çizelgesi . . . . .	273
• Yeni CMK Tarifesi . . . . .	135
• Ceza Yasalarında Değişiklik Yapan Yasanın TBMM Tutanaklarından Alıntılar . . . . .	283
• Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun . . . . .	313

## BAŞLARKEN...

**E**linizde bulunan Ceza Özel Sayısı ile İstanbul Barosu Dergisi bir ilki gerçekleştiriyor. Bundan sonra Dergimizin çıkmadığı sürelerde Aile Hukuku, İş Hukuku ve de AİHM Kararları özel sayıları ile buluşmalarımızı sürdüreceğiz.

İçinde yaşadığımız dönem bir çok temel ceza ve yöntem yasalarının değiştiği bir dönem. Bu yüzden, yeni yasaların uygulamasında zaman zaman duraksamalar ve hatalarla karşılaşmaktayız.

-\* Lehe uygulanacak yasanın saptanması sırasında çıkan sorunlar,

-\* Yeni yasaya göre şüphelinin ve sanığın duruşmada avukatın yanında oturma hakkı olup olmadığı,

-\* Özellikle Ağır Ceza Mahkemelerinde karar aşamasında avukatların ve müvekkillerinin dışarı çıkarılması ve Gereği Düşünüldü'den sonraki tutanağın avukatların yokluğunda yazılarak duruşmaya yeniden çağırılması ve yüzlerine yoklukta yazılan ara kararının ya da hükmün okunmasının yasal olup olmadığı

-\* Savcılardan hükmü veren yargıca yakın oturmasının hukuksal değeri,

-\* Temel ceza yasalarının sık sık değişerek yaz boz tahtasına çevril-

mesi nedeniyle bir yasa bütünlüğünden söz edilip edilemeyeceği,

-\* Daha temel ceza yasaları yeterince uygulama birliğine kavuşmadan Bölge Adliye Mahkemelerinin uygulama zamanına yaklaşıldığı.

\* Yargılama etkinliğinin üç ayğından Sav ve Yargı'nın Savunmayı dışlayarak YARSAV adlı bir örgütlenmede buluşmasının nicelik ve niteliği,

Konularını ve daha pek çok rahatça eklenebilecek sorunları içinde barındıracak bir süreçte Ceza Özel Sayılarının yayımlanmasını ve giderek bunun bağımsız bir Ceza Dergisine dönüşmesini zorunlu gördük.

Değerli okurlar, öğretilen hocalarımız, uygulamadan yargıçlar bundan sonra yayımlayacağımız özel sayılarda yukarıda açıklanan ve açıklanmayan tüm sorunlarla ilgili görüş ve önerilerini dergimize göndermeliler. Uygulamadaki duraksamaları böylece aşabileceğimiz gibi uygulamaya yön verme işlevini de gerçekleştirebileceğiz.

Bu sayımızda ilginizi çekebilecek yazı ve kararlara yer verdik. Eleştirileriniz bize yön verecektir. Lütfen bize bu sayı ile ilgili değerlendirmenlerinizi, eksiklerimizi yazınız.

Bir başka sayıda buluşmak umuduyla hoşça kalın...

**YAZILAR...**



## CMK DEĞİŞİKLİK ÖNERİLERİ

AV. KAZIM KOLCUOĞLU

İstanbul Barosu Başkanı

*Uzlaştırıcı sıfatının avukatların yanı sıra hukuk eğitimi görmüş kimselere verilmesi de doğru bir düzenleme değildir. Örneğin avukatlık veya hakim-savcılık mesleğinden ihraç edilen kişilere adli sistem içerisinde bir rol verilmektedir. Uzlaştırmanın, bu konudaki tekniğe en yakın meslek olan ve birikimi itibarıyla uzlaştırmayı sağlayabilecek avukatlarda kalması sistemin işlevi açısından önemlidir.*

Meclis Alt Komisyonunda görüşülen CMK Değişiklik Yasa Taslağı ile ilgili olarak baromuzun görüşlerini içeren metni, baro olarak komisyon üyelerinin tümüne yolladık. Önerilerimizde yer verdiğimiz değerlendirmeler ve yasa maddeleri üzerine sunduğumuz görüşler, şu şekilde sıralandı.

Yapılan değişikliklerde olumlu bazı hükümlerin varlığı yadsınmasa da değişikliklerin kolluk ile yargıç savcı ve meslektaşlarımızın uygulamada yaşadıkları sorunlarının çözümünü amaçlaması mutluluk verici olsa da savunmanın temsilcisi olan avukatların karşılaştıkları sorunların çözümlenmesini sağlayıcı norm ve görüşleri yasa önerisinde hemen hiç yer almamakta; dahası savunmanın kapsam ve etkinliğinin zayıflatıldığı gözlenmektedir.

Diğer yandan pratik bazı yararların sağlanması karşılığında hukuken vazgeçilmez ilkeler zarar görmüş olacaktır. 5271 sayılı Kanununun 100. maddesinin 3. fıkrasının değiştirilmesi hakkındaki 17. maddede, tutuklama nedeni var sayılan *katalog suçlar*, sanki tutuklama mecburiyeti olan suçlar gibi algılanmaktadır. Bu nedenle tutuklama sebebi var sayılan suçların katalog şeklinde sayılmaması gerekmektedir.

Her suç, unsurları ve somut kanıtları ile kendine özgü yapıya sahiptir. Tutuklama, maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasında salt bir koruma önlemidir ve istisnadır. Asıl olan tutuksuz yargılanma olup, hürriyeti bağlayıcı bir koruma önlemi olan tutuklamanın, belirli suçlarda yargıç takdirine yer bırakmayacak şekilde katalog halinde gösterilmesi, adil yargılanma hakkına, şüpheden sanığın yarar-

lanması ve masumiyet karinelere aykırılık oluşturmaktadır.

Madde metnine eklenmesi düşünülen silahla işlenmiş kasten yaralama suçu, münferit olaylarda basit bir tıbbi tedavi ile iyileşmesi mümkün iken salt katalog suç olduğundan bahisle bu suça ilişkinde tutuklama kararının verilmesi, giderilmesi güç sonuçlara yol açacaktır. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralamada, sonucun ağırlığı da dikkate alınarak düzenleme yerinde görülebilir.

CMK'nın 146. maddesinin değiştirilmesi hakkında taslağın 20. Maddesi üzerine özetle şunlar söylenebilir. Temel hak ve özgürlükler kural olarak ancak yargıç tarafından kısıtlanır. Bu yetki suçüstü halinde herkese, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısına, kolluk amirine ve kolluğa da verilmiştir (CMK. m. 90/1-2). Bunun dışındaki haller gecikmede sakınca bulunan hal değildir ve genel kuraldan ayrılmasını zorunlu kılan bir neden bulunmamaktadır. Teklif ile *bu yetki* 5271 sayılı kanunun aynı maddesindeki yargıç ya da mahkemenin yanı sıra Cumhuriyet savcılarında verilmektedir. Bu temel hak ve özgürlüklerdeki güvencenin pratik yararları tercih edilmesidir, hukuken bir temel ilkesi ihlal edilmektedir. CMK 251/6. maddede, özel yetkili ve görevli ağır ceza mahkemeleri (CMK m.250) için yaratılan istisnanın kaldırılması beklenirken istisnanın kural haline getirilmesi doğru değildir.

Kanun teklifinin 21. Maddesinin birinci fıkrası uygulamada yan-

lış değerlendirilmelere neden olabilecek şekildedir. Özellikle birinci fıkrada müdafii için kullanılan **"bir"** kelimesi uygulamada sayısal bir ifade şeklinde yorumlanabilecektir. Oysaki CMK 149/1. madde şüpheli veya sanığın soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında bir veya birden fazla müdafinin yardımından yararlanabileceğini ifade etmektedir. Bizce birinci fıkranın düzenlemesi şu şekilde olmalıdır:

*"Şüpheli veya sanığa müdafii seçebileceği, müdafii seçebilecek durumda olmadığı beyanı halinde ise istemi halinde kendisine bir müdafii görevlendirileceği hatırlatılır. Şüpheli veya sanık, müdafii seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse, istemi halinde bir müdafii görevlendirilmesi için baroya başvurulur"*

### **Savunma Hakkı**

Teklifin üçüncü fıkrası, mevcut 5271 sayılı Kanunun aynı numaralı maddesinde yer alan *"üst sınırı en az beş yıl hapis cezasını gerektiren suçların soruşturma ve kovuşturma aşamalarında bir müdafinin bulunmaması halinde istem aranmaksızın müdafii görevlendirilmesi"* düzenlemesinin yeni teklif ile *"alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlar"* şeklinde daraltılması, savunma hakkının olmazsa olmaz koşulu olan müdafinin hukuki yardımından faydalanma hakkını açıkça kısıtlan nitelikteki bir geri gidişin ifadesidir.

Savunma hakkının yeni düzenlemelerle genişletilmesi beklenirken bu hakkın açıkça daraltılması hukuken kabul edilebilir değildir.

Bu zamana değin uygulamalar açıkça göstermektedir ki, şüpheli ve sanıklar müdafinin hukuki yardımından istifade etmek suretiyle haklarını kullanabilmişlerdir. Ülkemizdeki hakların kullanılmaması, özellikle kötü muamele iddiaları müdafinin soruşturma sürecine katılımının yaygınlığı ile doğru orantılı şekilde azalmaktadır. Bu hali ile şüpheli ve sanıklar için kazanılmış bir hak geri alınmakta, adalete erişimin ve savunma hakkının sert çekirdeği haline dönüşmüş olan zorunlu müdafilik sisteminin önemli ölçüde daraltılması sağlanmaya çalışılmaktadır.

Teklifin dördüncü fıkrası konusunda zorunlu müdafilik ve vekillik ile ilgili temel ilkeler yasada düzenlenmesinin, daha sonra bu prensipler doğrultusunda yönetmelik çıkartılmasının doğru olacağı düşüncesindeyiz. Zira ülkemizdeki uygulama açıkça göstermiştir ki kanuni dayanağı açık olmayan hükümler içeren yönetmelikler ile uygulamada kanunda yer alan temel yetkilerde bile açık tereddütler yaratmaktadır. Bu nedenle bu alanda yönetmelik ile düzenleme yapılmasını doğru bulmuyoruz. Ayrıca kanunda *“zorunlu müdafilikle ilgili diğer hususlar”* denmek suretiyle kanunda düzenlenmeyen alanlarda bir düzenleme yapılacağı da ifade edilmiş bulunmaktadır. Oysaki yönetmeliklerin mutlaka yetki veren bir kanuna dayanması ve bu kanunun uygulamasının gösterilmesi amacıyla çıkarılabileceği ve yönetmeliklerin yetki aldığı kanuna aykırı olmayacağı Anayasanın 124.

maddesiyle güvence altına alınmıştır.

### **Vekaletname**

Yönetmeliklerle yapılacak düzenlemeler uygulamada kanundaki yetkilerin kullanılmasını bile hukuken olmasa da fiilen tartışılır hale getirmektedir. Örneğin bugün Ceza Muhakemeleri Kanununun hiçbir yerinde müdafii için vekâletname şartı aranmazken, vekâletname müdafiler yönünden bir kanıt koşulu olup, sıhhat şartı sayılmazken *“Cumhuriyet Başsavcılıkları ile Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik”* 45/2. madde ile seçilmiş müdafinin soruşturma dosyasını incelemesi yönünden vekâletname koşulu getirilerek 5271 Sayılı Yasa Sistematığı açıkça yaratmakta ve uygulamada savunma hakkının kullanılması önemli ölçüde fiilen engellenmektedir.

Teklifte *“müdafilik, hukuken kabul edilebilir herhangi bir şekilde ispat edilebilir”* hükmünün yer alması, teklifin uygulamadaki sorunları tek yanlı çözmeye çalıştığı, savunma hukuku açısından meydana gelen en ciddi sorunları bile dikkate almadığının bir göstergesidir.

Bu fıkradaki ikinci husus ise çıkarılacak yönetmeliği düzenleme yetkisinin, uygulayıcı kurumlar olan Barolara ve Türkiye Barolar Birliğine bırakılması gerekirken baroların bu yönetmelikte hiçbir etkisinin bulunmaması, Barolar Birliğinin ise sadece *“görüşünün alınması”* şeklinde etkisiz ve bağlayıcı olmayan bir rolünün bulunması

savunma hukukunu yok saymaktadır. Bu alandaki ilkeler kanunda gösterildikten sonra çıkarılacak yönetmelik konusundaki hükmün asgari şu şekilde olması gerekirdi:

*“Zorunlu müdafilik konusunda bu kanunun uygulaması, Baroların görüşüne başvurulmak suretiyle Türkiye Barolar Birliği tarafından oluşturulacak yönetmelikle belirlenir”*

5271 sayılı Kanununun 171. maddesinin değiştirilmesi hakkındaki MADDE 22. madde ile ilgili olarak, tasarının 18. maddesinde CMK 171/2 ile, *kamu davasının açılmasının ertelenmesi* önerilmekte, 19. maddesi ile de CMK 231 de yapılan değişiklikle *hükmün açıklanmasının geri bırakılması* kurumları hukuk sistemimize sunulmaktadır. Modern hukuk anlayışımıza göre, “ceza” en son çaredir (ultima ratio). Suç işleyen bir kişiye ceza verilmesi yerine, onun topluma yeniden dönme olanaklarının sağlayacak seçenekler sunulması yerinde bir yaklaşımdır. Tasarının 18 ve 19. maddeleri modern görüşün Türk hukukuna yansıtılması niteliğinde oldukları için yerinde düzenlemelerdir. Ancak, kamu davasının açılmasının ertelenmesi ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması, “denetimli serbestlik” kurumunun eksiksiz çalışması halinde işlerlik kazanabilir. Bugün için böyle bir düzenleme getirmenin, Adalet Sisteminin etkinliğini azaltan bir sonuç doğurmasından korkarız. Sisteme şüpheli olarak giren kişiler denetimli serbestlik altına alınacak ve 5 yıl süre ile sistem dışında kalacaklardır. Sade-

ce kasıtlı bir suç işlenmesi onu sisteme tekrar sokabilecektir. Bu nedenle, ayrıntılı, iyi tasarlanmış ve detaylı düzenlemeler içeren bu iki maddenin, denetimli serbestlik kurumu tamamen işler hale geldikten sonra kabul edilmesi gerekir.

### **Uzlaşma**

5271 sayılı Kanununun 25. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmesi ile uzlaşmaya tabi suçlar belirtilmektedir. Fıkra soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suçların uzlaşma kapsamında olduğu belirtilmektedir. Ancak TCK'nın 6. bölümünde yer alan Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçların 102/1-2, 104/1, 105/1'deki suçlar şikayete ve dolayısı ile uzlaşmaya tabi suçlardandır. Uzlaşmanın ilke olarak cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarda uygulanmaması gereklidir. Bu nedene fıkra bu tür suçlarda uzlaşmanın olmayacağına ilişkin bir ibarenin eklenmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Yine fıkra ile uzlaşma kapsamına alınan TCK'nın 234. maddesinde yer alan çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunun da fıkra metninden çıkartılmasını öneriyoruz.

Dördüncü fıkra ile Kolluk da taraflara uzlaşma teklifinde bulunabilmektedir. Bu yetki 5271 sayılı kanunun aynı maddesine göre sadece Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkemeye aitti. Bu yetkinin kolluğa verilmiş olması uygulamada ciddi sorunlar yaratabilecektir. Uygulamada adli kolluk ile Cumhuriyet savcısı arasında sağlıklı di-

yalog sağlayıcı bir sistem olmadığı, daha çok telekomünikasyon araçlarına dayalı bir sistem olduğu için kollukta uzlaşma olumsuz sonuçlar verebilecektir. Örneğin suç hakkındaki soruşturmanın başlangıcında suçun uzlaşma kapsamında olup olmadığı yeterince anlaşılardan hatalı uzlaşmalar olacak, taraflarda adalet sistemine duyulan güven zarar görecektir. Kaldı ki uzlaşmanın beşiği sayılan Anglo-Amerikan sistemindeki en ciddi tehlike olan organize suç örgütlerinin taraflar üzerinde yaratacağı baskının da kapısı açılmış olacaktır. Uzlaştırma teklifi mutlaka suç ve tazminat hukuku konusunda eğitim almış kişiler tarafından yapılmalıdır. Değişiklik ile teklifin pek çok maddesinde görüleceği üzere Cumhuriyet savcılarının iş yükleri azaltılması amaçlanmış, ancak karşılığında ödün, hukuki ilkelelerin zedelenmesi şeklinde gelişmiştir. Uzlaştırma teklifi yapıldıktan sonra uzlaşmanın koşulları da kollukta tespit edilmiş olacak, Cumhuriyet savcısı için bu metne onay vermekten öte bir işlev kalmamış olacaktır ki bu durum da ceza soruşturmasında savcının rolünün kolluk tarafından ülkemizdeki sisteme aykırı biçimde gerçekleştirilmesi sonucunu doğuracaktır. Bu nedenle değişiklik eski sistemden daha geri bir düzenlemedir. Ayrıca fıkranın ikinci cümlesinde; şüpheli, mağdur veya suçtan zarar görenin reşit olmaması halinde uzlaşma teklifinin kanuni temsilcisine yapılabileceği düzenlemesindeki “reşit olmama” ölçütünün Yargıtay’ın şikayette bulunma veya şikayetten

vazgeçme ölçütü olan “*temyiz kudretine sahip bulunma*” şeklinde değiştirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Taraflar temyiz kudretine hazise, bizzat kendi irade beyanlarına üstünlük tanınmalıdır.

Dokuzuncu fıkrada uzlaşmanın Cumhuriyet savcısı tarafından gerçekleştirilmesi benimsenmiştir ki kabulü mümkün değildir. Soruşturmanın yürütücüsü, kamu gücünün ajanı olan Cumhuriyet savcısının uzlaştırmacı sıfatını alması Cumhuriyet savcısının işlevi ile bağdaşmayacağı gibi onun saygınlığını da zedeleyecektir. Diğer taraftan uzlaştırmacı sıfatının avukatların yanı sıra hukuk eğitimi görmüş kimselere verilmesi de doğru bir düzenleme değildir. Örneğin avukatlık veya hakim-savcılık mesleğinden ihraç edilen kişilere adli sistem içerisinde bir rol verilmektedir. Uzlaştırmanın, bu konudaki tekniğe en yakın meslek olan ve birikimi itibarıyla uzlaştırmayı sağlayabilecek avukatlarda kalması sistemin işlevi açısından önemlidir.

Uzlaşma kurumunun hukuk sistemimize getiriliş nedenlerinden biri ve yurt dışı uygulamaları, uyuşmazlığın mahkeme dışında çözüme kavuşturulmasıdır. Böylece yargının iş yükü de azalmış olacaktır. Fıkra ile Cumhuriyet Savcılarına da uzlaştırma yetkisinin verilmesi, uyuşmazlığın mahkeme dışında çözüme kavuşturulması ilkesine aykırı olacaktır. Bunun sonucunda yargının iş yükü daha da artırılarak kurumun getiriliş amacına ters düşülecektir. Uzlaşma, yurtdışı uygulamalarında olduğu gibi alternatif bir yargı yoludur. Uzlaştı-

cının tarafsız kişilerden oluşması, hem taraflara daha fazla güven verecek, hem de daha çabuk sonuca varılacaktır.

1136 sayılı Avukatlık Kanununun 2. maddesinin 1 ve 2. fıkraları gereği;

*“Avukatlığın amacı; hukuki münasebetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını, her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamaktır. Avukat bu amaçla hukuki bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına tahsis eder”*

36. maddesinde: *“Avukatlar, yüklendikleri görevleri, bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinden yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğince belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler”*

35/A maddesi gereğince Avukatların Uzlaşma sağlama yetkileri, 36. madde gereğince sır saklama yükümlülükleri, Meslek İlke ve Kuralları ve bu kurallara aykırılık halinde 134 ve devam eden maddeler gereğince disiplin işlem ve cezaları düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra, İstanbul Barosunca Uzlaşma Yönergesi hazırlanarak, uzlaşmacı avukat olunabilmesi için belirli ölçütler getirilmiş ve uzlaşma üzerine eğitim seminerleri yapılmıştır. Bu zamana kadar uzlaşmacıların ve Baroların uzlaşma kurumu ile il-

gili pek çok çalışmaları, uygulama deneyimleri olmuştur. Uzlaşma kurumunun tam olarak yasal altyapısının oluşturulmaması ile ilgili pek çok sorunlar yaşanmıştır. Ancak uygulamada uzlaştırıcının avukat olması ile ilgili hiçbir sorun yaşanmamıştır. Bu nedenlerle uzlaştırmanın; mesleki ilke, kural ve disiplinle sahip kişiler olan avukatlarca yapılmasında pek çok fayda vardır.

9. fıkranın *“Cumhuriyet Savcısı, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görenin uzlaşma teklifini kabul etmesi halinde, tarafların uzlaştırmacı bir avukat üzerinde anlaşmalarını halinde uzlaştırmacı olarak avukat görevlendirilmesini barodan ister”* şeklinde değiştirilmesini önermekteyiz.

10. fıkra gereğince Hakimin davaya bakamayacağı haller ile reddi sebepleri, uzlaştırmacı görevlendirilmesi ile ilgili olarak göz önünde bulundurulur denilmiştir. CMK 27. madde gereğince Hakimin reddine Mahkemece karar verilir. Fıkradaki hüküm görevlendirme aşamasındadır, doğrudur ancak eksiktir. Soruşturma esnasında savcılık aşamasında görevlendirilen uzlaşmacının reddi istemine fıkranın bu haliyle kimin karar vereceği belirli değildir. Soruşturmayı yürüten Cumhuriyet Savcısının yasa gereği uzlaşmacının reddine karar verebilmesi mümkün değildir. Bu nedenle fıkranın sonuna *“Hakimin reddini gerektiren sebepler, bilirkişi hakkında da geçerlidir. Soruşturma aşamasında uzlaşmacının reddine Sulh Ceza Hakimliğince karar verilir”* hükmünün ilave edilmesi veya

benzeri bir düzenlemenin yapılması gerektiğini düşünmekteyiz.

14. fıkradaki Cumhuriyet savcısının uzlaştırmacıya talimat vermesi uzlaşmanın amacıyla bağdaşmamaktadır. Zira bu cümle ile uzlaştırmacı, Cumhuriyet savcısının talimatını yerine getiren kişi durumunda kalmaktadır. Oysaki tarafların önerileri ve uzlaştırmacının çözüm tarzının tek sınırı hukuka uygunluk olmalıdır. Zira uzlaşmanın en temel faydalarından birisi de kişilerin isteklerine uygun çözümler üretmesidir. Bu cümle ile uzlaştırmacının çözüm tarzı ipotek altına alınmaktadır. Uzlaştırmacının Cumhuriyet savcısıyla görüşme yetkisi saklı kalmalı ama talimat alması benimsenmemelidir. Diğer taraftan Avukatlık Meslek Kurallarının 2. maddesi gereğince “Mesleki çalışmasında avukat bağımsızlığını korur” Avukatlar, Cumhuriyet Savcısı emrinde çalışan kişiler değildir. Cumhuriyet Savcısından talimat alması bağımsızlığını zedeler. Bu nedenle bu cümlenin teklif metninden çıkartılması gerektiğini düşünmekteyiz.

16. fıkra uzlaşmada organize örgütlerin bu alanda varlığına davetiye çıkaracak bir düzenlemedir. Yargı dışı uzlaşma benimsenirse bu alan hukukun kontrolü altında çıkacaktır. Katılmadığımız, tehlikeli sonuçlar doğuracak bir düzenlemedir. Uzlaşma yargı dışı fakat adliye içi bir çözüm yoludur.

18. fıkra uzlaşmanın yaygınlaştırılmasını engelleyecek bir düzenlemedir. Bizce soruşturmada başarısız olsa bile kişiler kovuşturma aşamasında uzlaşabilmelidir-

ler. Zira belirttiğimiz düzenlemenin hiçbir mahsuru olmadığı gibi uzlaşmanın sağlayacağı tüm amaçları da temin edecektir.

22. fıkradaki düzenlemede, madde metninde uzlaştırmacı ücret ve masraflarının, ne şekilde, ne zaman ve hangi kaynaktan ödeneceği uygulamada hiçbir tereddüt yaratmadan belirtilmesi gerekirdi.

*“CMK gereği Baro tarafından atanan uzlaştırmacının, çalışma ve masraflarıyla orantılı olarak Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi gereğince belirlenen ücreti ve görevin ifasından doğan giderleri, Devlet Hazinesi tarafından Türkiye Barolar Birliği hesabına aktarılan kaynaktan karşılanır. Uzlaştırmacıya ödenecek ücret ve diğer giderler, atamayı yapan yer Barosunca, uzlaşma raporunun sunulmasına müteakip ödenir. Bu ücret, yargılama giderlerinde sayılır.”* şeklinde madde metninin düzenlenmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

24. fıkra konusunda ise, bir önceki madde uyarınca yapılacak ödeme ve uygulamaya ilişkin usul ve esasların uygulayıcı kurumlar olan Barolar ve Türkiye Barolar Birliği tarafından çıkartılacak yönetmelikte belirtilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

5320 sayılı CMK Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanununun 13. maddesinin değiştirilmesi hakkındaki 30. Maddesi ile öncelikle madde ile ödemelerin yapılması Türkiye Barolar Birliği, dolayısıyla barolardan çıkarılarak Adalet Bakanlığı bünyesinde oluşturulacak bir ödeme şekli yaratıl-

masının yolu açılmaktadır. Böylece Barolar sadece görevlendirme yapan makamlar haline gelmekte, CMK uygulamasında görev alan meslektaşlarımızın evraklarının Adalet Bakanlığı bünyesindeki bir birime sunulması ve ödemenin de bu birim tarafından yapılması temin edilmektedir. Maddede mutlaka “*Adalet Bakanlığı tarafından Türkiye Barolar Birliğine aktarılabilecek ödenek*” kelimesinin kullanılması gerekir. Madde ile CMK avukatlığı devlet avukatlığına dönüştürülmeye çalışılmaktadır ki savunmanın bağımsızlığını yok eden bir düzenlemedir.

Diğer yandan CMK uygulamasındaki ücretlendirme yine avukatlık ücret tarifesinden ayrı tutulmaktadır. Böylece avukatlar asgari ücret tarifesi altında görev yapmak durumunda kalmaktadırlar ki asgari ücret tarifesinin anlamı ve işlevi kalmamakta ve avukatlar bizzat bu meblağın altında görev almak durumunda bırakılmaktadır. Asıl önemlisi madde ile yasama organının yine kendisi tarafından çıkarılıp yürürlüğe konmuş olan Avukatlık Kanununun 164/4 üncü fıkrasında yer alan “*Avukatlar asgari ücret tarifesi altında vekâlet ücreti ka-*

*rarlaştıramaz*” hükmü ile bu kanun hükmü arasında yaratacağı açık çelişki en iyimser anlatımla “*vahimdir.*”

İkinci fıkra uyarınca düzenlenecek yönetmelik ise bizzat Türkiye Barolar Birliği tarafından düzenlenmelidir.

Bu durumda madde şu şekilde olmalıdır:

*“Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince Baro tarafından görevlendirilen müdafî ve vekile, görevin ifasından doğan masraflar hariç avukatlık asgari ücret tarifesine göre belirlenen ücret, Adalet Bakanlığı bütçesinde bu amaçla yer alan ödenekten Türkiye Barolar Birliğine aktarma yapılmak suretiyle ödenir. Bu ücret yargılama giderlerinden sayılır.”*

Bu madde uyarınca yapılacak ödeme ve uygulamaya ilişkin usul ve esaslar, Türkiye Barolar Birliğince, baroların görüşleri alınarak çıkarılacak yönetmelikte gösterilir.”

Yukarıdaki görüşlerimizin yasa koyucu tarafından dikkate alınması, yargının işlerliği ve avukatların çalışma koşullarının iyileştirilmesi bakımından yüksek önem taşımaktadır.



**YAYIN KURULU NOTU:** Başkanın başta TCK ve CMK olmak üzere bazı temel ceza yasalarında yapılan değişikliklerle ilgili bu yazısının baskıya girme aşamnasında yasa TBMM Genel Kurulunda onaylandı ve yasalastı. Cumhurbaşkanı'nın onayına gönderildi. Dergimizin okur eline ulaştığı sırada yasanın akibeti ne olur bilinmez. Ancak dergimizin son sayfalarında bu konuya geniş yer ayırdık. İlgilenen okurlarımızın bu sayfalara göz atması yeterli olacaktır umarız...

## “301”

**Prof. Dr. ERDENER YURTCAN**

*Bu tür suçlar, kişinin ifade özgürlüğü ile yakından ilgili. Ama yanlış anlaşılmasın, ifade özgürlüğü, bu tür maddelerde yer alan değerleri aşağılama özgürlüğünü vermez. Önemli olan, ifade özgürlüğü ile aşağılama hareketlerini doğru ayırabilmektir. Bu düşünceleri, ceza yasalarında yer alan propaganda suçları bakımından da paylaşabilirsiniz.*

Ortalık-terim bağışlanırsa-harman yerine döndü. 301 aşağı, 301 yukarı. Nedir bu 301 sevgili okurlar?

301, yeni Türk Ceza Yasasının (TCK) bir maddesidir. Başlığı da, “Türklüğü, Cumhuriyeti, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama”dır. Bu başlık, maddenin içeriği hakkında bir fikir verir. Maddede, belirli kavramlar yer alıyor, bunları aşağılayan hareketler cezalandırılıyor. Başlıkta sayılanların dışında, hükümeti, yargı organlarını, askeri ve emniyet teşkilatını aşağılamak da, cezayı gerektiriyor.

Küçücük bir de köprüleme cümlesi; Bu 301, önceki TCK’nın 159. maddesinin karşılığıdır.

AB’ye giriş sürecinde yasalar yenilenirken, 159. madde de birkaç kez değiştirildi. Önce ceza hafifletildi. Ayrıca, ceza hukuku ilkeleri ile açıklanması mümkün olmayan bir hüküm de maddede eklendi. Bu hüküm, 301. maddede de var. Kısaca şöyle: Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları, bu maddedeki suçları oluşturmaz. Bu hüküm, yakından izleyenler bilirler, AB’nin “ talimatı “ ile yasaya girdi. Sorarsanız,

suçla, suç olmayamı ayıracak bir kriter. Aslında ceza hukuku yaklaşımı ile, komik bir düzenleme. Sanki, insanlara kendi malınızı bulduğunuz yerden alırsanız, hırsızlık olmazı anlatan bir hüküm.

301’in çevresinde kopan fırtınanın nedeni nedir dersiniz? Ona açıklık getirmeden bir saptama yapmama izin veriniz. Ne kadar da kamplaşmaya meraklı bir milletiz. Etrafa bakıyorum da, 301 kalksın diyenler ilerici, kalsın diyenler gerici. Böyle bir şey olabilir mi? Her konuda olduğu gibi, bu konuda da bilimin ilkelerini ve terazisini yardıma çağırıyoruz.

Oysa, bu konuda bazı temel noktaları dikkate alarak doğruyu bulmak mümkün.

Bu tür suçlar, kişinin ifade özgürlüğü ile yakından ilgili. Ama yanlış anlaşılmasın, ifade özgürlüğü, bu tür maddelerde yer alan değerleri aşağılama özgürlüğünü vermez. Önemli olan, ifade özgürlüğü ile aşağılama hareketlerini doğru ayırabilmektir. Bu düşünceleri, ceza yasalarında yer alan propaganda suçları bakımından da paylaşabilirsiniz.

Şimdi belki de beklenen bir cevap gelmeli. Bu tür maddeler yabancı yasalarda da var mı? Elbette var. Tam kopyası olmasa da var. Bu husus, hukuk tekniğinde bir satırbaşımı hatırlatır: Her ülkenin yasaları, o ülkenin sosyal gerçeklik temelinde oturmalıdır. Böyle olmazsa, o yasadaki hayır beklenmez; yasa kağıt üstünde kalır. Bu saptamaya o kadar çok örnek verilebilir ki. Avusturya Ceza Yasası Nazi döneminin propagandasına neden çok ağır ceza öngörür? Çin'de iki çocuktan sonrası niçin hapisle cezalandırılır? Yeni TCK neden töre saikiyle öldürmeyi nitelikli öldürme sayar? Neden sporda şiddeti önleme yasamız spor alanlarında hakaret ve sövmeyi ağır biçimde cezalandırır da, yabancı yasalarda böyle bir hüküm yer almaz. Nedeni o denli açık ki. Bir batı ülkesinde bir tribün dolusu seyirci, karşı takımın teknik direktörünün bütün "sülalesini" hatırlar mı?

Bu açıklamaları da dikkate alarak, 301. maddede sorun yaratan noktalar nelerdir?

İlkin, önceki 159. maddedeki tahkir ve tezyif kavramı 301. maddede aşağılama olarak Türkçeleştirilmiştir. Fakat eksiktir. Tahkir ve tezyifte, karalama ve aşağılama birlikte aranır; aşağılama ise bunun yalnızca bir bölümüdür. Ayrıca, uygulamaya da ışık tutmak açısından, aşağılama, şerefe karşı suçlardaki hakaret etmek değildir, daha ağır bir biçimde toplum içinde küçük düşürmek aranmalıdır.

İkinci olarak, önceki TCK'nın 159. maddesinin ihlal edildiği hallerde, yasanın 160. maddesinin bir emri olarak, Cumhuriyet savcılarını bir olaydan ötürü kamu davasını açmadan önce, Adalet Bakanlığından izin almak zorundaydılar. İzin,

ülkede adalet hizmetinin görülmesinden sorumlu olan bakanlığın, bir değerlendirme yapma gereğinin bir ifadesiydi. Uygulamada sonucu çok açık koymuştu. İzin vermek/vermemek yetkisi Adalet Bakanına aittir. Yeni TCK'da izin kaldırılmıştır. 301. madde konusunda temel hatalardan biri budur.

Üçüncü olarak, batı ülkeleri ölçeğinde, gerek 301. madde gibi hükümlerde ve propaganda suçlarında, savcılara kamu davasını açmada takdir yetkisi tanınır. Bunun anlamı şudur: Savcı, bir olayda yaptığı soruşturma sonunda, söz gelimi 301. maddenin ihlal edildiğini tespit eder. Bu hukuki ve maddi (deliller) anlamda bir tespittir. Ceza davasını açmada takdir yetkisi bu aşamada devreye girer. Bu değerlendirme, savcının, yargılama sonunda ne elde edilir ya da edilmez, değerlendirmesidir. Bu yetki, bu tür olayların mahkemelerde ele alınmamasının temelini oluşturur.

Son günlerde, basında çıkan yazılarda, neden batı ülkelerinde 301. gibi yargılamalar yok, sorusunun cevabı da bu temelde yatar.

Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) 171. maddede, çok sınırlı olarak takdir yetkisini öngördü. Fakat, maddenin içeriğinde, anlatmaya çalıştığım husus yoktur. Ancak bir fırsat vardır. TBMM'nin ilk ele alacağı tasarımlardan biri, ceza yasalarında değişiklikler öngören bir "torba" tasarısıdır. İstenirse, takdir yetkisi genişletilir ve 301. maddeye de bir başka boyut kazandırılır.

Kissadan hisse: Demek ki bu 301'in iyi bir terzinin elinden geçmesine ihtiyaç var. Terzi çok uzakta hiç değil. Ankara'da. Ne dersiniz?

# AVUKATLARIN GÖREV SUÇLARI VE YARGILANMASI REJİMİ

Doç. Dr. Fatih S. MAHMUTOĞLU<sup>(\*)</sup>

Ar. Gör. Serdar TALAS<sup>(\*\*)</sup>

**A**vukatların görev suçları, görev sırasında veya görevle bağlantılı olarak işledikleri suçlar ve bu nedenle yargılanmaları rejimi hukukumuzun yeterince incelenmemiş ve üzerinde tartışılmamış konuları arasında yer almaktadır. Türk Ceza Kanununun ve Avukatlık Kanununun konuya ilişkin düzenlemeleri çerçevesinde Avukatların suç faili ve mağduru olarak konumlarının, olan ve olması gereken hukuk bakımından ele alınması gerekmektedir. Konu özellikle 1 Haziran 2005' tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunuyla oldukça önemli değişikliklere uğramıştır.

## GİRİŞ

Avukatların görev suçları, yani görev sırasında veya görevle bağlantılı olarak işledikleri suçlar ve bu nedenle yargılanmaları rejimi, hukukumuzun henüz yeterince incelenmemiş ve tartışılmamış konu-

ları arasındadır. Yargının kurucu unsuru olan, başka bir ifadeyle bu faaliyetin vaz geçilmez süjesi kabul edilen<sup>(1)</sup> ve Avukatlık Kanununun 1. maddesinin ifadesiyle de kamu hizmeti gören avukatların, bu bağlamda sistematik olarak incelenmemeleri önemli bir eksikliktir.

(\*) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı.

(\*\*) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı.

(1) Müdafin hukuksal konumu konusunda birçok değişik düşünce ileri sürülmüştür. Bunları ana hatlarıyla dört grupta toplamak mümkündür. Bu görüşlerden ilki; asıl olarak müdafie başka bir konum yüklenmekle birlikte, istisnai bazı durumlarda müdafin sanığın temsilcisi sayılması gerektiği yönündedir. İkinci görüş; doktrinde de en fazla taraftar bulan, müdafin sanığın yardımcısı olduğu şeklindeki görüştür. Üçüncü ve diğer bir görüş ise müdafin, sanığın ne temsilcisi ne de yardımcısı olduğunu savunmaktadır. Buna göre müdafî sanığa, mahkemeye ve üçüncü kişilere karşı bağımsız bir durumda, belirli özel yetki ve ödevleri olan, adalete hizmet eden bağımsız bir makam, mahkemeler içinde yerini alması gereken adalet organıdır. Bütün bu görüşlerin dışında müdafin hukuksal konumu hakkında bizim görüşümüz ise; müdafin, yargılamayı oluşturan iddia, savunma, hüküm kurumlarından savunmayı temsil eden bir süjesi olduğu yönündedir. Bu çerçevede müdafî sadece temsil ettiği kurumun kendisine verdiği yetkileri kullanmaktadır. Temsil veya yardım ise sadece müdafin savunma kurumunun kendisine verdiği yetkileri kullanmasının bir sonucudur. Yoksa bu sonuçlar müdafin hukuksal konumunu belirlemez. Fatih S. MAHMUTOĞLU/ Selman DURSUN; Türk Hukukunda Müdafin Yasaklılık Halleri, Ankara 2004, s. 17-28. Ayrıca müdafin hukuki konumu hakkında Bkz. Nur CENTEL, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, İstanbul 1984, s. 40 vd.

Özellikle belirtmeliyiz ki konunun İstanbul Barosu Staj Eğitim Merkezinde uzunca bir süredir, Uygulamada Avukat Bölümü başlığı altında meslektaşlarımıza tarafımızca anlatılması ve bu sayede bir ölçüde bizlerce de daha derinlemesine inceleme ve tartışma olanağının bulunması, böyle bir çalışmayı hazırlamaya iten en önemli nedeni oluşturmuştur. İşte buradan hareketle çalışmamızın konusunu esas itibarıyla suç faili olarak avukatların çeşitli olasılıklara göre durumu ve bu kapsamda yargılanmaları rejimi oluşturmaktadır. Yine konu bütünlüğü gözetilerek zaman zaman avukatların suç mağduru olduğu durumlara da değinilecektir.

### **I - KAMU GÖREVLİSİ KAVRAMI VE TCK UYGULAMASINDA AVUKATLAR**

Avukatların TCK karşısında konularının, daha açık ifade ile kamu görevlisi olup olmadıklarının belirlenmesi görev suçları bakımından yapılacak açıklama ve değerlendirmelerin başlangıcını oluşturmaktadır. Zira bu tespit gerek avukatların görev sebebiyle işledikleri suçlarda, gerekse avukata karşı görevi nedeniyle işlenen suçlarda hukuksal nitelendirmeyi, suça etki eden nedenleri doğal olarak etkilemektedir.

Hem 765 sayılı Kanun hem de 5237 sayılı Kanun kendi terminolojileri ile memur veya kamu görevli-

si olmayı özellikle kamu idaresine karşı işlenen suçlarda unsur, bazı diğer suçlarda ise nitelikli hal olarak düzenlemiştir. Ancak her iki kanunun terimlere yükledikleri anlamların birbirinden farklı oluşu, ulaşılan sonuçları da farklılaştırmaktadır.

#### **A. 765 sayılı TCK'da Memur Kavramı ve Avukatlar**

765 sayılı mülga TCK memur tanımını 279. maddesinde yapmaktaydı. Madde bünyesinde kamu görevi ve kamu hizmeti gibi bir ayrımı barındırmaktaydı. Bu ayrım ise herhangi bir ölçüde dayandırılmamış, içeriği öğretici ve uygulamaya bırakılmıştı<sup>(2)</sup>. 279. maddede yapılan bu tanıma göre ceza kanununun uygulanmasında devamlı veya geçici olarak, teşrii, idari veya adli bir kamu görevi gören devlet veya diğer her türlü kamu kurumlarının memur, müstahdemleri; devamlı veya geçici, ücretsiz veya ücretli, ihtiyari veya mecburi olarak teşrii, idari veya adli bir kamu görevi gören diğer kişiler memur sayılıyordu. Kanun memurları kısaca kamu görevi görenler şeklinde tanımladıktan sonra ikinci bir grup olarak kamu hizmeti görenlerin tanımını yapmaktaydı. Düzenlemeye göre kamu hizmeti görenler; devamlı veya geçici olarak bir kamu hizmetini yürüten devlet veya diğer kamu kurumlarının memur ve müstahdemleri ile devamlı veya geçici, ücretli veya ücretsiz ihtiyari

(2) Görüş ayrılıkları ve tartışmalar için Bkz. Mehmet Emin ARTUK/Ahmet GÖKCEN/ Caner YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 5. Bası, İstanbul 2004, s. 252 vd.; Ayhan ÖNDER, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul 1998, s. 88 vd.; Hasan Tahsin GÖKCEN/ Seydi KAYMAZ, *Ceza Hukukumuzda Memur ve Memurlara Karşı İşlenen Suçlar*, Ankara 2004, s. 28 vd.

veya mecburi bir kamu hizmeti üstlenen diğer kimselerdi.

Mülga Kanunun yukarıda yer verilen anlaşılması güç tanımlaması özetle; ceza kanunun uygulanmasında devlet erklerine bağlı olarak çalışan kişileri kendi bünyesinde ikiye ayırmaktadır. Bunlar kamu görevi yapan ve kamu hizmeti görenlerdi. Tanımlardaki bu belirsizlik doğal olarak öğreti ve uygulamada ölçüt geliştirmek konusunda bir çabaya neden olmuş, ancak uygulamada ortaya çıkan sorunları giderecek yeterli bir kriter kanımızca konulamamıştır<sup>(3)</sup>.

Şüphesiz bu durum avukatların hukuksal statüleri yönünden de ortaya çıkmakta, başka bir deyişle; avukatların memur sayılıp sayılmayacaklarının da açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Hemen belirtelim ki avukatların gerçekleştirdikleri görevlerin kamu gö-

revi niteliğinde olduğu tartışma konusu yapılmamalıdır. Gerçekten de yargı organının işlerliği devletin esaslı olan gayelerindedir ve zorunlu hizmetler arasında yer alır. Yargının bir unsuru olan avukatlar da bu faaliyetin olmazsa olmaz süjesini oluşturmakta ve kamu görevi görmektedirler. Daha açık bir deyişle, devletin erklerinden biri olan yargısal nitelikteki egemenlik tipik olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>(4)</sup>.

Ancak salt bu durum avukatların memur olduğu sonucuna ulaşmamız için yeterli olmamaktaydı. Çünkü mevzuatımızda, avukatı kamu görevlisi saymamızı engelleyen bazı düzenlemeler söz konusuydu. İşte bu noktada karşımıza AvK'nın 1 ve 62. maddeleri çıkmaktaydı. AvK'nın 1. maddesine göre "Avukatlık, kamu hizmeti ve serbest bir meslektir<sup>(5)</sup>. Her şeyden önce 1. maddede avukatlığın kamu hizmeti

(3) *Yargıtay tarafından da benimsenen bir görüşe göre; devletin yapmak zorunda olduğu esaslı gayeleri için yürüttüğü işlem ve eylemler kamu görevi, yapmak zorunda olmadığı, esaslı olmayan gayeleri için gerçekleştirdiği işlem ve eylemler kamu hizmetidir. Diğer bir tanımlamaya göre kamu kudretinin müdahalesi ile yapılan egemenlik tasarrufları kamu görevi, kamu kudretinin müdahalesini gerektirmeyen özel kişilerce de yapılabilen tasarruflar kamu hizmetidir. Bir başka tanımlamaya göre direktif ve takdir yetkisine sahip olanların işlemleri kamu görevi, olmayanlarınkı ise kamu hizmetidir. Erman ise daha kapsayıcı ve detaylı bir tanımlama yapmaktadır. Görüşler için Bkz. ARTUK/ GÖK-CEN/ YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 252.*

*Erman'a göre hukuki tasarruf veya fiilde bulunarak hukuki bir iktidar ve yetkiyi kullanıyorsa veya bu tasarrufların çıkarılması veya eylemlerin gerçekleştirilmesinde kamu hukuku usullerini kullanıyorsa kamu görevi yapılmakta, bu koşulların bulunmaması durumunda kamu hizmeti görülmektedir. Sahir ERMAN/Çetin ÖZEK, Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamu İdaresine Karşı Suçlar, İstanbul 1992, s. 482.*

*Bu konudaki belirsizliğin ve görüş ayrılıklarının ortaya konduğu bir Yargıtay kararı için Bkz. CGK. 25.11.1985; 410/595; Vural SAVAS/ Sadık MOLLAMAHMUTOĞLU, Türk Ceza Kanununun Yorumu, C. 2, s. 1794-2796.*

(4) *Konuya ilişkin Avukatlık Kanununun 2. maddesi nakledilecek olursa avukatın anılan bu konumunu teyit ettiği görülecektir. Avukatlığın Amacı başlığını taşıyan Kanununun 2. maddesi avukatlığın amacını "hukuki münasebetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve haksizliğe uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamak. Avukat bu amaçla hukuki bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına tahsis eder." şeklinde belirlemektedir.*

(5) *Erman sadece bu ifadenin avukatın memur sayılmasına engel olmayacağını ifade etmektedir. ERMAN/ ÖZEK, Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamu İdaresine Karşı Suçlar, s. 494.*

olarak ifade edilmesi avukatların kamu görevlisi sayılmasına engel olarak görülmektedir. Zira 765 sayılı Kanun 279. maddesinde kamu hizmeti görenler ve kamu görevi görenler ayrımı yapılmaktaydı ve kamu hizmeti görenleri memur sayılmamakta idi. Avukatları memur saymamıza engel olan bir diğer düzenleme ise AvK'nın 62. maddesinde yer almaktadır. Hükme göre "Türk Ceza Kanununun 294 ve 295 inci maddelerinde yazılı hallerden başka (Her ne şekilde olursa olsun) bu kanun ve diğer kanunlar gereğince avukat sıfatı ile veya Türkiye Barolar Birliğinin yahut baroların organlarında görevli olarak kendisine verilmiş bulunan görev ve yetkiyi ihmal veya kötüye kullanan avukat Türk Ceza Kanununun 230 ve 240 uncu maddeleri gereğince cezalandırılır." Kanun açıkça avukatın, TCK'nın sadece 230 ve 240. maddelerine atıf yapmak suretiyle 765 sayılı TCK'nın ifade ettiği anlamda memur sayılamayacağını ortaya koymaktaydı. Diğer bir deyişle 765 sayılı TCK'nın 230 ve 240. maddeleri dışında kalan ve memurlara özgü suçların failinin avukat olamayacağı dolaylı bir şekilde ifade edilmekteydi<sup>(6)</sup>. Gerçektende kanun koyucu farklı bir yaklaşım içerisinde olsaydı, avukatların görev ile bağ-

lantılı suçlarda memur sayılacağını açıkça belirtir ve böyle bir sınırlamaya gitmezdi. Nitekim Kanun Koyucu 1162 sayılı Kooperatifler Kanununun 62. maddesinde Kooperatif yönetici ve memurlarının, yine 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 69. maddesinde resmi ara bulucularının görevleri nedeniyle işledikleri suçlarda memur gibi cezalandırılmalarını açıkça ifade etmiştir.

**B. 5237 sayılı TCK ve Yürürlükteki Mevzuat Karşısında Kamu Görevlisi Kavramı ve Avukatlar:**

Hemen belirtelim ki, 5237 sayılı TCK, 765 sayılı Kanunda bulunan kamu görevlisi, kamu hizmeti ayrımına son vererek kavram kargaşasının önüne geçmek istemiş, ayrıca terminolojik olarak memur kavramını da terk ederek kamu görevlisi terimini benimsemiştir. Nitekim bu husus Hükümet tasarısını değiştiren Adalet komisyonu tarafından da şu şekilde ifade edilmiştir. "765 sayılı Türk Ceza Kanunundaki "memur" tanımının doğurduğu sakıncaları aynen devam ettirecek nitelikte olan tanım, Tasarı metninden çıkarılarak; memur kavramını da kapsayan "kamu

(6) Ancak bu açık düzenlemeye rağmen bazı yazarlar avukatın 765 sayılı TCK'nın 279/2. maddesinde yer alan adli kamu görevi görenler arasında yer aldığı düşüncesindeydiler. Örneğin Artuk/ Gökçen/ Yenidünya avukatların adli kamu görevi gören şahıslar olduklarını dolayısıyla memur oldukları görüşünü savunmakta, ancak bu durumu sadece duruşmalarla sınırlı tutmaktaydılar. Aynı şekilde Erman da avukatları istihdam bağı bulunmayan memurlar arasında saymaktaydı. ERMAN/ ÖZEK, Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamu İdaresine Karşı Suçlar, s. 494. Kanımızca AvK'nın zikrettiğimiz özellikle 62. maddesi karşısında bu görüşler yerinde değildir. Şayet 62. madde söz konusu olmasaydı, bizce de AvK'nın 1. maddesinde ifadesini bulan kamu hizmeti kavramına rağmen, avukatların memur sayılması gerekirdi. Ancak böyle bir nitelendirme daha sonra değineceğimiz üzere, avukatların yürütme erki içerisinde faaliyet gösteren diğer memurlarla özellikle de ceza hukuku karşısındaki konumları bakımından eşdeğer olarak görülmesi sonucunu da doğurmamalıydı.

görevlisi” tanımına yer verilmiştir.”<sup>(7)</sup> Gereke açıkça kamu görevlisi teriminin, memuru da kapsayan daha geniş bir terim olduğunu böylece ifade etmektedir.

5237 sayılı Kanununun 6/1-c maddesine göre kamu görevlisi kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişidir. Yeni düzenleme kamu görevlisi kavramını tanımlarken kamusal faaliyetin yürütülmesini esas almaktadır<sup>(8)</sup>. Madde gerekçesinde bu konuya ilişkin yapılan açıklamalara göre “kamusal faaliyet, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararlar, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir. Bu faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin maaş, ücret veya sair bir maddi karşılık alıp almamalarının, bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapmalarının bir önemi bulunmamaktadır. Bu bakımdan, örneğin mesleklerinin icrası bağlamında avukat veya noterin kamu görevlisi olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Keza kişi, bilirkişilik, tercümanlık ve tanıklık faaliyetinin icrası kapsamında bir kamu görevlisidir. Askerlik görevi yapan kişiler de kamu görevlisidirler. Bu bakımdan örneğin bir suç vakıasına müdahil olan, bir tutuklu veya hükümlünün naklini

gerçekleştiren jandarma subay veya erleri de, kamu görevlisidirler.”

Gerekçede de açıkça ifade edildiği üzere avukatlar bu tanım karşısında artık kamu görevlisi sayılmak durumundadırlar. Bu noktada ortaya çıkan sorun; yukarıda yer verdiğimiz AvK’nın 1 ve özellikle 62. maddelerindeki düzenlemelerin nasıl açıklanacağıdır. Zira 1. maddede avukatlığın kamu hizmeti olarak nitelendirilmesi kamusal faaliyeti ölçüt olarak alan 5237 sayılı Kanunun karşısında anlamını yitirse de 62. maddedeki açık atfın irdelenmesi gerekmektedir. Hemen ifade edelim ki 5237 sayılı Kanununun 5. maddesi dikkate alınmadan, sadece 6. maddesinde yapılan tanımla gözetilerek AvK’nın 62. maddesindeki düzenlemenin zımnen ortadan kaldırıldığı sonucu çıkarılamazdı. Çünkü AvK’nın bu hükmü, TCK karşısında özel norm niteliği taşıdığından öncelikle uygulanma mecburiyeti doğmaktaydı. Ancak 5237 sayılı Kanununun 5. maddesi bu sorunu 765 sayılı TCK’dan farklı olarak öngördüğü prensiple çözüme kavuşturmuştur. Şöyle ki Kanununun 5. maddesi “Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır.” demek suretiyle 5237 sayılı Kanununun genel hükümlerine aykırı olan mev-

(7) İzzet ÖZGENÇ, *Türk Ceza Kanununun Gazi Şerhi*, Ankara 2005, s. 97 vd.

(8) Öğretide kamu görevlisi kavramının yalnızca Türk kamu görevlileri veya Türk hukukuna göre kamu görevlisi sayılanlarla tutulmaması gerektiğini savunarak, karşılıklı ilkesi dikkate alınarak uluslararası hukuk ve yabancı ülke hukuk kuralları uyarınca kamu görevlisi sayılanlarında Türk Ceza Hukuku yönünden bu kavram içinde düşünülmesi gerektiğini belirtmektedir. Ersan ŞEN, *Türk Ceza Kanununun Yorumu*, İstanbul 2006, s. 25.

zuatımızdaki tüm düzenlemelerin yürürlükten kaldırmaktadır<sup>(9)</sup>.

Sonuç olarak Avukatlar TCK uygulamasında kamu görevlisi sa-

yılacaklardır<sup>(10)</sup>. Buna bağlı olarak kamu görevlilerine özgü tüm suçların faili olabilecekler, suçun failinin kamu görevlisi olmasının bir nite-

(9) Ancak 5237 sayılı Kanununun 5. maddesi 11.05.2005 tarih ve 5349 sayılı Kanun'un 4. maddesi gereği 31.12.2006'da yürürlüğe girecektir. Bu noktada ifade etmemiz gerekir ki TCK'nun 5. maddesi olması gereken hukukun ifade edilmesi bakımından son derece yerinde bir düzenlemedir. Şöyle ki mevzuatımızda bulunan tüm suçların aynı esas ve ilkelere tabi tutulması hem suç ve ceza politikası bakımından hem de eşitlik ilkesinin sağlanması bakımından isabetli olacaktır. Ancak Kanununun 5. maddesi bu anlamda bir temenniden öteye gidemeyecektir. Zira bu düzenleme diğer kanunlara nazaran bir üst norm değildir ve yeni yapılacak herhangi bir kanunda TCK'nun genel hükümlerine aykırı hükümler bulunması mümkündür. Özgenç Anayasada, normlar hiyerarşisinde Kanunlardan önce temel Kanunlar şeklinde bir kategori yer almadığından 5. maddenin, 01 Haziran 2005 tarihinden itibaren çıkarılan kanunlara bir etkisi olmadığını belirtmektedir. Özgenç, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, s. 94. Kaldı ki 5237 sayılı Kanun dahi kendi içinde bu anlamda tutarlı olamamış ve özel hükümlerde 5. maddenin amacına aykırı düzenlemeler yapmıştır. Örneğin dolandırıcılık suçunun nitelikli hallerinin düzenlendiği 158. maddenin 2. fıkrasında, maddenin 1. fıkrasında sayılan hallerden bazılarında adli para cezası yaptırımını "adli para cezasının miktarı suçtan elde edilen menfaatin iki katından az olamaz." şeklinde belirlenmiştir. Oysa bildiği gibi 5237 sayılı TCK'nun 52. maddesinde adli para cezası "Adli para cezası, beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde yediyüztotuz günden fazla olmamak üzere belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanan meblağın hükümlü tarafından Devlet Hazinesine ödenmesinden ibarettir." şeklinde tanımlanmıştır. Bu durumda Kanunun, kendi içinde genel hükümlerine aykırı düzenleme yaptığı sonucuna ulaşılmaktadır ki bu hal 5. maddenin anlamına aykırıdır. Benzer bir düzenleme 5548 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununda yer almaktadır. Kanununun 10/1-g maddesi kamu denetçisi olmak koşulları arasında açıkça şu ifadelerle yer vererek TCK'nun genel hükümlerine aykırı bir düzenleme yapmaktadır. Düzenlemeye göre 5237 sayılı TCK'nun 53. maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa dahi veya sonradan affa uğramış olsalar dahi belirli suçlardan mahkum olanlar, kamu denetçisi olamazlar. Bu düzenlemede açıkça TCK'nun 5. maddesine aykırıdır.

TCK'nun 5. maddesi ve 53. maddelerinin avukatlık hukuku alanında doğurduğu bir diğer önemli soruna da burada değinmek isteriz. Bilindiği gibi AvK'nun 5. maddesi avukatlığa kabule engel halleri düzenlemektedir. Bu engeller arasında belirli suçlardan mahkum olmak da yer almaktadır. (Bkz. Nejat ADAY, Avukatlık Hukukunun Genel Esasları, 2. Bası, İstanbul 1997 s. 27) . Kanununun 136. maddesi de bu suçlara mahkum olan avukatın meslekten çıkarılacağı kuralına yer vermektedir. Özetle kişinin 5/a maddesinde sayılan suçlardan birinden mahkum olması avukatlık yapmasına engeldir ve bu yaptırım yaşam boyu belirli hakları kullanmaktan yasaklanmak anlamına gelmektedir. 765 sayılı TCK bakımından bu durum son derece olağandır. Zira kanun bu tür yaşam boyu hak yoksunluklarına yer vermektedir. Oysa 5237 sayılı TCK incelendiğinde ise hak yoksunluklarının süre bakımından sınırlandığı görülmektedir. 5237 sayılı TCK'nun belirli hakları kullanmaktan yoksun bırakma başlığını taşıyan 53. maddesine göre Kişi, işlemiş bulunduğu suç dolayısıyla mahkûm olduğu hapis cezasının infazı tamamlanuncaya kadar aynı maddenin 1. fıkrasında belirtilen hakları kullanmaktan yoksun bırakılır. Yoksun bırakılan hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla hapis cezasına mahkûmiyet halinde ise cezanın infazından sonra işlemek üzere, hükümlenen cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir. Bu düzenleme kanununun 5. maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde, yaşam boyu hak yoksunluğunu kabul eden AvK'nun söz konusu hükümlerinin etkisi tartışmalı hale gelmektedir. 5237 s.TCK'nun anılan düzenlemesi karşısında, bizce ömür boyu hak yoksunluklarının süreciğini söylemek imkanı yoktur. Doğrusu, uygulamada nasıl bir sonucun ortaya çıkabileceğini bizde mesleki yönden merak etmekteyiz.

TCK'nun 5. maddesine ilişkin değerlendirme için Bkz. Fatih S. MAHMUTOĞLU, TBMM Adalet Komisyonunda Kabul Edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş, Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, (Ed. Teoman Ergül) Ankara 2004, s. 361.; ÖZGENÇ, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, s. 91-94.

(10) Avukatların kamu görevlisi olduğunu açıkça ifade eden bir hükümlerle 5237 sayılı TCK'nun 94/2-b maddesinde karşılaşılmaktadır. Buna göre işkence suçunun avukata veya diğer kamu görevlilerine karşı suçun işlenmesini bir nitelikli haldir. Kanun avukat ve diğer kamu görevlileri ifadesiyle bir taraftan avukatın kamu görevlisi olduğunu teyit etmekte ancak diğer taraftan da gereksiz bir tekrara neden olmaktadır.

likli hal olduğu tüm hükümler avukatlara uygulanacaktır<sup>(11)</sup>.

Bu sonucun avukatlar bakımından çok kapsamlı ve amacı aşar bir noktaya ulaştığını düşünmekteyiz. Çünkü devlet hiyerarşisi içinde yürütmeye bağlı olarak faaliyet gösteren ve ücretini yine devletten alan kamu görevlileri ile avukatları her koşulda ceza kanunu uygulamasında aynı yere koymak bazen anlamsız bazen de çelişkili sonuçlar doğurabilmektedir. Söz gelimi kamu idaresi aleyhine işlenen suçlarda idarenin iyi işleyişi ve güvenilirliği, kamu görevlisinin devlete olan sadakat yükümü esas alınmaktadır. Buna karşılık avukatlar serbest bir meslek icra etmekte, herhangi bir hiyerarşiye tabi olmamakta ve kazançları kamu tarafından karşılanmamaktadır. Şüphesiz bazı suç tipleri bakımından (söz gelimi, resmi belgede sahtecilik, görevi kötüye kullanma zimmet, rüşvet, irtikap gibi) kamu görevlileri gibi cezalandırılmaları doğru kabul edilse bile, kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçunda

(m. 279) avukatın görevi ile bağlantılı olarak müvekkiline ilişkin öğrendiği bilgiyi yetkili makamlara bildirmesi mecburiyetinin olduğunu söylemek, bu mesleğin genel ve en önemli ilkesiyle örtüşmeyecek, başka bir deyişle, kamu görevlileriyle avukatları her alanda eşdeğer konumda görmek ciddi hukuksal sakıncalar doğuracaktır. Kaldı ki anılan hükme karşın bizce, avukatların ihbar yükümlülüğü olamaz. Aksi düşünülduğünde ise TCK'nın 258. maddede düzenlenen göreve ilişkin sırrın açıklanması suçu ihlal edilemez. Belki de değindiğimiz bu sakıncaları giderebilmek için, ya mesleğin özellikleri dikkatle irdeyerek sayma yöntemiyle suç tipleri saptanabilir, ya da mesleğe uygunluk gösteren suçlar içerisinde nitelikli haller ayrıca gösterilebilir. Bir üçüncü olasılık ise, avukatlara özgü suçlar sadece avukatlık kanununda düzenlenebilir. Şüphesiz bu önerilerimiz eleştiriye bütünüyle açıktır. Ancak bu haliyle avukatları tümüyle, deyim yerindeyse, memurlaştırılan düzenlemeden de ola-

(11) *Bilindiği gibi Avukat 5237 sayılı TCK anlamında hem kamu görevlisidir hem de yargı görevi yapanlar arasında sayılmaktadır. Yargı görevi yapan sıfatıyla avukatın bağlantılı olduğu suçlar ortaya konacak olursa; 252. madde düzenlenen rüşvet suçunun yargı görevi yapan tarafından işlenmesi durumunda ceza artırılacaktır.*

*Avukatlar 277. maddede düzenlene yargı görevi yapanı etkileme suçunun hukuki konusunu oluşturabileceklerdir. Maddeye göre "Bir davanın taraflarından birinin veya bir kaçının 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 kimse" cezalandırılacaktır. Avukat da TCK 6 anlamında yargı görevi yapanlar arasında sayıldığından madde de belirtilen eylemlerin avukata karşı işlenmesi durumunda eylem suç oluşturacaktır.*

*Ancak adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçunda avukatın da belirtilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Düzenlemeye göre bir olayla ilgili olarak başlatılan soruşturma veya kovuşturma kesin hükümle sonuçlanuncaya kadar savcı, hakim, mahkeme, bilirkişi veya tanıkları etkilemek amacıyla alenen sözlü veya yazılı beyanda bulunan kişi cezalandırılır. Madde avukatların anılmaması yerinde değildir. Zira ister müdafii ister vekil olarak görev yapsın ceza yargılamasında avukat bağımsız bir süjüdür ve bu bağlamda avukata yönelik eylemlerin de bu madde kapsamında cezalandırılması gerekmektedir. Ancak madde de avukatlar belirtilmemiştir.*

nak ölçüsünde uzaklaşmak herhalde daha yerinde bir yaklaşım olur.

Bilindiği üzere avukatların görevleri nedeniyle suç mağduru olmaları durumunda, AvK'nın 57. maddesi uygulama alanı bulmaktadır. Başka bir deyişle görev sırasında veya yaptığı görevden dolayı avukata karşı işlenen suçlar hakkında, bu suçların hâkimlere karşı işlenmesine ilişkin hükümler uygulanacağı kuralına yer vermektedir. Kanımızca TCK'daki yeni düzenleme yani avukatın kamu görevlisi sayılması da aynı sonucu doğurmakta olacağından burada önemli bir değişiklikten söz edilemez.

## **II- AVUKATLARIN GÖREV SUÇLARI**

Avukatların görev suçlarına ilişkin incelememizde, uygulamada avukatlar tarafından işlendikleri görülen suçlar aşağıda görülen sınıflandırma esas alınarak açıklanacaktır. Bu sınıflandırmada ilk grupta Avukat olmanın bir unsur olarak düzenlendiği suçlar; ikinci grupta ise, avukatın kamu görevlisi sıfatıyla faili olabileceği suçlar; son grupta ise fail bakımından herhangi bir özellik taşımayan, ancak avukatların konumları ve işleri gereği

uygulamada işleyebilecekleri suçlar yer almaktadır.

### **A - Avukatlara Özgü Suçlar**

Bilindiği üzere, özgü suç ancak belirli özelliklere sahip olan kişilerin fail olabilecekleri suçlardır. Mevzuatımıza bu açıdan baktığımızda, avukatlara özgü suçların esas itibarıyla Avukatlık Kanununda yer aldığı görülmektedir. Bunun yanı sıra 765 sayılı mülga TCK'da da bu nitelikte hükümler bulunmaktaydı. Konunun daha iyi anlaşılabilmesi bakımından, gerek yürürlükten kalkan 765 sayılı TCK'daki hükümlere, gerekse Avukatlık Kanunundaki hükümleri ayrı başlıklar altında ele almayı uygun görüyoruz.

#### *1. 765 sayılı TCK'da*

#### *Düzenlenen Avukatlara Özgü Suçlar*

Avukatlara özgü suçlar, 765 sayılı Kanunun Avukat Ve Dava Vekillerinin Suiistimali başlığı altında düzenlenen 294 ve 295. maddelerinde yer almaktaydı. 765 sayılı TCK'nın 294. maddesindeki Avukatın<sup>(12)</sup> görevini kötüye kullanmasının özel bir şekli olan<sup>(13)</sup> hükme göre Avukat veya dava vekili, hasım

(12) *Dava vekilliği 03.04.1924 tarih ve 460 sayılı Mahamat Kanununun 12. maddesi ile adalete 5 yıl hizmet vermiş kimselere baro bulunmayan yerlerde dava vekilliği yapma imkânı tanınmıştır. Dava vekilliği hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz. ADAY, Avukatlık Hukukunun Esasları, s. 11. Düzenleme her ne kadar hem avukatlardan hem de dava vekillerinden söz etse de da, fiilen artık dava vekilliği ülkemizde neredeyse hiç bulunmadığından anlatımlarımızda avukatları esas almayı tercih ediyoruz. Ayrıca Mevzuatımızda bazı durumlarda avukat olmayan kişilere de müdafilik görevi yapmak yetkisi verilmiştir. Örneğin 353 sayılı Askeri Mahkemelerin Kuruluş ve Yargılama Usulü Kanununun 86/2. maddesinde göre Askeri mahkemenin bulunduğu yerde avukatlık veya dava vekilliği etmeye kanunen yetkili kimse yoksa, hukuk fakültesini bitirmiş subaylar (Askeri hâkim ve askerî savcı ile yardımcıları hariç) ve bunlar da yoksa diğer subaylar müdafî tutulabilirler hükmü yer almaktadır. Ancak bu kişiler inceleme konumuzu oluşturan özgü suçların faili olamazlar. Zira kanun açıkça avukatlardan bahsetmektedir. ADAY, Avukatlık Hukukunun Esasları, s. 11.*

(13) *Nitekim Yargıtay da verdiği bir kararında bu suçların genel nitelikte görevi kötüye kullanma suçunun özel şekilleri olduğunu ifade etmiştir. "1136 sayılı Avukatlık Kanununun 62. maddesinde "Türk*

tarafıya uyuşarak veya hile ve desiselerle kendisine verilen dāvaya zarar verir ya da aynı dāvada hasım tarafıya yardım ederse cezalandırılacaktı. Maddenin devamında ise, avukatın veya dava vekilinin aynı davada bir tarafıya vekâlet ettikten sonra o vekâletten çekilerek diğeri tarafın vekâletini üstlenmesi suç olarak düzenlenmiş eylemlerdi<sup>(14)</sup>.

Görüldüğü gibi mülga 294. madde bünyesinde iki farklı eylemi suç olarak düzenlemekteydi. Bunlardan ilki avukatın üstlendiği davanın gerektirdiği yükümlülükleri yerine getirmemekle kalmayıp, karşı tarafıya anlaşarak veya çeşitli hile ve desiselerle başvurarak müvekkiline zarar vermesi; diğeri ise avukatın bir davada bir tarafın vekâletini üstlendikten sonra, vekâletten çekilip karşı tarafın vekâletlerini üstlenmesi eylemleriydi.

765 sayılı TCK'nın 295. maddesinde düzenlenen suç ise avukatın nüfuz ticareti olarak adlandırılmakta ve kabul ettiği bir davada tanığın, bilirkişinin, savcının, hâkimin olumlu oyunu, görüşünü alacağından ya da bunlardan birine mükâfat vereceğinden bahisle kendi müvekkilden para veya sair eşya alan avukatın eylemini cezalandırılmaktaydı.

765 sayılı TCK'da düzenlenen her üç suç 5237 sayılı TCK'da özel olarak düzenlenmedi. Ancak bu hal söz konusu eylemlerin artık suç olmaktan çıktığı anlamına da gelmemektedir. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere bu eylemler her şeyden önce görevi kötüye kullanma olarak nitelendirilebilecek eylemlerdir. Bunu yanı sıra 5237 sayılı TCK'da avukatların artık kamu görevlisi olarak düzenlenmeleri karşısında,

*Ceza Kanununun 294 ve 295. maddelerinde yazılı hallerden başka ( Her ne şekilde olursa olsun ) bu kanun ve diğeri kanunlar gereğince avukat sıfatı ile veya Barolar Birliğinin yahut baroların organlarında görevli olarak kendisine verilmiş bulunan görev ve yetkiyi ihmal ve kötüye kullanan Türk Ceza Kanununun 230 ve 240. maddeleri gereğince cezalandırılır" hükmüne yer verilmiştir.*

*Görüldüğü gibi; bu maddede, avukatlar hakkında özel nitelikte görevin kötüye kullanılması suç tipi tespit edilmiş ( Başka deyişle, unsurları da açıklanarak, avukatın görevi kötüye kullanılmasının hangi hallerde bu maddeye göre suç oluşturacağı belirtilmiş ) değildir. Genel nitelikte bazı ibarelerle "... kendisine verilmiş bulunan görev ve yetkiyi ihmal ve kötüye kullanan avukatın TCK.'nın 230 ve 240. maddeleri gereğince cezalandırılacağına" değinilmekte yetinildiğinden: bir avukatın, göreviyile ilgili olarak gerek özel yasalarda ve gerekse Türk Ceza Kanununda özel olarak düzenlenmiş suç tiplerini ihlal eden ( Mesela hizmet nedeniyle emniyeti suiüstimal, sahtekarlık ) eylemlerini, 1136 sayılı kanunun 62. maddesi kapsamında mütalaa etmeye olanak bulunmamaktadır." CGK., E. 1988/52, K. 1988/170, T. 25.4.1988. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.*

- (14) Örneğin Yargıtay bir kararında "20/6/1994 tarihinde Gülseren Burmaş'ın vekillikinden kendi isteği ile çekilen sanık avukatın 23/6/1994 tarihinde karşı taraf olan katılan Levent Burmaş'ın vekillikini alması eyleminin, 1136 sayılı Avukatlık Yasasının 41/1. maddesi aracılığı ile TCY.nin 294/1. maddede ve fıkрасına uydugu" nu ifade etmektedir. Esasen AvK'nun 41. maddesine göre avukat vekâletten çekilse dahi 15 gün süre ile görevini devam ettirmek durumundadır. (4 CD. E. 1998/3236, K. 1998/3600, T. 16.04.1998). Benzer biçimde Yargıtay maddede geçen aynı dava ifadesine verdiği anlam için Bkz. "sanık avukatın vekil edeni Mehmet K'un hasmı durumunda bulunan Çağlayan soyadlı kişiler adına takip ettiği davalarda 653 ada 35 parsel, Mehmet K. adına açtığı 1994/49 esas sayılı davanın ise 1670 ada 1 parseli ilişkin olduğu, ve 1136 sayılı Avukatlık Yasasının 38/b ve TCY. nin 294/1. maddelerindeki dava kabul etme yasağının da "aynı işle" sınırlı bulunduğu gözetilmeden ve yakınının davasına ne suretle zarar verdiği de açıklanıp gösterilmeden ögeleri oluşmayan suçtan hükümlülük kararı verilmesi." 4. CD. 2000/2691; K. 2000/3598, T. 2.05.2000. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

somut olayın şartları da dikkate alınarak, ikna suretiyle irtikâp, rüşvet gibi suçlarla karşılaşılabılır.

*2. Avukatlık Kanununda  
Düzenlenen Özgü Suçlar*

*a. AvK. m. 48: Avukata Çıkar  
Karşılığı İş Getirme ve Aracı  
Kullanma*

Avukatlık Kanununun 48. maddesi Avukata Çıkar Karşılığında İş Getirme başlığı altında "Avukat veya iş sahibi tarafından vadolunan veya verilen bir ücret yahut da herhangi bir çıkar karşılığında avukata iş getirmeye aracılık edenler ve aracı kullanan avukatlar altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." şeklinde yer verdiği düzenlemesi ile avukatlara çıkar karşılığı iş getirmeyi ve avukatları bu şekilde aracı kullanmasını suç olarak düzenlemektedir.

Düzenlemenin *ratio legis*ine ilişkin değerlendirme yapabilmek için avukatlık mesleğinin genel özelliklerinin dikkate alınması gerekmektedir. Her şeyden önce avukatlık ticari bir faaliyet değildir. Avukatlık Kanunu bir bütün halinde incelendiğinde; reklâmın yasaklanmış olması<sup>(15)</sup> (m.55), çekişmeli hakları edinme yasağı ( m. 47) gibi düzenlemeler bu amaca hizmet etmektedir. Mesleğin ölçülü ve ağır başlı davranmayı gerektiren niteliği meslek mensuplarının ticaretle uğraşırçasına yollara tevessül etmelerinin de yasaklanmasını zorunlu kılmaktadır. Bu maksatla kanun koyucu hem bu şekilde avukata iş

getirmeyi, hem de avukatın aracı kullanmasını yasaklamaktadır.

Maddede düzenlenen esasında iki ayrı suç bulunmaktadır. Bunlardan ilki Avukat veya iş sahibi tarafından vaat edilen veya verilen bir ücret yahut da herhangi bir çıkar karşılığında avukata iş getirmeye aracılık etmektir. Bu suç için bir görev suçu ya da özgü suç nitelendirmesinin yapılması mümkün değildir. Ancak avukatların, kendilerine gelen işleri başkaca avukatlara yönlendirmeleri ve bunun karşılığında bir vaat veya menfaat temin etmeleri durumunda da bu suç oluşacaktır.

Kanununun 48. maddesinde düzenlenen ve doğrudan avukatların görev suçu olabilecek suç ise avukatın bir ücret veya vaat karşılığında kendisine iş getirmesi için aracı kullanması eylemleridir. Bu suç avukatlara özgü bir suçtur. Avukat unvanına sahip ve fakat fiilen avukatlık yapmayan kişiler de bu suçun faili olabilir. Ancak bu durumda aşağıda açıklanan AvK. m. 63. maddede düzenlenen suçun da faili olarak sorumlu tutulmaları gerekecektir.

Suçun maddi unsuru avukatın, ücret veya başka şekilde çıkar sağladığı bir aracı kullanmasıdır. Gerek düzenlemenin ilk kısmında vaat edilme ifadesi gerekse ikinci kısmındaki aracı kullanma ibareleri suçun oluşumu için anlaşmanın yeterli olduğu yorumunu haklı çıkarabilecek niteliktedir görülmek-

(15) GÖKCAN, Açıklamalı Avukatlık Yasası Görev Suçları Kovuşturma ve Hukuki Sorumluluk, s. 88; MAHMUTOĞLU/DURSUN, Türk Hukukunda Müdafin Yasaklılık Halleri, s. 58.

tedir. Böyle bir yorum düzenlemenin lafzi yorumuna gerekse konuluş amacına çok daha uygundur. Şüphesiz aksi görüşün varlığında dahi teşebbüs hükümlerinin uygulanabileceğini unutmamak gerekir.

*b. AvK. m. 56: Aslı Olmayan Belgeyi Onaylama veya Aslına Aykırı Suret Çıkarma*

Avukatlık Kanununun “örnek çıkarılabilir ve tebligat yapabilir hakkı” başlığını taşıyan 56. maddesinin birinci fıkrası usulüne uygun olarak düzenlenen ve avukata verilmiş olan vekâletnamenin örneğini çıkarıp aslına uygunluğunu imzası ile onaylayarak kullanabileceğini, avukatın çıkardığı vekâletname örnekleri bütün yargı mercileri, resmî daire ve kurumlar ile gerçek ve tüzel kişiler için resmî örnek hükmünde olduğu kuralına yer vermektedir. Maddenin ikinci fıkrası ise asıllarının verilmesi kanunda açıkça gösterilmeyen hallerde avukatlara, takip ettikleri işlerde, aslı kendilerinde bulunan her türlü kâğıt ve belgelerin örneklerini kendileri onaylayarak yargı mercileri ile diğer adalet dairelerine verebilmek yetkisini vermektir. Ele aldığımız suç, 56/2. maddesinin ikinci cümlesinde düzenlenmiştir. Hükme göre aslı olmayan vekâletname veya diğer kâğıt ve belgelerin örneğini onaylayan yahut aslına aykırı örnek veren avukat cezalandırılır.

Suçla korunan hukuksal değer aslında belgede sahtecilik suçlarında olduğu gibi kamunun güveni-

dir<sup>(16)</sup>. Ancak burada kanun koyucu avukatlık mesleği mensuplarına tanıdığı bir yetkinin kötüye kullanılmasını da cezalandırmaktadır. Sonuç olarak kanun koyucu, avukatlara kamu nazarında ek bir güven atfetmekte ve bu güvene aykırı davranışları özel olarak düzenlenmektedir.

Esasında söz konusu madde avukatın kendi görev alanına giren işlerde resmi evrakta sahtekârlığını cezalandırmaktadır. Zira bu hüküm olmasa dahi 5237 sayılı TCK ile kamu görevlisi sayılan avukatın, TCK'nın 204/2. maddesi gereğince cezalandırılması gerekecektir. Ancak özel düzenleme nedeniyle avukatlara ilişkin uygulanması gereken hüküm AvK'nın 56. maddesidir.

Suçun maddi konusu iki başlıkta toplanabilir. Bunlardan ilki; avukatların vekâletnameleridir. İkincisi ise aslı kendilerinde bulunan ve asıllarının verilmesi kanunda açıkça gösterilmeyen hallerde her türlü kâğıt ve belgelerdir. O halde yapılması gereken ilk tespit, kanun gereği asılları verilmesi gereken evrak ve belgeler bu suç kapsamı dışında kalmaktadır.

Suçun maddi unsuru incelendiğinde kanunun iki farklı eylemi farklı koşullarla cezalandırdığı görülmektedir. Aslı olmayan vekâletname veya diğer kâğıt ve belgelerin örneğini onaylamak cezalandırılan ilk eylemdir. Kanun tıpkı diğer resmi belgede sahtekârlık suçlarında olduğu gibi belgenin düzenlenmesi-

(16) Kamunun güveni için Bkz. Sahir ERMAN/Çetin ÖZEK, *Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamunun Güvenine Karşı Suçlar*, İstanbul 1996, s. 9 vd.

ni yeterli görmekte ve kullanılmasını aramamaktadır<sup>(17)</sup>. Onaylanan belgenin aslının olmaması gerekmektedir. Yoksa aslının var olmasına karşın, avukatta bulunmaması durumunda suç oluşmayacaktır.

Suçun maddi unsuru kapsamında incelenmesi gereken ikinci eylem ise aslına aykırı olan vekâletname veya belgelerin onaylanarak verilmesidir. Kanun koyucu aslı olan ve fakat üzerinde tahrifat yapılan ya da herhangi bir şekilde aslına aykırı olan örneklerin avukat tarafından onaylanması ve 56. madde kapsamında tanınan yetkiye istinaden verilmesi durumunu suçun maddi unsuru kapsamında düzenlemiştir. Ancak verilmeden bahsedildiğine göre bu hareketin yine 56. maddede tanınan yetkiye uygun olarak kullanılması gerekmektedir. Zira 56. madde vekâletnamelerin onaylı örneklerinin bütün yargı mercileri, resmî daire ve kurumlar ile gerçek ve tüzel kişiler için resmî örnek hükmünde olduğunu belirtirken, diğer belgeler bakımından bu yetkiyi sınırlamakta ve sadece yargı mercileri ile diğer adalet dairelerine vermek yetkisini tanımaktadır. Avukatın bu merciler dışında kurumlara verdiği aslına aykırı belgeler bakımından TCK'nın 257. maddesinde düzenlene görevi kötüye kullanma veya resmi belgede sahtecilik suçu oluşacaktır.

*c. AvK. m. 63: Sadece Avukat Unvanını Kullanabilen Avukatların Fiilen Avukatlık Yapması*

Avukatlık Yetkilerinin Başkaları Tarafından Kullanılmaması başlığını taşıyan Avukatlık Kanununun 63. maddesi avukatlık mesleğini yapmak hakkına sahip olmadıkları halde avukatlık yapanların eylemlerini suç olarak düzenlemektedir. Avukat olmadıkları halde yani baro levhasına kaydı olmadığı halde avukatlık yapanlar, konumuz dışında kalmaktadır. Bu bağlamda değerlendirmemizin kapsamında kalan hususlar işten yasaklanmış olan veya baro levhasındaki kaydı yirmi yılı dolanlardan, bürosunu kapatarak vergi kaydını sildiren avukatların durumudur. Bilindiği avukatlığa kabul AvK'nın 9. maddesinde düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre "Avukatlık mesleğine kabul edilen adaya, ilgili baro tarafından bir ruhsatname verilir. Avukatlığa kabul, ruhsatnamenin verildiği andan itibaren hüküm ifade eder. Aday böylece avukatlığa kabul edildikten sonra (Avukat) unvanını kullanmak hakkını kazanır." Ancak avukatlık kanunu bazı durumlarda kişinin sadece avukat unvanını kullanmasına izin vermekte ve fakat avukata tanınan yetkileri kullanmasına izin vermemektedir. Bunlar işten yasaklanan avukatlar ve baro levhasındaki kaydı yirmi yılı dolanlardan, bürosunu kapata-

(17) Aksi görüş; GÖKCAN, Açıklamalı Avukatlık Yasası Görev Suçları Kovuşturma ve Hukuki Sorumluluk, s. 92. Yazar kanun her ne kadar onaylamak dese de bunun verme şeklinde anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir.

rak vergi kaydını sildiren avukatlardır. Bu iki gruba mensup olanlar, avukat unvanını kullanabilmekle birlikte avukatlara tanınan yetkileri kullanamamaktadırlar. Dolayısıyla suçun faili ancak bu iki grup avukat olabilir.

Suçun maddi unsuru kapsamında incelenecek ilk durum baro levhasındaki kaydı yirmi yılı dolandıran, bürosunu kapatarak vergi kaydını sildiren avukatın, avukatlara tanınan yetkileri kullanmasıdır. Avukatlara tanınan yetkiler konusunda bir sınırlama yapmak ise mümkün değildir. Başta AvK'nın 35. maddesinde tanınan yetkiler olmak üzere, mevzuatta avukatlara tanınan tüm yetkiler bu kapsamda değerlendirilmelidir.

Maddi unsur kapsamında kalan ikinci hal ise işten yasaklanan avukatın avukata ait yetkileri kullanmasıdır. Avukatlık Kanununun 153.

maddesi işten yasaklanma başlığı altında hakkında meslekten çıkarma cezasını gerektirebilecek mahiyette bir işten dolayı kovuşturma yapılmakta olan avukat disiplin kurulu kararıyla, tedbir mahiyetinde işten yasaklanabileceğini belirtmektedir<sup>(18)</sup>. Suçun maddi unsurunu bu durumda olan avukatların, avukatlara tanınan yetkileri kullanmaları oluşturmaktadır. Zira AvK'nın 155. maddesi işten yasaklanmış olanlar bu tarihten itibaren avukatlığa ait yetkileri hiçbir şekilde kullanamayacaklarını ancak avukatın eşi ile reşit olmayan çocuklarına ait işlerde uygulanmayacağını belirtmektedir.

İşten yasaklanma başlığı altında son olarak, işten yasaklanmanın özel bir şekli olan ve 5271 sayılı CMK ile mevzuatımıza giren müdafinin görevden yasaklanmasına değinmek istiyoruz<sup>(19)</sup>. Bilindiği gibi

(18) *AvK bazı durumlarda avukatın zorunlu olarak işten yasaklanacağı düzenlemesine yer vermektedir. 154. maddeye göre haklarında meslekten çıkarma cezası verilen veya 42. madde uyarınca geçici olarak görevlendirilmiş olup, yapılan işlerin ücretini iş sahibinden aldığı halde aynı maddenin son fıkrası gereğince kabule değer bir sebep olmaksızın ilgili mercie ödememiş olan avukatların işten yasaklanmaları zorunludur.*

(19) *Hemen belirtelim ki bu halde sadece belirli bir davaya özgü yasaklılık söz konusudur. Konunun öneminden dolayı bu yeni müesseseyi biraz açmak isteriz. CMK'da bu değişiklik yapılmaya kadar Avukatlık Kanunu'nda disiplin hukuku düzenlemeleri yer almaktaydı. Avukatlık Kanunu 135. maddesine göre işten çıkarma ve meslekten çıkarma cezaları verilmektedir. Av.K.153. maddeye göre hakkında meslekten çıkarma cezasını gerektirebilecek (meslekten çıkarma cezası Av.K.135/5. maddesine göre ruhsatnamenin geri alınarak avukatın adının baro levhasından silinmesi ve avukatlık unvanının kaldırılmasıdır) mahiyette bir işten dolayı kovuşturma yapılmakta olan avukat, disiplin kurulu kararı ile tedbir mahiyetinde işten yasaklanabilir.*

*CMK'da 151. maddeye eklenen 3. ve 4. fıkraları ile belirli koşullarda müdafinin yasaklanabileceği belirtilmiştir. İlk koşul seçilmiş veya görevlendirilmiş bir avukatın bulunmasıdır. Diğer koşul ise TCK 220, 314 ve terör suçlarından tutuklu veya hükümlü olanların müdafiliğinin üstlenilmiş olunmasıdır. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma ve silahlı örgüt suçlarından tutuklu olanların müdafiliğini, hükümlü olanların vekilliklerini üstlenmiş olması, aynı suçlardan dolayı hakkında kovuşturma açılması, cumhuriyet savcısının yasaklamaya ilişkin talepte bulunması hallerinde müdafii hakkında yasaklama kararı verilebilir. Yasaklama nedenleri konusunda sınırlı sayı ilkesi uygulanarak belli suçlardan dolayı soruşturma açılmış olmasını aramıştır. Ancak bu tür yasaklama müdafinin savunduğu sanığın suçuna katılması veya müdafilik görevi dolayısıyla sahip olduğu yetkileri suüstimal etmesi hallerinde ve olguya dayanan kuvvetli şüphe aranması koşuluyla hukuka uygun görülebilir. Çünkü suçta iştirak veya yataklık etme şüphesi altında bulunma ile müdafilik sıfatı bağdaşmaz, c kişinin müdafii sıfatıyla sahip olacağı yetkileri kullanması, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını zorlaştırabilir. Üçüncü koşul ise müdafilikten yasaklılık kararı için, avukatın müdafiliğini yaptığı*

CMK'nun 151. maddesi bazı koşulların varlığı durumunda, müdafii veya vekillik görevi yapan avukatın görevden yasaklanabileceği hükmüne yer vermektedir. Esasında görevden yasaklanan avukat hakkında AvK gereğince işten yasaklanma kararı da verilebilmesi mümkündür. Ancak işten yasaklamaya ilişkin Avukatlık Kanununun 63. maddesi kanımızca bu hali de kapsamaktadır. Zira "iş" ile ifade edilmek istenen husus AvK'nın 35. maddesi ve mevzuatımızca müdafii veya vekil olan avukata verilen görevlerin tamamıdır. Dolayısıyla görevden yasaklanmış müdafii ve vekil, buna rağmen yasaklanmış ol-

dukları işle ilgili işlem yaptıklarında AvK'nın 63. maddesinde düzenlenen suçun faili olacaklardır<sup>(20)</sup>.

### **B – Kamu Görevlilerine Özgü Bazı Suçlar**

Burada önemli gördüğümüz görevi kötüye kullanma(m. 257), zimmet (m. 247), göreve ilişkin sırrın açıklanması (m. 258), kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçlarına yer vermek istiyoruz. Sırasıyla kısaca ele alacak olursak;

Mülga 765 sayılı TCK'nın 230 ve 240. maddelerinde düzenlenen görevi ihmal ve görevi kötüye kullanma suçları, 5237 sayılı TCK'da 257. maddede aynı maddede görevi

*kişinin TCK 220 ve 314.maddelerinde sayılan suçlar ile terör suçlarından dolayı tutuklu ya da hükümlü olması gerekmektedir. 149 ve 150.maddeler uyarınca görev yapan müdafii maddede sayılan suçlardan dolayı hakkında kovuşturma başlatılmış olması gerekmektedir. Yasaklama için sadece soruşturma yeterli değildir. Avukat hakkında kovuşturma başlanmış başka bir ifadeyle iddianame kabul edilmiş olmalıdır. Son koşul olarak Cumhuriyet savcısının da bu konuda bir istemde bulunması gerekir. Cumhuriyet savcısının yasaklılık istemi mahkeme tarafından değerlendirilerek gerekirse yasaklama kararı alınacaktır. Bu karar ancak müdafii hakkında kovuşturmanın açıldığı yer mahkemesi tarafından verilebilmektedir.Mahkemenin bu kararına karşı itiraz yoluna gidilebileceği düzenlenmektedir. Müdafii hakkında yapılan kovuşturma sonunda mahkûmiyet dışında bir karar verilmesi halinde kesinleşmesi beklenmeksizin yasaklama kararı kendiliğinden kalkar. Müdafilikten yasaklanma kararı, kovuşturma konusu suçla sınırlı olmak üzere, 1 yıl süre ile verilebilir. Müdafii 3.fıkradaki suçlardan birisinin işleme halinde, her suç için 1 yıl süre ile yasaklama kararı verilecektir. Bu süre içerisinde kovuşturmanın sonuçlanmasının mümkün olmayacağı düşünüldüğünde, müdafilik görevinden yasaklanmanın gerekli olması halinde bu süreler 6 aydan fazla olmamak üzere en fazla 2 defa uzatılır. Yasaklılık kararı müdafiliğini yaptığı tutuklu ya da hükümlünün yanında baro tarafından tayin edilen avukat hakkında verilmiş ise ayrıca baroya da bildirilecektir. Yasaklı müdafii gerek 220.ve 314.maddeler kapsamındaki terör suçları gerekse diğer davalar açısından da ilgili hükümlü ya da tutukluyu ziyaret edemeyecektir. Bu kapsamda yasaklama durumunda avukat bürolarında arama ve el koyma bakımından da istisnai hükümler getirilmesi yerinde olacaktır. Ayrıntılı bilgi için Bkz. Fatih Selami MAHMUTOĞLU/Selman DURSUN; Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Müdafii Görevden Yasaklanması Ve Bunun Alman Hukuku'ndaki Düzenlemesiyle Karşılaştırılması, Polis Dergisi, Sayı 44 Nisan-Mayıs-Haziran 2005, s.22-27.*

(20) Yasaklamayla bağlantılı olarak değinilmesi gereken bir başka durumda Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı hakkında Kanununda bulunmaktadır. Kanununun 59. maddesine göre "5237 sayılı Kanununun 220 nci, İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü ve Beşinci Bölümlerinde yer alan suçlardan mahkûm olan hükümlülerin avukatları ile ilişkisi; konusu suç teşkil eden fiilleri işlediğine, infaz kurumunun güvenliğini tehlikeye düşürdüğüne, terör örgütü veya diğer suç örgütleri mensuplarının örgütsel amaçlı haberleşmelerine aracılık ettiğiine ilişkin bulgu veya belge elde edilmesi halinde, Cumhuriyet Başsavcılığının istemi ve infaz hâkiminin kararıyla, bir görevli görüşmede hazır bulundurulabileceği gibi bu kişilerin avukatlarına verdiği veya avukatlarına bu kişilere verilen belgeler infaz hâkimince incelenebilir. İnfaz hâkimi belgenin kısmen veya tamamen verilmesine veya verilmemesine karar verir." Kuralına yer vermektedir. Düzenleme bazı suçlardan hükümlü olanların avukatları ile görüşmelerine kısıtlama getirmektedir.

kötüye kullanma başlığı altında düzenlenmiştir. Giriş bölümünde de açıklandığı üzere avukatların kamu görevlisi (memur) sayılmadığı dönemde AvK'nın 62. maddesinin açık atfı nedeniyle gerek 230. maddenin gerekse 240. maddenin avukatlara uygulanabilmesi söz konusu olmaktadır. 31.12.2006 tarihine kadar da avukatla TCK anlamında kamu görevlisi olmadıklarından, 5. madde henüz yürürlüğe girmemiş olduğundan, yine aynı şekilde avukatlar hakkında 5237 sayılı TCK'nın 257. (mülga 765 sayılı TCK'nın 230 ve 240. maddeleri) uygulanabilecek, bu tarihten sonra artık 62. madde atfına ihtiyaç olmadan avukatlar, kamu görevlilerine özgü suçların tamamının faili olabileceklerdir.

5237 sayılı TCK görevi kötüye kullanma suçunu 257. maddesinde düzenlemiş, mülga kanundan farklı olarak icrai ve ihmali davranışla işlenebilmesine göre bir ayırım yaparak görevi kötüye kullanma, görevi ihmal ayırımına son vermiştir. Görevi kötüye kullanma suçu tali nitelikte ve tamamlayıcı bir normdur. Yani kamu görevlisi tara-

findan gerçekleştirilen eylem kanunda tanımlanan diğer suçlardan hiçbirisini oluşturmuyorsa görevi kötüye kullanma suçu oluşacaktır. Bu durum hem kanunda hem kanunun gerekçesinde açıkça ifade edilmiştir<sup>(21)</sup>.

Görevi kötüye kullanma suçunun oluşumundan bahsedilebilmesi için her şeyden önce kamu görevlisinin ve daha özelde avukatın görev alanına giren bir faaliyetin varlığı gerekmektedir. Görevin belirlenmesi yapılmadan, kötüye kullanımından bahsedilemeyeceği açıktır. Avukatın görevleri ise başta Avukatlık Kanunu olmak üzere mevzuatımızda pek çok yerde düzenlenmiştir. Görev alanına girmeyen bir hususta kötüye kullanma da mümkün değildir<sup>(22)</sup>.

Yeni düzenleme karşısında görevi kötüye kullanma suçunun maddi unsurunun hareket alt unsuru iki farklı şekilde gerçekleştirilebilir. Bunlardan ilki 257/1. de düzenlenen ve mülga 765 sayılı Kanununun 240. maddesinde yer alan düzenlemeyi karşılayan icrai nitelikte hareketler, diğeri ise 257/2. de düzenlenen mülga 765 sayılı Ka-

(21) Madde gerekçesinde bu durum "Görevi kötüye kullanma suçu, genel, tali ve tamamlayıcı bir suç tipidir. Bu nedenle, görevin gereklerine aykırı davranışın başka bir suçu oluşturmadığı hâllerde, kamu görevlisini bu suça istinaden cezalandırmak gerekir." şeklinde ifade edilmiştir. Aynı yönde AR-TUK/ GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 451.

(22) Örneğin bir kararında Ceza Genel Kurulu zorunlu müdafii olarak atanan kişilerin görevi protesto amacıyla yapmamalarını görevi ihmal olarak nitelendirmiş, baro tarafından hazırlanan zorunlu müdafilik görevi yapmakla görevli avukatlar listesini görevin müdafilik hizmetlerinin değerlendirilmesinde, "Levhasına kayıtlı buldukları D.Barosu tarafından yasal düzenlemelere uygun biçimde müdafii olarak görevlendirildikleri ve bu görevlerinin sona ermesini gerektirecek yasal koşullar da bulunmadığı halde, Baro Yönetim Kurulunun bir meslektaşlarına yönelik davranışı duyurma ve protesto amacı ile aldığı, "kolluk aşamasında CMUK gereği zorunlu müdafilik hizmetlerinin durdurulmasına" ilişkin kararına destek amacıyla hareket eden sanıkların, kolluk tarafından arandıklarında iletişim imkanlarını ortadan kaldırmak ya da çağrıtı reddetmek suretiyle kolluk aşamasındaki zorunlu müdafilik görevlerini yerine getirmemek şeklindeki eylemleri, Avukatlık Yasası'nun 62. maddesi aracılığı ile TCY'nun 230. maddesinde öngörülen görevi savsama suçunu oluşturur." CGK. E. 2003/4-220, K. 2003/242, T. 7.10.2003. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

nunun 230. maddesinde yer alan düzenlemeyi karşılayan ihmali nitelikte hareketlerdir.

Suçun icrai hareketle işlenmesi avukatın görevini kötüye kullanması olarak tanımlanmaktadır. Suçun oluşumu avukatın görev alanına giren yetkilerini kötüye kullanımına bağlıdır. Başka bir ifadeyle görevi kötüye kullanma suçu avukatlık görevinin kendisine sağladığı kudret ve yetkileri amacı dışında kullanması, kötüye kullanması halinde oluşur. Avukatın görevini; kanun, idari düzenlemeler veya talimatların öngördüğü esaslar dışında, kanuni yetkisini aşarak, kanunun aradığı şekil şartlarına uymayarak, kendisine tanınan takdir yetkisinin sınırlarını aşarak, kanunun emir veya müsaade ettiği hareketinin gerektirdiği ön şartlara aykırı hareket ederek veya kendisine teslim edilen ve görevi sebebiyle kullanması gerekli eşyayı usulsüz kullanarak, amaca aykırı surette, kötüye kullanarak ifası – eğer eylem özel bir normla bağımsız bir suç olarak öngörülmemişse – görevi kötüye kullanmak suçunu oluşturur.<sup>(23)</sup> Ayrıca burada ifade etmemiz gereken bir diğer hususta mülga 765 sayılı Kanun uygulamasın-

da 294. madde kapsamında değerlendirilen eylemler de görevi kötüye kullanma kapsamında değerlendirileceğidir.

Suçun ihmali hareketle işlenmesi ise 257. maddenin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre avukatın görev alanına giren işlemleri yapmakta ihmal, gecikme, savsama göstermesi maddi unsurun hareket alt unsurunu oluşturacaktır. Mülga 765 sayılı Kanun döneminde 230. maddede düzenlenen eyleme ilişkin pek çok içtihat bulunmaktadır. Örneğin Yüksek Mahkememiz zorunlu müdafinin hükmü temyiz etmemesi<sup>(24)</sup>, icra dairesinde yapılan takipte tahsil konusunda işlem yapmamayı görevi ihmali olarak nitelendirmiştir<sup>(25)</sup>.

Maddi unsur kapsamında değerlendirilmesi gereken son husus, ister ihmali ister icrai davranışla işlenmiş olsun, görevi kötüye kullanma suçunun oluşumu için hareketin bireylerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olmasının aranmasıdır. 5237 sayılı TCK'nın 257. maddesi, gerçekleştirilen icrai veya ihmali davranışın kamunun zararına veya bireylerin mağduriyetine neden olmasını aramaktadır. Mağduriyet her türlü yoksunluğu

(23) ARTUK/ GÖKCEN/YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 472.

(24) "M. Barosu'nun 15.12.2000 tarihli yazısı ile CYY'nın 138. maddesi uyarınca zorunlu müdafii olarak atanan sanığın, gerekli özeni gösterip işi sonuna kadar takip etme zorunluluğuna ilişkin Avukatlık Yasasının 34 ve 171. maddelerine aykırı biçiminde, yargılama sonunda verilen hükümlülük kararını temyiz etmeme eyleminin TCY'nın 230/1. maddesine uydugu (gözetilmeden) (4. CD., E. 2003/12388, K. 2004/11948, T. 20.10.2004); Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

(25) "Yaşar'ın yakınına ilişkin olarak verilen 20.12.1993 tarihli son soruşturmanın açılması kararında belirtilen eylem, Küçükçekmece Birinci ve İkinci İcra Müdürlüklerinin 1991/1839 ve 1991/2410 esas sayılı dosyalarının içeriği karşısında, görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunun öğelerinin ne suretle gerçekleştiği açıklanmadan ve yakınının senede bağlı alacaklarının tahsil konusunda hiç bir işlem yapmama biçiminde kabul edilen sanığın eyleminin, görevi savsama suçunu oluşturduğu ve sanık hakkında bu eylemden ötürü dava açılmadığı gözetilmeden, yetersiz gerekçeyle karar verilmesi", (4. CD. E. 1997/2077, K. 1997/2771, T. 9.4.1997); Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

kapsarken, zarar sadece maddi zararları kapsamına almaktadır.

Mülga kanun döneminde üzerinde durulan konulardan biride manevi unsur açısından idi. Suçun genel değil, özel kastla işlenebileceği yönünde görüşler ileri sürülmüş, bu görüşler bazı Yargıtay kararlarına da yansımıştı<sup>(26)</sup>.

765 sayılı TCK uygulamasında avukatlar tarafından görev sırasında işlenen ve içtihatlarla en yoğun biçimde yansıyan suç, hizmet nedeniyle emniyeti suiistimal eylemleriydi. 765 sayılı TCK'nın 510. maddesinin 508. maddeye atıfla

düzenlediği suç meslek sebebiyle avukata tevdi veya her ne namla olursa olsun teslim edilen şeyin kendisinin veya başkasının menfaatine olarak satılması, rehnedilmesi, veya harcanması, inkar edilmesi, değiştirilmesi cezalandırılmaktaydı. Aslında bu maddenin uygulama şekli yukarıda değindiğimiz AvK'nın 62. maddesinin içeriğinden ileri gelmekteydi<sup>(27)</sup>. Başka bir ifadeyle, 765 sayılı TCK'nın 230 ve 240. maddeleri dışında memurlara özgü başka bir hükmün avukatlara tatbik edilememesinin bir sonucuydu. Bu noktada bir hatırlatma yap-

(26) "... Suçun (TCK.240) manevi unsurunu ise genel kasıt yanında özel kasıt oluşturur...", (Yargıtay CGK. 17.02.1986, 4-431/ 48, Savaş – Mollamahmutoğlu, c:II, s.2149). "...Özel bir kasıtlı hareket ettiği belirlenemeyen sanığın beraatine karar verilmelidir..." ,( CGK. 19.03.1984, 4-396/99, Savaş – Mollamahmutoğlu, c:II, s. 2153 vd. ). Özellikle görevi kötüye kullanma bakımından yapılan bu tartışmayı kısaca özetlemekte yarar görüyoruz. Bir görüşe göre görevi ihmal suçundan farklı olan görevi kötüye kullanma cürümünün oluşabilmesi, failde özel bir kastın araştırılmasına yani bu konuda, failin saikine bakılmasına bağlıydı. Görevi kötüye kullanma suçunda faildeki kast ihmal suçundan farklı olarak memuriyete ilişkin yetkileri çeşitli maksatlar için- bu maksatla kendisine veya başkasına bir menfaat sağlama yahut başkası için bir zarar meydana getirme olabilir- yerinde kullanmak veya bunları maksatlarına aykırı kullanmak veya harekete geçmesi gereken yerlerde gerekli tasarrufları yapmamak suur ve iradesiydi. Halbuki memuriyet görevinin ihmali kast, özel bir kast olmayıp sadece ve yalnız olarak memuriyetin gereğinden olan tasarrufu yapmamak veya zamanında yapmamak suur ve iradesinden ibaretti. Bu bakımdan ihmal etme, yapmama görevi ilişkin yetkilerin kötüye kullanılması suuruyla, bu maksat ve saikle gerçekleşirse fail, görevin ihmali değil; görevin kötüye kullanılması suçunu teşkil edeceği ifade edilmekteydi. Kısaca bu görüş 240. maddedeki suçun oluşumunu failin görevi ilişkin yetkilerini, kendisine veya başkasına bir menfaat sağlamak veya başkası için bir zarar oluşturmak saikiyle icrai veya ihmali bir hareketle kullanmasına bağlamaktaydı. TCK'nun 240. maddesinde özel kastın arandığına ilişkin bir ibaretle rastlanmamakta ise de, "suiistimal" teriminin kullanılmış olması amacın aranması gerektiği sonucuna ulaştırıyordu. Bkz. Sulhi DÖNMEZER, "İki Yeni Yargıtay Kararı Dolayısıyla Memuriye Vazifesini İhmal ve Suiistimal Suçlarını Birbirinden Ayırmağa Yarayacak Kıtas", İÜHF.M., c.:XI, s.1-2, İstanbul s.231-23

İkinci görüşe göre ise görevin kötüye kullanılması neticeyi teşkil ettiğinden ve failin bu kötü kullanışı bilmesi ve istemesi kastın meydana getirdiğinden ayrıca özel kasta lüzum yoktu. Diğer bir deyişle görevin kötüye kullanılması suçunun oluşumu için failde genel kastın bulunması yeterli olup ayrıca özel kastın varlığı aranmamaktaydı. ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.474-475.

(27) Örneğin; "Ankara Barosu avukatlarından olan sanığın, müşteki Seyhan Şimşek vekil sıfatıyla, Ankara Gayrimenkul Satış İcra Memurluğundan tahsil ettiği 1.376.960 lirayı müştekiye vermediği gibi; hiçbir belge ibraz etmeden, ödediğini de iddia etmek suretiyle ketim ve inkarda bulunduğu, müştekinin aşamalarda uyum gösteren ifadeleri, suç konusu paranın "davalı Bülent Öcalan'dan alınarak davacı Seyhan Şimşek'e verilmesine" dair Ankara 10. Asliye Hukuk Mahkemesinin Yargıtay'ca onanarak kesinleşen kararı, Ankara Gayrimenkul Satış İcra Memurluğunun 1983/633 esas nolu dosyasındaki belgelerden açıklıkla anlaşılmaktadır. ... sanığın açıklanan eyleminin hizmet nedeniyle emniyeti suiistimal olarak nitelendirilmesinde zorunluluk bulunduğundan..." CGK., E. 1988/52, K. 1988/170, T. 25.4.1988; Kazancı içtihat Bilgi Bankası.

mak gerekirse AvK'nın avukatlığa kabule engeller başlığını taşıyan 5.maddesinin a bendinde sayılan suçlar arasında zimmet de yer almaktadır. Bu ibare bir tereddüt doğurabilirse de bundan avukatların mesleğine başlamadan önce işlenmesi anlaşılmalıydı. Yoksa meslek sırasında bu suçun faili olabileceği gibi bir sonuç çıkarılamazdı.

Ne var ki, avukatların kamu görevlisi olarak kabul edilmelerinden itibaren artık bu neviden eylemlerin, güveni kötüye kullanma suçlarının özel düzenlemelerinden biri olan zimmet suçuna dönüştüğünü ifade etmek gerekecektir. Bu hususu düzenleyen TCK'nın 247. maddesi "*Görevi nedeniyle zilyedliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu malı kendisinin veya başkasının zimmetine geçiren kamu görevlisi*" cezalandırılır şeklindedir. Kısacası daha önce emniyeti suiistimal olarak nitelendirilen davranış biçimleri artık yasanın öngördüğü yeni sıfat nedeniyle zimmet olarak kabul edilecektir<sup>(28)</sup>.

Öte yandan bugüne kadar dolandırıcılık olarak nitelendirilebilen, müvekkil veya görev gereği muhatap olunan kişiden sağlanan haksız menfaatler, bundan böyle

koşulları varsa ikna suretiyle irtikap olarak değerlendirilebilecektir.

Mülga 765 sayılı TCK'nın 198<sup>(29)</sup>. maddesinde düzenlenmiş olan ve 5237 sayılı TCK'nda özel olarak düzenlenmeyen meslek sırrının açıklanması<sup>(30)</sup> suçu da kısmen karşılığını önemli ölçüde 258. madde de düzenlenen göreve ilişkin sırrın açıklanması suçunda bulacaktır. Düzenlemeye göre avukat, görevi nedeniyle kendisine verilen veya aynı nedenle bilgi edindiği ve gizli kalması gereken belgeleri, kararları ve emirleri ve diğer tebligatı açıklaması veya yayınlaması veya ne suretle olursa olsun başkalarının bilgi edinmesini kolaylaştırması durumunda cezalandırılacaktır. Düzenlemenin gerek formülasyonu, gerekse belgeye dayalı olmadan edinilen sırları gözetmemesi uygulamada sorun yaratabilecek görünümündedir. Söz gelimi avukatın, emir alabileceği gibi bir ibare, onun hukuksal konumuyla örtüşmemektedir. Zaten maddenin bu şekilde kaleme alınmasının nedeni daha öncede ifade ettiğimiz gibi yürütme erki içerisinde belirli bir hiyerarşik ilişkiye tabi kamu görevlisini esas almasındandır. Yine avukatla müvekkil arasında gizli kalması gereken karar veya tebligat-

(28) İnancı kötüye kullanma suçlarına ilişkin genel bilgiler, özellikle de bankacılık alanındaki düzenlenen zimmet eylemleri bakımından Bkz. Fatih S. MAHMUTOĞLU, *Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar*, Ankara 2003, s. 228-257.

(29) 198. maddenin yürürlükte olduğu dönemde Staj Eğitim Merkezinde anlattığımız derslerde avukatların görevleri nedeniyle işledikleri suçlar sınıflandırmamızda meslek sahiplerinin işlediği suçlar üst başlığına da yer vermekteydik. Bu başlığın diğer örnekleri arasında 510. maddede düzenlenmiş olan hizmet nedeniyle emniyeti suiistimal suçu, 504. maddesinde düzenlenen nitelikli dolandırıcılık suçu da yer almaktaydı.

(30) Meslek sırrının açıklanması suçu için Bkz. Süheyl DONAY, *Meslek Sırrının Açıklanması Suçu*, İstanbul 1978. Müdafin sırrın açıklanması yasağına ilişkin olarak MAHMUTOĞLU/DURSUN, *Türk Hukukunda Müdafin Yasaklılık Halleri*, s. 78.

tan ne anlaşılması gerektiği de problemlili başka bir alan oluşturmaktadır. Çünkü kamu yönetimindeki karar, emir, tebligatlar idari işlem olup bunların avukatla müvekkil arasındaki ilişkiye taşınması anlamsız tartışmalara neden olacaktır. Sır saklama yükümlülüğünde önemli olan sırrın belgeye dayanması olmayıp, sözlü de olsa taraflar arasında kalması gereken bilgilerdir. Değindiğimiz madde ise ilke olarak belgeyi dikkate almakta, sözlü olabilecekler ise biraz önce değindiğimiz gibi bu ilişkinin içeriği ile uyuşmamaktadır. Vurguladığımız sebeplerle 765 sayılı TCK'nın 198. maddesine benzer bir düzenleme amaca daha uygundur.

### **C -Hakaret Suçu Bağlamında İddia ve Savunma Dokunulmazlığı**

Avukatların görev suçları kapsamında hakaret suçları kapsamında iddia ve müdafaa dokunulmazlığının açıklanması gerekmektedir. Zira hak arama faaliyeti içerisinde bulunan avukatların iddia ve savunmalarını ortaya koyarken kişilere hakaret etmeleri muhtemeldir ve bu nedenle ceza tehdidi ile karşıya kalmalarının mesleğin icrasını zorlaştıracak şekilde aşıkardır.

Kanunda yazılı olan hukuka uygunluk nedenlerinden olan savunma dokunulmazlığı hakkın icrası hukuka uygunluk nedeninin bir türüdür<sup>(31)</sup>. Bir hakkın kullanılmasının hukuka uygunluk nedeni olarak kabulü için bir takım şartların bulunması gerekmektedir:

a) Kişiyeye hukuk düzenince tanınmış subjektif bir hakkın varlığı: Bir hakkın kullanılabilmesi için öncelikle kullanana tanınmış bir hakkın bulunması gerekir. Bu hak özel hukuktan, kamu hukukundan, bir yargı kararından, bir idari işleminden<sup>(32)</sup>, bir özel hukuk işleminden doğabilir.<sup>(33)</sup>

b) Hakkın fail tarafından doğrudan doğruya kullanılabilmesi olması:<sup>(34)</sup> Hakkın kullanılmasından bahsedebilmek için failin hiç bir merciin yardımına ya da aracılığına ihtiyaç duymaksızın bu hakkı kullanabiliyor olması gerekir. Eğer hakkın varlığının başkaca bir merci tarafından tespiti (hakkın varlığının mahkemece tespiti gerekliliği gibi) gerekiyorsa, ya da hakkın kullanılabilmesi için bir başka merciin aracılığına (icra dairesi gibi) ihtiyaç varsa hakkın icrası hukuka uygunluk nedeninden bahsedemeyiz.

c) Hakkın, hakkı doğuran kaynakça belirlenen sınırlar içerisinde

(31) Kayıhan İÇEL/ Füsün SOKULLU-AKINCI/ İzzet ÖZGENÇ/ Adem SÖZÜER/ Fatih S. MAHMUTOĞLU/ Yener ÜNVER, İçel Suç Teorisi, İstanbul 2001, s. 173,

Sulhi DÖNMEZER/Sahir ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku c.2, 12.Bast, İstanbul 1999, no:708

Sahir ERMAN/Çetin ÖZEK, Ceza Hukuku Özel Bölüm-Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1994, no:362

(32) İÇEL/SOKULLU-AKINCI/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER, s.167

(33) DÖNMEZER/ERMAN, no: 705. Yazarlar örf ve adetten de bu subjektif hakkın doğabileceğini belirtmektedirler.

(34) İÇEL/SOKULLU-AKINCI/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER, s. 168, DÖNMEZER/ERMAN, no:706

kullanılması: Hukuka uygunluk nedeninin hakkı doğuran kaynakta belirlenen sınırların aşılarak kullanılması durumunda hakkın icrası gündeme gelemezdir.<sup>(35)</sup>

Hakkın icrası hukuka uygunluk nedeninin bir türü olan savunma hakkı ya da savunma dokunulmazlığından bahsedebilmesi için bu koşulların bir arada bulunması gerekmektedir. TCK'nın 128. maddesinde düzenlenen hak, kişilere yargı mercileri veya idari makamlar nezdinde yaptıkları yazılı veya sözlü başvuru, iddia ve savunmalar kapsamında, kişilerle ilgili olarak somut isnadlarda ya da olumsuz değerlendirmelerde bulunulması halinde ceza verilmeyeceği kuralını şeklindedir. Mülga 765 sayılı TCK'nın 486. maddesinde bu hak sadece taraflarca veya vekil, müşavir, yada kanuni temsilcilerince yapılan hakaretler bakımından söz konusuydu. 5237 sayılı TCK, sadece yargı mercileri değil idari mercilere yapılan başvurularda da hakkı tanımış, ayrıca hak sahiplerini saymak suretiyle belirlememiştir.<sup>(36)</sup>

Savunma hakkı bakımından en çok tartışılan konu hakkın sınırının aşılmasına ilişkindir. TCK 128'de de davayla ilgili olmayan ilgili olsa bile savunmanın sınırlarını

aşan yazı ve sözlerin bu kapsamda değerlendirilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Kısaca tahkir edici beyanla dava konusu arasında fikri bağ bulunmalıdır. Ancak bu bağ mantıki bir bağdır ve zorunluluk ilişkisi olarak anlaşılması gerekir. Aranılan nokta sarf edilen sözlerin bir şekilde davaya yarar sağlamasıdır.<sup>(37)</sup>

### **III- AVUKATLARIN YARGILANMASI REJİMİ**

#### **A. Yargılama Rejiminin Kapsamı:**

1136 sayılı Avukatlık Kanununun 1. maddesinde avukatlık bir kamu hizmeti ve serbest bir meslek olarak nitelendirilmiş ve avukatın yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil edeceği kuralına yer verilmiştir. Bu amaç ve işlevlerin sağlanabilmesi avukatların mesleklerini yerine getirirken muhakemenin diğer unsurları olan iddia ve yargı gibi bağımsız olmalarını gerektirmektedir. Bu bağımsızlık tıpkı yargının diğer unsurlarında olduğu gibi yürütme, yasama ve kamuoyuna karşı olduğu gibi yargılamanın diğer unsurlarına karşıda temin edilmelidir. Bu bağımsızlığın sağlanması amacıyla gerek Avukatlık Kanununda gerekse mevzuatımızın kala-

(35) İÇEL/SOKULLU-AKINCI/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER ,s.167-168 , DÖNMEZER/ERMAN, no: 707

(36) Fatih S. MAHMUTOĞLU, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Hukuka Uygunluk Nedenleri, Hukuk ve Adalet, S. 5, Nisan 2005, s. 54.

(37) İÇEL/SOKULLU-AKINCI/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER , s.173-174, ERMAN/ÖZEK, Ceza Hukuku Özel Bölüm-Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, no:366 , DÖNMEZER/ERMAN, no:708; "Kabule göre; savunma hakkı deniyle söme suçundan hukuka uygunluk nedenini düzenleyen TCY.nın 486. maddesinin uygulanabilmesi için, söylenen sözlerin davanın yazgısını belirlemede zorunlu ve davanın konusu ile mantıksal açıdan bağlantılı bulunması, iddia ya da savunmaya yarar sağlaması gerektiği gözetilerek, sorunun bu açıdan tartışılması ve söz konusu maddenin nesnel ve öznel koşullarının irdelemesi zorunlu iken, sözlerin savunmaya yönelik bulunduğu gerekçesiyle hüküm kurulması, (4. CD., E. 1991/6911, K. 1991/8074, T. 18.12.1991). Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

nında çeşitli düzenlemelere yer verilmiştir. Avukatların yargılama rejimine ilişkin özel düzenlemede bu kapsamda değerlendirilmelidir.

Avukatlık Kanunu 58 ve devamı maddelerinde düzenlenen yargılama rejiminin kapsamı Kanununun 58. maddesinde avukatların avukatlık veya Türkiye Barolar Birliği ya da baroların organlarındaki görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlarla sınırlı olarak düzenlenmiş ve kabul edilmiştir. Bu çerçevede yargılama rejiminin kapsamının belirlenmesi gerekmektedir.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu avukatlık mesleğini bir kamu hizmeti olarak nitelendirmiş ve avukatlık görevi kapsamına giren işlerin diğer kimselerce yapılmasını yasaklamıştır. Bu görevin kapsamını ise yine aynı kanununun 35. maddesi belirlemektedir. Maddeye göre “*Kanun işlerinde ve hukukî meselelerde mütalaa vermek, mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri takip etmek, bu işlere ait bütün evrakı düzenlemek, yalnız baroda yazılı avukatlara aittir. Baroda yazılı avukatlar birinci fıkradakiler dışında kalan resmî dairelerdeki bütün işleri de takip edebilirler.*”<sup>(38)</sup> Bu hüküm esasen avukatlık göre-

vinin kapsamını bir başka ifadeyle özel yargılama rejiminin uygulanabileceği durumları ortaya koymaktadır. Bu kapsam dışında kalan suçların ise görevle bir ilgisi bulunmadığından özel yargılama rejimi dışında olduğu açıktır<sup>(39)</sup>.

### **B. 1136 sayılı Kanunda Düzenlenen Özel Yargılama Rejiminin İşleyişi:**

Avukatların yukarıda açıklanan suçlardan dolayı haklarında uygulanacak yargılama rejimi Avukatlık Kanunu 58-61. maddelerinde düzenlenmiştir. Düzenlemenin ana hatlarıyla yapılan bir inceleminde bu durumlarda yargılamanın soruşturma ve kovuşturma dışında soruşturma aşaması öncesi bir araştırmayı da gerektirdiği, ayrıca bu aşamalardan her birinden diğerine geçişin savcı yanında Adalet Bakanlığının izninin ve son olarak kovuşturmaya geçişte yargı kararını gerektirdiği anlaşılmaktadır<sup>(40)</sup>. Savcılık talimat mercii olarak çalıştığından kovuşturma başlayana kadar bağımsız karar vermek yetkisi de bulunmamaktadır. Bu nedenle suç iddiası kendisine iletilen savcılık makamının tek başına kovuşturmaya yer olmadığına karar vermesi de mümkün değildir<sup>(41)</sup>.

(38) Avukatın yükümlülükleri için Bkz. ADAY, *Avukatlık Hukukunun Genel Esasları*, s. 53 vd.

(39) GÖKCAN, *Açıklamalı Avukatlık Yasası Görev Suçları Kovuşturma ve Hukuki Sorumluluk*, s. 25-28.

(40) Esasen haklı olarak öğretilen ve uygulamada belirtildiği gibi avukatların yargılanması rejiminde soruşturma aşamasında asil yetkili makam yerel savcılık değil Adalet Bakanlığıdır. Bakanlık soruşturma ve kovuşturma bakımından izin vermek yetkisini haiz olduğundan yerel savcılıkça yapılan işlemler muhabere işlemleridir ve muhabere defterine kaydedilmelidir. GÖKCAN, *Açıklamalı Avukatlık Yasası Görev Suçları Kovuşturma ve Hukuki Sorumluluk*, s. 30, 31.

(41) GÖKCAN, *Açıklamalı Avukatlık Yasası Görev Suçları Kovuşturma ve Hukuki Sorumluluk*, s. 30.

**1. Soruşturma Öncesi Ön  
İnceleme Aşaması:**

Avukatlık Kanununun 58. maddesi avukatların görev sırasında veya görev sebebiyle işledikleri suçlarda soruşturmanın Adalet Bakanlığının izni üzerine suçun işlendiği yer cumhuriyet savcılığınca yapılacağını ifade etmektedir.

Avukatların görev sırasında ya da görev sebebiyle işledikleri bir suça ilişkin haberi alan Cumhuriyet Savcılığı bu nedenle doğrudan soruşturma başlatamayacak, ancak Adalet Bakanlığının izni ile soruşturmaya başlanabilecektir. Kanun koyucu yargının bir asli unsuru olarak gördüğü savunmanın temsilcisi avukata yargının bir başka unsuru tarafından şüpheli statüsünün verilmesini yerinde görmeyerek bu yetkiyi doğrudan Bakanlığına vermeyi uygun görmüştür. Başka bir ifadeyle soruşturmaya geçmek için gerekli olan yeterli suç şüphesine ilişkin değerlendirmeyi yapmak yetkisini olağan yargılama sürecinden farklı olarak cumhuriyet savcılığına vermemiştir<sup>(42)</sup>. Bu aşamada bakanlık izni bir soruşturma şartıdır. İzin olmaksızın

zın soruşturmaya başlanması hukuka aykırıdır<sup>(43)</sup>.

Suç haberi ulaşan savcılık henüz soruşturma aşamasına geçmediğinden, soruşturma aşamasında sahip olduğu yetkilere sahip değildir. Bu aşamada savcılık soruşturma açılmasına yer olup olmadığını ilgili bilgi toplama işlemini yerine getirir. Gerekli belgeleri toplar, bilgisi olan kişiler varsa onların ifadesine "ifade sahibi olarak" başvurur. Tanık olarak dinleme yetkisi yoktur. Kendisine suç isnat edilen Avukatı şüpheli olarak dinlemek ya da bir suç isnadında bulunmak yetkisi yoktur. Ancak Avukat açılarda bulunmak isterse bu açıklamayı da bilgi toplama kapsamında dinleyebilir. Sonuçta ulaştırılan sonuçları ve kanaatini de içeren raporunu Adalet bakanlığına sunar.

**2. Soruşturma Aşaması:**

Bakanlığın soruşturma izni vermesi ile artık soruşturma aşamasına geçilmiştir<sup>(44)</sup>. İzinle birlikte savcılık soruşturma aşamasında sahip olduğu yetkilerin tamamına sahiptir. Soruşturma aşamasına geçilmesi ile şüphelinin savunma-

(42) Bilindiği gibi kamu adına suç soruşturmasını yapmak yetkisi C. Savcılara verilmiştir. C. Savcısının bu yetkisi 5271 sayılı CMK'nun 160. maddesinde şu şekilde ifade edilmektedir. "Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar." Bu düzenleme ceza muhakemesinde hakim ilkelere olan kovuşturma mecburiyetinin bir yansımasıdır. Bahri ÖZTÜRK/ Mustafa Ruhan ERDEM, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2006, s. 183; Nur CENTEL/ Hamide ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 95.

(43) Ceza Muhakemesi şartları için Bkz. ÖZTÜRK/ ERDEM, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.79 vd. CENTEL/ ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 452.

(44) Mülga 1412 sayılı Kanun döneminde ceza muhakemesinin aşamaları konusunda tereddütler ve terminolojik farklılıklar bulunmaktaydı. 5271 sayılı Kanun'un 2. maddesinde tanımlar başlığı altında soruşturma ve kovuşturma aşamaları net bir biçimde birbirinden ayrılmıştır. Düzenlemeye göre soruşturma suç şüphesinin öğrenilmesinden kovuşturma aşaması başlayıncaya kadar geçen süre, kovuşturma ise iddianamenin kabulünden hükmün kesinleşmesine kadar geçen süre ifade etmektedir.

sının alınması gerekliliği de doğmaktadır. Bu nedenle bakanlığın izni avukata bildirilmeli ve savunmasını yapması temin edilmelidir.

### 3. Kovuşturma Aşaması:

Soruşturma işlemlerini tamamlayan savcılığın doğrudan dava açmak yetkisi de bulunmamaktadır. Savcılık ulaştığı sonuçları ve delilleri bir fezlekeyle Adalet Bakanlığına sunacaktır.

Kovuşturmaya başlanması bakımından Kanun iki aşamalı bir yargılama koşulları dizisi öngörmektedir. Düzenlemeye göre Adalet Bakanlığı kovuşturma açılması gerektiği sonucuna ulaşırsa kovuşturma izni ile birlikte dosyayı suçun işlendiği yere en yakın Ağır Ceza Mahkemesi C. Savcılığına dosyayı gönderir. Dosya kendisine ulaşan C. Savcılığı 5 gün içinde gerekli görürse yine delil topladıktan sonra gerekli görmezse doğrudan bağlı bulunduğu Ağır Ceza Mahkemesine kovuşturma açılmasına karar verilmesi talebiyle iddianamesini sunar.

Mahkeme iddianamenin kabulünden sonra kovuşturmaya yer olduğuna ya da olmadığına karar verir. Bu karar öncesi de şüpheli avukatın savunması alınmalıdır. İddianamenin farklı niteliği iddianame-

nin kabulü kararının verilmesine engel değildir. Zira ayrıık düzenlemeler dışında CMK'da yer alan genel kurallar geçerlidir. Kovuşturma açılması kararının kesinleşmesi ile artık kovuşturma aşamasına geçilmiş olacaktır.

Görüldüğü gibi kovuşturma aşamasına geçilmesi için önce Adalet Bakanlığının izni sonra suçun işlendiği yere en yakın ağır ceza mahkemesinin kovuşturma açılması kararı şeklinde izin ve karardan oluşan iki ayrı yargılama şartı öngörülmüştür<sup>(45)</sup>. Burada düzenlenen yargılama koşulları tıpkı şikayet, izin, talep veya karar gibi yargılama yapılabilmesi için gerekli ön koşullardır. Gerçekleşmemesi durumunda yargılama yapılamayacak, ancak gerçekleşme ihtimalinin varlığına göre durma veya düşme kararı verilecektir<sup>(46)</sup>.

### 4. İtiraz:

Avukatlık Kanununun 60. maddesi avukatların yargılanması rejiminde itiraza ilişkin düzenlemeye yer vermektedir. Maddeye göre "son soruşturmanın açılmasına yer olmadığına dair kararlarına karşı Cumhuriyet Savcısı veya sanık tarafından genel hükümler uyarınca itiraz olunabilir. Bu itiraz, suçun işlendiği yer ağır ceza mahkemesi hariç ol-

(45) Nitekim Yargıtay bu hususun bir yargılama koşulu olduğunu bir kararında şu şekilde belirtmiştir. "1 - Dosya içeriğine göre, 1136 sayılı Avukatlık Yasasının 58 ve 59/1-2. maddeleri hükümlerine aykırı olarak, sanık avukat hakkında soruşturma ve kovuşturma izni alınmadan davanın açılmış olması karşısında eksikliğin giderilmesi için CYY.nun 253/4. maddesi uyarınca yargılamanın durmasına karar verilmesi gerektiği düşünülmeyen, duruşmaya devamla hükmün kurulması, Yasaya aykırı ve O yer C. Savcısı ile katılanlar C. ve C.'nin temyiz nedenleri ile tebliğnamedeki düşünce yerinde görüldüğünden hükmün BOZULMASINA, 18.12.1991 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."(4. CD. E. 1991/6911, K. 1991/8074, T. 18.12.1991)". Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

(46) ÖZTÜRK/ ERDEM, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 109; CENTEL/ ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 455.

*mak üzere, itiraz edilen kararı veren mahkemeye en yakın ağır ceza mahkemesinde incelenir.”*

Kovuşturmaya açılmaması kararına karşı genel hükümlere göre itiraz edilebilecek, ancak bu itirazın inceleme mercii genel hükümlerden farklı olarak<sup>(47)</sup> suçun işlendiği yer ağır ceza mahkemesi hariç olmak üzere, itiraz edilen kararı veren mahkemeye en yakın ağır ceza mahkemesince yapılacaktır. İtirazın niteliğine gelince bilindiği gibi mülga 1412 sayılı CMUK; itiraz kanun yolunu adi ve acele itiraz olarak düzenlemiş, acele itirazın süreye tabi ancak adi itirazın süresiz olduğu kuralına yer vermişti. 1412 sayılı CMUK döneminde yani 01.06.2005 öncesi bir açıklık olmadığından bu itirazın adi yani süresiz itiraz olduğu haklı olarak ifade edilmişti. Ancak 5271 sayılı CMK'da itiraz kanun yoluna ilişkin bu ayrımı ortadan kaldırmış ve 7 gün süreli tek bir itiraz kanun yolu düzenlenmiştir. CMK'nın 268. maddesine göre *“Hâkim veya mahkeme kararına karşı itiraz, kanunun ayrıca hüküm koymadığı hâllerde 35 inci maddeye göre ilgililerin kararı öğrendiği günden itibaren yedi gün içinde kararı veren mercie verilecek bir dilekçe veya tutanağa geçirilmek koşulu ile zabıt kâtibine beyanda bulunmak suretiyle yapılır”*. Sonuç olarak 01.06.2005 tarihi itibarıyla artık tek bir itiraz şekli vardır ve bu itiraz yedi günlük

süre ile sınırlıdır. Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük Ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 7. maddesi ise itiraza ilişkin yapılan değişiklik nedeniyle intikal hükmüne yer vermektedir. Düzenlemeye göre *“Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu gereğince süre konulmamış adı itiraza tâbi kararlara karşı Ceza Muhakemesi Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren yedi gün içinde itiraz yoluna başvurulabilir. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ve diğer kanunlarda yer alan acele itirazlar hakkında Ceza Muhakemesi Kanununun itiraza ilişkin hükümleri uygulanır.”* Sonuç olarak 01.06.2005 tarihi itibarıyla kavuşturmaya yer olmadığına ilişkin kararlar tebliğinden itibaren yedi gün içinde suçun işlendiği yer ağır ceza mahkemesi hariç olmak üzere, itiraz edilen kararı veren mahkemeye en yakın ağır ceza mahkemesine yapılacaktır.

#### *5. Korumda Tedbirleri*

##### *Bakımından Avukatlar:*

Avukatlık Kanununun 58. maddesinde avukatlara yönelik arama koruma tedbirine yer vermiştir. Hükme göre, avukat yazıhaneleri ve konutları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısı denetiminde ve baro temsilcisinin katılımı ile aranabilir. Ağır cezayı gerektiren suçüstü halleri dışında avukatın üzeri aranamaz.

(47) İtiraz konusunda ÖZTÜRK/ ERDEM, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 700; CENTEL/ ZAFER, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 589.

Bu düzenlemenin yanı sıra 5271 sayılı CMK'da da, avukatlara uygulanacak koruma tedbirleri bakımından özel hükümlere yer verilmiştir.

CMK'daki hükmün daha detaylı olması nedeniyle öncelikle Avukat bürolarında arama, elkoyma ve postada elkoyma başlığını taşıyan CMK'nun 130. maddesine değinmek isteriz. Hemen ifade edelim ki 130. maddede yer alan düzenleme, herhangi bir ayırım olmaksızın, fiilen çalışan veya çalışmayan tüm avukatlar bakımından geçerlidir.

Bilindiği gibi genel nitelikteki adli aramada kural olarak arama kararı hakim tarafından verilir. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilirler. Konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda aramada ise hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri gerekmekte, kolluk amirinin talimatıyla arama yapılamaktadır<sup>(48)</sup> (CMK. m. 119). Durum genel nitelikteki aramada böyle olmakla birlikte, savunma mesleğinin öneminden dolayı, avukat bürolarında ancak mahkeme kararı ile arama yapılabilir. Farklı bir anlamıyla kanun avukat bürolarında

C. Savcısının emriyle dahi arama yapılmasına izin vermemiştir<sup>(49)</sup>. İkinci olarak avukat bürolarında arama mutlaka C. Savcısının denetiminde yapılmak durumundadır. Ayrıca bahsi geçen tedbirin uygulanması sırasında baro başkanının veya onun görevlendireceği bir başka avukatın da hazır bulunması şarttır. Avukata kanunla tanınan bu ayrıcalığın temel gerekçesi biraz önce de belirttiğimiz toplumsal savunma makamını temsil ediyor olmasından kaynaklanmaktadır. Nitekim maddenin devamında arama sonucu el konulmasına karar verilen şeylerin avukatla müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye dair olduğunun ileri sürülmesi hali düzenlenmiş, bu iddianın bürosu aranan avukat, baro başkanı veya onu temsil eden avukat tarafından ileri sürülmesi durumunda, bu şeyin ayrı bir zarf veya paket içerisinde konularak hazır bulunanlarca mühürleneceği ve bu konuda gerekli kararı vermek üzere, soruşturma evresinde sulh ceza hâkiminden, kovuşturma evresinde hâkimi veya mahkemeye sevk edileceği ifade edilmiştir. Postada el koyma durumunda da aynı hüküm uygulanacaktır.

Dikkat edilirse esas itibariyle AvK ve CMK'nun bu konudaki yaklaşımı birbiri ile örtüşmektedir. Ancak avukatlık kanununda ifadesi bulunana konutun CMK'da ifade

(48) ÖZTÜRK/ ERDEM, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 540; CENTEL/ ZAFER, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 293.

(49) ÖZTÜRK/ ERDEM, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 544; CENTEL/ ZAFER, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 297.

edilmemiştir. Bu hususun gözden lundurulması, konutlarda da aynı kaçırılmış olmasına rağmen, koşullarla arama yapılması gerektiği AvK'ndaki hükmün göz önünde bu- ği düşüncesindeyiz<sup>(50)</sup>.



---

(50) Avukatların fail olmadığı durumlarda, yine müdafilik görevinin gereği gibi yapılmasını sağlamaya yönelik başkaca koruma tedbirlerine rastlanmaktadır. Bunlardan ilki telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi koruma tedbirinde, avukatla görüşmelerin dinlenme ve kayda alınmasının, tanıklıktan çekinme bağlamında, yasaklanmasıdır. CMK'nun 135/2 maddesine göre şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimi kayda alınmaz. Kayda alma gerçekleş-tikten sonra bu durumun anlaşılması hâlinde, alınan kayıtlar derhâl yok edilir.

Diğeri ise CMK'nun 136. maddesinde şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafinin büro-su, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında, iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması koruma tedbiri uygulanamayacaktır.

## AVUKATIN DURUŞMA SIRASINDA AYAĞA KALKMA ZORUNLULUĞU HAKKINDA DEĞERLENDİRME

Y. Doç. Dr. YILMAZ YAZICIOĞLU

*A vukatlar gerek müdafaa gerekse katılan sıfatı ile duruşma sırasında söz aldıklarında veya söz haklarını kullandıklarında, bu yetkilerini oturdukları yerden kullanabilecekleri gibi, istedikleri takdirde bu yetkilerini ayakta da gerçekleştirebilir.*

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Yargılamaya katılan tarafların duruşma sırasında hangi hallerde ayağa kalkacaklarını düzenleyen bizimki gibi bir sistemde, başka bir anlatımla 5275 s. CMK'da duruşma sırasında kimlerin hangi durumlarda ayağa kalkacakları açıkça düzenlendiğinden bu durumların dışında ayağa kalkmak ancak tarafların kendi ihtiyarlarında gerçekleştirecekleri bir husustur. Kanun, biri "yemin verilirken" «CMK. Md. 55/2» diğeri de Türk milleti adına verilmiş bulunan «CMK. Md. 232/1» «hükümün açıklanılmasının dinlenmesi» «CMK. Md. 231/4» sırasında olmak üzere sadece iki durumda herkese ayağa kalkma zorunluluğu yüklediğinden, bu hallerin dışındaki durumlarda, özellikle avukatlar bakımından ayağa kalkıp kalkmamak kendilerine kalmış bir davranış şeklidir. Bu sebeple avukatlar gerek müdafaa gerekse katılan sıfatı ile duruşma sırasında söz aldıklarında veya söz haklarını kullandıklarında,

bu yetkilerini oturdukları yerden kullanabilecekleri gibi, istedikleri takdirde bu yetkilerini ayakta da gerçekleştirebilirler. Ancak unutmamak gerekir ki, avukatların bu yetkileri sınırsız değildir; zira duruşmanın düzenini sağlamak hak ve görevi mahkeme başkanına tanındığından avukatlar bu haklarını kullanırken mahkemenin işleyişini engellemek yükümlüdedirler. Bu bakımdan avukatlar duruşma salonunda kendilerine ayrılan yerde görevlerini oturarak veya ayakta olmak üzere sınırsız yani istedikleri şekilde, duruşma salonunun diğer kısımlarında görev yapacaklarsa mahkeme başkanının düzenlemesi doğrultusunda hareket etmek zorundadır.

Sonuç olarak, «yemin verdirilmesi» ve «hüküm fıkrasının dinlenmesi» halleri haricinde bizim hukukumuzda yargılama görevi yapanların ayağa kalkma zorunlulukları bulunmamaktadır. Ayrıca, duruşma sırasında avukatın ayağa

kalkmasına ilişkin bir hüküm, ne 1136 sayılı Avukatlık Kanununda ne de 8-9 Ocak 1971 tarihli Türkiye Barolar Birliği “**Avukatlık Kuralları yönergisinde**” bulunmaktadır. Ayrıca yargılama sırasında taraflardan birisi görevini ayakta icra etmek isterse bu durumu engelleyecek bir düzenlemenin bizim hukukumuzda bulunmadığını da belirtmek gerekir.

her ne kadar hâkim, savcı ve avukat yargı görevinin asli unsurları ise de, bu üçü yargılama fonksiyonunun icrasında birbirinden değişik rol ve haklara sahip olduğu da aşikâr bir gerçektir. Örneğin, duruşmanın düzen ve disiplinini sağlamak mahkeme başkanına verilmiş bir görevdir.

5275 s. CMK'nın 192. maddesi uyarınca mahkeme başkanı duruşmayı yönetir ve yine aynı Kanunun

*A* *Avukatlar duruşma salonunda kendilerine ayrılan yerde görevlerini oturarak veya ayakta olmak üzere sınırsız yani istedikleri şekilde, duruşma salonunun diğer kısımlarında ise mahkeme başkanının düzenlemesi doğrultusunda hareket etmek zorundadır.*

Diğer yandan, 1 Haziran 2005 tarihi itibari ile yeniden şekillendirilmeye çalışılan Türk Ceza Adalet Sistemi'nde açıkça «**hâkim**», «**savcı**» ve «**avukat**» “**yargı görevi yapan**” kimseler olarak eş değerde kabul edilip her biri bu görevin icrasında asli unsur olarak öngörülmektedir. Kanun koyucu bu durumu sağlamak amacıyla 5237 s. Türk Ceza Kanununun 6/1-d maddesinde, “**yargı görevi yapan deyiminden; hâkim, c. savcısı ve avukatların**” anlaşılması gerektiğini belirtmekte ve böylece muhakemenin birbirinden farklı ve bağımsız üç ayağını oluşturan bu üç fonksiyonun yargı görevinin icrasında temel unsur olduklarını kanun hükmü haline getirmiş bulunmaktadır.

Artık, hâkimler, c. savcıları ve avukatlar arasında yargı görevinin icrası bakımından, nitelik ve ayrıcalık kabul edilmemektedir. Ancak

203. maddesi uyarınca da duruşmanın düzen ve disiplinini sağlamak hak ve yetkisine sahiptir. Fakat mahkeme başkanının duruşmayı yönetme ve düzen sağlama keyfiyeti mutlak değildir. Başkanın bu yetkisi kanunun, hukuk ve örf ve âdetin verdiği sınırlar içinde kullanılabilecek bir yetki çeşididir. Bu yetki, Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen herkese tanınan iddia, savunma ve âdil yargılanma hakkının sağlanması ilkesiyle bağlı olduğu gibi, CMK. 203/2. maddesi uyarınca da “**savunma hakkının kullanılmasını engellemeyecek**” nitelik ve özellik arz etmektedir. İşte bu çerçevede, başkan avukatları ne duruşma salonundan çıkarabilir ne de duruşma düzenini bozuyor diye avukatlara hürriyeti bağlayıcı bir ceza (1136 s. Avukatlık Kanununun 58/son m.) veya disiplin hapsi (5275 s. CMK.'nın

203/3. m.) uygulayabilir. Kaldı ki, başkanın müdafiyi duruşma salonundan çıkarma yetkisi sadece 251/1-f maddesi uyarınca özel yetkili ağır ceza mahkemesi başkanına sadece özel yetkili ağır ceza mahkemelerinde görülmekte olan yargılamalar sırasında belli şartlar dâhilinde tanınmış bir yetki çeşididir ve bu yetkinin kazanılabilmesi de ancak özel şartların doğmasına bağlıdır. Unutmamak gerekir ki, kamu hukukunda yetki istisna yetkisizlik kuraldır.

CMK'nın 231/4. maddesinde yer alan **"hüküm fıkrası herkes tarafından ayakta dinlenir"** düzenlemesi ise, duruşmaya katılan, bütün herkesin ki bunlar c. savcısı, müdafii, katılan vekili, sanık, katılan tanık, bilirkişi, kâtip, mübaşir, bunların yardımcıları ve duruşma sırasında orada bulunan izleyiciler olmak üzere herkes, hüküm **"Türk Milleti adına verildiğinden"** (CMK. M. 232/1), Türk Milletine göstermeleri gereken saygıdan dolayı ayağa kalkma yükümlülüğünü belirtmektedir. Bu yükümlülüğe uymamak, bize göre, disiplin uygulaması zorunluluğunu doğurabileceği gibi yerine göre ceza hükümlerinin uygulanmasını da gerektirebilir.

Bu sebeple duruşma salonunda bulunan herkes, uygulamada

yaşananların aksine, özellikle c. savcılarını da ayağa kalkmak zorundadır. C. savcılarının ayağa kalkmamaları da, başta Türk Milleti ve yargısına, daha sonra da yargılamanın diğer asli unsuru olan avukatlara göstermeleri gereken saygının gereğidir.

Mahkeme başkanının ise, hükmü okurken ayağa kalkması düşünülemez; zira bir yandan Türk Milleti adına hükmü verenin, diğer yandan da bu yetkiyi kullanıp kararı okuyanın ayağa kalkması hem gerekmez hem de ondan bu davranış beklenemez. (aksi kanaat için bkz. KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. bası, İstanbul, 2006, s. 1250) Aynı düşünce çerçevesinde toplu mahkemelerde mahkeme heyetini oluşturan diğer hâkim üyelerin de hüküm fıkrası okunurken ayağa kalkmaları gerekmez. (aynı doğrultuda bkz. ŞAHİN CUMHUR, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Ankara, 2005, s. 722) Bu nedenle, duruşma salonunda mahkeme başkanı ve hükmün oluşumuna katılmış mahkeme heyeti dışındaki herkesin sıfatı ne olursa olsun, ister hâkim ister c. savcısı isterse avukat olsun, Türk Milleti adına verilmiş hüküm okunurken hükmü ayakta dinleme zorunluluğu bulunmaktadır.

# GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNUN “İHALE SÜRECİ” AÇISINDAN İRDELENMESİ

Av. CÜNEYD ALTIPARMAK

*İhale süreci, ihale gereksiniminin doğması ile başlar ve ihale işlemle-  
rinin yapılması ile sürer ve sonunda ihalenin bir kişi üzerine bırakıl-  
ması ile biter.*

*Bu yazımızda, İhaleye Fesat Karıştırma Suçu (m. 235) ile Görevi  
Kötüye Kullanma Suçunun (m. 257/1) konumuza ilişkin unsurlarını orta-  
ya koyduktan sonra, ihale sürecindeki kamu görevlilerinin m. 235'e göre  
genel nitelikli olan görevi kötüye kullanma suçunun bu süreçte işlenmesi  
üzerinde duracağız. Amacımız ihaleye fesat karıştırma ve görevi kötüye  
kullanma suçları arasındaki temel ayrımı belirtmektir<sup>(4)</sup>.*

## GİRİŞ

**K**amu hukuku açısından ihale; devletin bazı işleri yaptırmak için veya bir iş- ten en fazla kâr ile çıkmasını sağla- mak için kullandığı metotlardan en başta gelenidir<sup>(1)</sup>. Kamu kurum ve kuruluşlarında yapılan ihalelerinin kamu görevlilerince yapıldığı açıktır. Bu süreçte ihaleye fesat karış- tırma suçu oluşabilecek iken, bun- ların dışında kalan durumlarda ise görevi kötüye kullanma suçunun uygulama alanı bulması olasıdır<sup>(2)</sup>.

İhaleye ilişkin suçlar 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun özellikle devlet memurları için 205. ve 208. maddelerinde olmak üzere, 362, 366, 367 ve 368. maddelerinde hü- küm altına alınmıştı. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 235. mad- desinde ihaleye fesat karıştırmak olarak bütünüyle yeniden düzen- lenmiştir<sup>(3)</sup>.

İhale, Kamu İhale Kanununun 4. maddesine göre; yazılı usul ve şart- larla mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve ihale yetkilisinin onayı-

(1) İhale konusundaki metotlar hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: Emek, Uğur, Kamu İhalelerinde Re- kabetin Sağlanması ve Korunması, DPT Yayınları, Kasım 2002-Ankara.

(2) Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet, “ Devlet Hesabına Yapılan Alım, Satım ve Yapımına Fesat Karıştırma Suçu” KHUKA, sayı: 2005/2 s.1

(3) Erdağ, Ali İhsan, Türk Ceza Kanunu İkinci Kitap Özel Hükümler Üçüncü Kısım Topluma Karşı Suç- lar Dokuzuncu Bölüm Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar ( m. 235 - 242 ) ve Onuncu Bölüm Bilişim Alanında Suçlar ( m. 243 - 246 ), www.adalet.c-bb, s.1 (E.T.: 05/05/2006)

nı müteakip sözleşmenin imzalanması ile tamamlanan işlemleri ifade etmektedir.

İhale süreci, ihale gereksiniminin doğması ile başlar ve ihale işlemlerinin yapılması ile devam eder ve sonunda ihalenin bir kişi üzerine bırakılması ile biter.

Biz bu yazımızda, İhaleye Fesat Karıştırma Suçu (m. 235) ile Görevi Kötüye Kullanma Suçunun (m. 257/1) konumuza ilişkin unsurlarını ortaya koyduktan sonra, ihale sürecindeki kamu görevlilerinin m.

235'e göre genel nitelikli olan görevi kötüye kullanma suçunun bu süreçte işlenmesi üzerinde duracağız. Bu yazıdaki amacımız ihaleye fesat karıştırma ve görevi kötüye kullanma suçları arasındaki temel ayrımı belirtmektir<sup>(4)</sup>.

## **I- İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇUNUN MADDİ UNSURU**

İhaleye fesat karıştırma suçunun (m. 235<sup>(5)</sup>) faili herkes olabilir. Kamu görevlisi veya bunun dışın-

(4) Balcı'nın ihaleye ilişkin suçlar açısından 765 sayılı Ceza Kanunu düzenlemesi hakkındaki düşünceleri şöyledir: "TCK'da Devlet İdaresi İşlenen Cürümler adlı üçüncü babda (TCK m.205,208) ve Ammenin İtimadı Aleyhine İşlenen Cürümler başlıklı altıncı babda (TCK m. 362,366,367,368) ihale suçları ile ilgili değişik düzenlemeler bulunmaktadır. Bu düzenlemelerden en önemlisi de, TCK'nun 205. maddesinde düzenlenen 'Devlet Hesabına Yapılan Alım, Satım ve Yapıma Fesat Karıştırma Suçu'dur. İhaleye fesat karıştırma suçu, esas itibarıyla ülkemizde çok fazla işlenen bir suç olmakla birlikte, 205. madde, düzenlenme şekli sebebiyle çok fazla uygulamaya imkanı bulamamıştır. Devlet hesabına yapılan alım, satım ve yapıma fesat karıştırma suçu, TCK'nun 366. maddesinde düzenlenen suç ile ciddi ölçüde benzerlik arz etmektedir. Bu benzerlik, 205. maddede ki suçun faili sadece memur olabileceği kriteri ile aşılacak istenmişse de; 366. maddenin ikinci fıkrasında memur olmanın ağırlatıcı sebep olarak düzenlenmiş olması karşısında bu suç tip arasındaki ayrım oldukça güçleşmiştir. Kanunundaki bu karışıklığın sebebini 205. maddenin 1274 tarihli Ceza Kanununun Hükümeti Hükümeti, 366. maddenin ise mehzadan alınması oluşturmaktadır. Yine Yüksek Mahkeme kararlarında TCK'nun 205. maddesinde düzenlenen suçun unsurlarının oluşmuş olmasına rağmen (doktrinde kırk ambar olarak da isimlendirilen) TCK'nun 240. maddesinden hüküm kurulmaktadır. (Balcı, Balcı, Murat, "İhaleye ve Edimin İfjasına Fesat Karıştırma" Hukuki Perspektifler Dergisi, sayı:2 Sonbahar, 2004 s. 209)

(5) Madde metni şöyledir : "(1) Kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihaleler ile yapım ihalelerine fesat karıştıran kişi, beş yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Aşağıdaki hâllerde ihaleye fesat karıştırılmış sayılır:

a) Hileli davranışlarla;

1. İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek,

2. İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olmayan kişilerin ihaleye katılmasını sağlamak,

3. Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olduğu hâlde, sahip olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakmak,

4. Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı hâlde, sahip olduğundan bahisle değerlendirmeye almak.

b) Tekliflerle ilgili olup da ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak.

c) Cebir veya tehdit kullanmak suretiyle ya da hukuka aykırı diğer davranışlarla, ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye, ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek.

d) İhaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşma yapmaları.

(3) İhaleye fesat karıştırma suçunda ilgili kamu kurum veya kuruluşu açısından bir zarar meydana gelmiş ise, ceza yarı oranında artırılır. Zararın meydana gelmiş olduğu sabit olmakla birlikte miktarının belirlenememiş olması, bu fıkra hükmünün uygulanmasını engellemez.

(4) İhaleye fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin eden görevli kişiler, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükmüne göre cezalandırılırlar.

(5) Yukarıdaki fıkralar hükümleri, kamu kurum veya kuruluşları aracılığı ile yapılan artırma veya ek-siltmeler ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakinde kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler veya kooperatifler adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara fesat karıştırılması hâlinde de uygulanır."

dakiler gibi bir ayırım yapılamaz<sup>(6)</sup>. Suç, “özgü suç” niteliği taşımamaktadır. Yani bu suç kamu görevlileri dâhil herkes işleyebilir.

“Kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihalelere fesat karıştırmak“ bu suçun maddi unsurunu oluşturur<sup>(7)</sup>.

Suçun oluşabilmesi için kamu kurum ve kuruluşları tarafından yapılan ihaleye fesat karıştırılmış olması gerekir. Yapılan ihalenin alım, satım, kiralama, yapım ve hizmet ihalesi olması gerekir<sup>(8)</sup>. İhalenin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu veya 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerine tabi bir ihale

olması da şart değildir<sup>(9)</sup>. TCK m. 235 düzenlenen ihale kavramı kamu faaliyeti olarak ihale yapıyorsa, artık bunların arasında bir ayırma gidilmesi düşünülemez.

İhale, kamu hesabına yapılmakla birlikte, kamusal bir faaliyet olarak icra edilmiş olabilir. İcra dairelerinde yapılan arttırma ile satışlar bu hususta bir örnek oluşturmaktadır<sup>(10)</sup>.

Fesat kavramının niteliği açık değildir<sup>(11)</sup>. Ancak bu kavramın hile, gizli anlaşma ve tehdit, cebir ve hile kavramları ile izah edilmesi mümkündür<sup>(12)</sup>. 235. maddede hangi durumlarda fesat karıştırılmış olunacağı dört bent halinde açıkça sayılarak belirtilmiştir<sup>(13)</sup>.

- (6) Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.456, Meran, Meran, Necati, Yeni Türk Ceza Kanununda Sahtecilik-Malvarlığını Bilişim Suçları İle Ekonomik ve Ticaret Alanında Suçlar, Ankara 2005 s. 310. Suçun 765 s. TCK m. 205 düzenlemesi içinde failin herhangi bir kimse olabileceği söylenmiştir. Zira madde de “bir kimse“ ibaresi yer almaktadır. Ancak bu kimsenin memur olması gerekmediği halde suçun faili olabilmesi için; devletin adına alma, yapma ya da satmaya yetkili olması gerekliliği vurgulanmıştır. (Öztürk, Nejat, Türk Ceza Kanunu Şerhi ve Tatbikatı, Ankara, 1966 c.1, s. 93) Ancak çoğunlukta görüş, her ne kadar madde düzenlemesinde “bir kimse“ ibaresi bulunsada dahi suçun failinin “memur“ olabileceği kanaatindedir. (Dönmezer, Sulhi, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul - 1984, s.91, Özgenç, İzzet, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Ankara 2002 s.242, Erman, Sahir/Özek, Çetin, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu İdaresi Aleyhine İşlenen Suçlar, İstanbul 1992,s. 62, Bakırcı, Sedat, Açıklamalı Zimmet-İrtikâp-Rüşvet Suçları, Ankara 1988, s. 168, Malkoç, İsmail/Güler, Mahmut, Uygulamada Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, Ankara 1. Bası s. 1554; Erem, Faruk, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, Ankara 1993, s.1313, Erem, Faruk/Toroslu, Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 1999, s.163)
- (7) Böylece 765 s. TCK m. 205 düzenlemesindeki belirsizlik ortadan kaldırılmıştır. Zira eski düzenlemede hangi ihalelerin bu suç kapsamına girdiği net değildi. Örneğin hizmet ve kira ihalelerinin eski düzenlemede bu suç kapsamı dışında kaldığı iddia edilmekte idi (Özgenç, s.237).
- (8) Donay, Süheyl / Kaşıkçı, Mahmut, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, İstanbul 2004. s. 306, “Genel Bütçeye dahil dairelerle, katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni tesisi, taşıma işleri bu Kanunda yazılı hükümlere göre yürütülür” (DİK m.1)
- (9) Özgenç, s.238. Meran, s. 311. Bu ibare hükmün gerekçesinde de bulunmaktadır.
- (10) Özgenç, İzzet, “İhale Sürecinde İşlenen Suçlar”, Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumu, Ankara 2005 (Sempozyum) s.77
- (11) ‘Fesat karıştırmak’ kavramı yargıcın takdirindedir (Malkoç/Güler, c.2 s.1555)
- (12) Erem, s.1313; Özgenç, s.240 Erman- Özek, s.57; Özgenç, s. 238, Önder, Ayhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 1994 s.121, Yazıcıoğlu, Yılmaz, “Devlet Alım-Satım ve Yapımına Fesat Karıştırmaya Suçu”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:68, Sayı:1-2-3 Yıl:1994, s.13.
- (13) 765 s. TCK daki düzenlemede devlet adına yapılan ihalelerde, alımlarda, satımlarda belirlenen maldan daha iyisini veya kötüsünü alıcıya vermek amacıyla yapılan hareketler ve halka açık biçimde yapılması gereken ihale veya alımlara birlerinin girmesini engellemek, teslim edilmemiş ve teslim alınmamış mala veya bu malların niteliğine ilişkin gerçeği yansıtmayan işlemler bu madde kapsamında değerlendirilmeye tabidir. (Bayramoğlu, Reşat, Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümler, Ankara 1943, s. 53; Savaş, Vural/Mollamahmutoğlu, Sadık, Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara 1999, c.2 s.2318-2319)

Buna göre; ikinci fıkranın (a) bendinde sayılan dört hareketin hile ile işlenmesi gerekirken, diğer benlerin (b), (c) ve (d) bentlerinin işlenmesi halinde “**hile**” aranmamaktadır<sup>(14)</sup>. Bu açıdan bakıldığında bağlı hareketli bir suç olarak nitelendirilecektir<sup>(15)</sup>. Bunun yanında Kamu İhale Kanununun “*yasak fül veya davranışlar*” başlıklı 17. maddesinin birinci fıkrası da “*fesat karıştırma*” kavramı için açıklayıcı olabilir<sup>(16)</sup>.

Madde metnine göre aşağıdaki davranışların yapılmış olması suç oluşturacaktır.

**1. Hileli Davranışlar ile İhaleye Katılma Yeterliliğine veya Koşullarına Sahip Olan Kişilerin İhaleye veya İhale Sürecindeki İşlemlere Katılmalarını Engellemek (m.235/2-a.1)**

**2. Hileli Davranışlarla İhaleye Katılma Yeterliliğine veya Koşullarına Sahip Olmayan Kişilerin İhaleye Katılmalarını Sağlamak (m. 235/2-a.2),**

**3. Hileli Davranışlarla Teklif Edilen Malları, Şartnamesinde Belirtilen Niteliklere Sahip Olduğu Halde, Sahip Olmadığından Bahisle Değerlendirme Dışı Bırakmak (m.235/2-a. 3),**

**4. Hileli Davranışlarla Teklif Edilen Malları, Şartnamesinde Belirtilen**

Niteliklere Sahip Olmadığı Halde, Sahip Olduğundan Bahisle Değerlendirmeye Almak (m.235/2-a.4),

**5. Tekliflerle İlgili Olup da İhale Mevzuatına veya Şartnamelere Göre Gizli Tutulması Gereken Bilgilere Başkalarının Ulaşmasını Sağlamak (TCK m. 235/ 2-b),**

**6. Cebir veya tehdit kullanmak suretiyle ya da hukuka aykırı diğer davranışlarla, ihaleye katılma yeterliliğine veya koşullarına sahip olan kişileri ihaleye, ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek (m. 235/2-c ),**

**7. İhaleye Katılmak İsteyen veya Katılan Kişilerin İhale Şartlarını ve Özellikle Fiyatı Etkilemek için Aralarında Açık veya Gizli Anlaşma Yapmaları ( m. 235/2-d ) halinde fesat karıştırılmış olacaktır.**

**II- GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNUN MADDİ UNSURU OLARAK; KAMU GÖREVLİSİNİN GÖREVİNİN GEREKLERİNE AYKIRI HAREKET ETMESİ (m. 257/1<sup>(17)</sup>)**

Suçun faili ancak kamu görevlileri olabilir<sup>(18)</sup>. Görevi Kötüye Kullanma Suçunun birinci fıkrasında

(14) Çelik, Kadir, “Yeni Türk Ceza Kanununda İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları”, *Yerel Yönetim ve Denetim, Mayıs, 2006, c.11 Sayı:5 s. 14*

(15) Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara-2005, s. 193*

(16) Özgenç,s.240,

(17) Buna göre madde “(1) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan hâller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir kazanç sağlayan kamu görevlisi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan hâller dışında, görevinin gereklerini yapmaktan ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir kazanç sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) İrtikâp suçunu oluşturmadığı takdirde, görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlayan kamu görevlisi, birinci fıkra hükmüne göre cezalandırılır” şeklindedir.

(18) Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 682

belirtilen maddi unsuru, kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı davranmasıdır. Bu unsur icrai nitelikli olacaktır. İhmali olamaz. Burada dikkat edilmesi gereken iki nokta vardır. Buna göre ilkin; failin görev alanına giren bir iş olmalı ikinci olarak da; bu görevinin gereklerine aykırı hareket edilmiş olmalıdır. Yani failin görev alanına girmeyen bir işte bu suçun işlemesi mümkün değildir<sup>(19)</sup>.

Kamu görevlisinin, görev alanına giren, görev gereklilikleri ilgi yasal metinde düzenlenmiştir. Bunlar başlıca, Anayasa, kanun, tüzük, yönetmelik, talimat, genelge gibi düzenlemelerdir. Failin bu düzenlemelere aykırı davranması ile suç oluşur. Ancak, görevin gereklerine aykırı her hareketin suç teşkil edeceğini de söylemek mümkün değildir. Buna göre; fail eylemi ile kişilerin mağduriyetine, kamunun zarara uğramasına veya kişilere haksız bir kazanç sağlamasına neden olmuş ise bu suç oluşacaktır.

Mağduriyet kavramı, sadece maddi yani ekonomik zararı içermez. Ferdin, başta siyasi, sosyal, medeni alanda olmak üzere, her türlü mağduriyetini içeren bir nitelik arz edecektir<sup>(20)</sup>.

Nitekim maddenin gerekçesinde; *“kişi tabi tutulduğu sınavda başarılı olmasına rağmen, başarısız gösterilmiş olabilir. Bir imar planı uygulamasında belli bir parsel sahi-*

*bine duyulan husumet dolayısıyla plan tekniğine aykırı olarak yeşil alan olarak gösterilmiş olabilir. Kişinin kamusal bir finans kaynağından yararlanması için gerekli şartları taşıdığı halde, yararlanması engellenmiş olabilir. Kişinin belli bir sınaî ve ticari faaliyetle ilgili olarak gerekli izin koşullarını taşıdığı halde bu faaliyeti engellemiş olabilir<sup>(21)</sup>”* hususları örnek olarak ek alınmıştır.

Suçun oluşabilmesi için, aranan bir diğer koşul ise; kamunun zarara uğramasıdır. Zaten failin görevinin gereklerine aykırı hareketi potansiyel olarak kamuya zarar veren bir durumdur. Ancak, maddede bu durumun zikredilmesi ile somut bir zararın oluşması gerektiğinin arandığını kabul etmek gerekir<sup>(22)</sup>. Örneğin kamu arazisinin işgal edilmesi ve buraya belirli hizmetlerin götürülmesi buna örnek verilebilir<sup>(23)</sup>.

Failin görevi kötüye kullanma suçundan sorumlu tutulabilmesi için, görevinin gereklerine aykırı hareket ederek kişilere haksız kazanç sağlamış olmalıdır. Bu kazanç haksız değil ise bu suç oluşmaz.

Mesela belirli niteliği taşımadığı halde banka kredilerinden yararlanma imkanı sağlamak, ticari faaliyet için belirli şartları taşımadığı halde bu faaliyeti yapmasına olanak vermek gibi davranışlar madde kapsamında değerlendirilecektir.

(19) Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 684

(20) Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 685

(21) Yurtcan, Erdener, Yeni Türk Ceza Kanunu, İstanbul, 2004 s. 375-376 (İstanbul Barosu Yayınları)

(22) Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 685,

(23) Hükmün gerekçesi için bakınız: Yurtcan, s.376

Madde metnindeki “**kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan hâller dışında**” ibaresi ile özel nitelikteki görevi kötüye kullanma suçlarının dışında bir çerçeve çizmiştir. Yani görevi kötüye kullanma niteliği taşıyan her hangi bir fiilin özel olarak düzenlenmediği durumlarda tamamlayıcı norm olarak 257. madde uygulanacaktır<sup>(24)</sup>. Bunların başında; konumuza ilişkin olarak 235. madde gelmektedir<sup>(25)</sup>. Gerçekten failin kamu görevlisi olması halinde, ihaleye fesat karıştıran kimse görevini kötüye kullanmış olmaktadır. Ancak, bu durumda özel düzenleme olan m.235’ten hüküm kurulacaktır.

### III- İHALE SÜRECİNDEKİ KAMU GÖREVLİLERİ

“Kamu görevlisi” kavramı Ceza Hukukuna yeni girmiş bir kavramdır. Kamu görevlisi Türk Ceza Kanununun 6. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde “**kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme**

**yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi**” olarak tanımlanmıştır.

Kamu kurum ve kuruluşlarında yapılan ihalelerde “ihale komisyonu” ihale yetkilisi tarafından oluşturulmaktadır.

İhale yetkilisi, “**idarenin, ihale ve harcama yapma yetki ve sorumluluğuna sahip kişi veya kurulları ile usulüne uygun olarak yetki devri yapılmış görevlilerini**” ifade eder (KİK m.4).

İhale komisyonu<sup>(26)</sup>; ihale yetkilisi tarafından biri başkan olmak üzere, ikisinin ihale konusu işin uzmanı olması koşuluyla, ilgili idare personelinden en az dört kişinin, genel ve katma bütçeli kuruluşlarda maliye memurunun, diğerlerinde ise muhasebe veya mali işlerden sorumlu bir personelin katılımıyla kurulacak en az beş ve tek sayıda kişiden oluşan komisyonunu ifade eder<sup>(27)</sup> (KİK m.6). Buna göre ihale

(24) Artuk/Gökçen/ Yenidünya, s.680

(25) Bunların dışında;Türk Ceza Kanunumuzdaki m.247., m.250., m.252., m.279.,m.109., m.170 sayılabilir

(26) Kamu İhale Kanununun “İhale Komisyonu” başlıklı 6. maddesi şöyledir: “İhale yetkilisi, biri başkan olmak üzere, ikisinin ihale konusu işin uzmanı olması şartıyla, ilgili idare personelinden en az dört kişinin, genel ve katma bütçeli kuruluşlarda maliye memurunun, diğerlerinde ise muhasebe veya mali işlerden sorumlu bir personelin katılımıyla kurulacak en az beş ve tek sayıda kişiden oluşan ihale komisyonunu, yedek üyeler de dahil olmak üzere görevlendirir. İhaleyi yapan idarede yeterli sayı veya nitelikte personel bulunmaması halinde, bu Kanun kapsamındaki idarelerden komisyona üye alınabilir.

Gerekli incelemeyi yapmalarını sağlamak amacıyla ihale işlem dosyasının birer örneği, ilân veya daveti izleyen üç gün içinde ihale komisyonu üyelerine verilir.

İhale komisyonu eksiksiz olarak toplanır. Komisyon kararları çoğunlukla alınır. Kararlarda çekimser kalmamaz. Komisyon başkanı ve üyeleri oy ve kararlarından sorumludur. Karşı oy kullanan komisyon üyeleri, gerekçesini komisyon kararına yazmak ve imzalamak zorundadır.

İhale komisyonunca alınan kararlar ve düzenlenen tutanaklar, komisyon başkan ve üyelerinin adları, soyadları ve görev unvanları belirtilerek imzalanır.”

(27) Hakeri, Hakan, Sorularla Ceza Hukuku, Ankara 2005, s. 20 (Sorular). Ceza hukukumuzda kamu görevlisi; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kimsedir (TCK m. 6/ 1-c). Önceki Ceza Kanununun 279. maddesinde yapılan “memur” tanımlaması uygulama açısından birçok sıkıntı doğurmakta idi. Yeni düzenleme “Memur” kavramı yerine “Kamu Görevlisi” kavramı getirilmesi ile uygulama alanını genişletmiştir (Hakeri, Sorular,s.20).

yetkilisi, komisyon üyeleri çoğu zaman kamu görevlisidir.

Nitekim, Özgenç; “Ayrıca işaret etmek gerekir ki; yeni Türk Ceza Kanunu’ndaki tanımlama biçimi bakımından ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için kamunun bir zarar görmesi gerekmemektedir. Kamunun bir zarar görmüş olması, kişinin ilgili suçtan dolayı daha ağır bir cezayla cezalandırılmasını gerektirmektedir. Yine, bu suç tanımına göre, bu ihale sürecini deruhte eden görevlilerin –bu, yerine göre kamu görevlisidir, yerine göre değildir; mesela bir şirketin, bir vakfın, bir kamu yararına çalışan derneğin yöneticisi kamu görevlisi değildir– bu ihaleye fesat karıştırmak sure-

tiyle bir menfaat elde etmiş olması halinde, sadece ihaleye fesat karıştırma suçundan dolayı değil, bu menfaat temini başka bir suç oluşturduğu takdirde kişinin, ayrıca bu suçtan dolayı da cezalandırılmasını öngörmektedir” şeklinde düşünmektedir<sup>(28)</sup>

## **VI- İHALE SÜRECİNDE OLUŞABİLECEK GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU**

İhale sürecindeki kamu görevlileri, ihaleye fesat karıştırmaksızın bazı davranışlarda bulunabileceklerdir. Bu durumda ihaleye fesat karıştırma suçundan bahsedilemez<sup>(29)</sup>. Ancak bu halde kamu görevlisi görevinin gereklerine aykırı

*Nitekim madde gerekçesinde şöyle denmektedir: “765 sayılı Türk Ceza Kanunundaki memur tanımının doğurduğu sakıncaları aynen devam ettirecekleri nitelikte olan tanım, Tasarı metninden çıkarılarak; memur kavramını da kapsayan “ kamu görevlisi” tanımına yer verilmiştir. Yapılan yeni tanıma göre kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegâne ölçüt gördüğü işin kamusal faaliyet olmasıdır.*

*Bilindiği üzere kamusal faaliyet, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre olan bir siyasal kararlar, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir. Bu faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin maaş, ücret veya sair bir maddi karşılık alıp almamalarının, bu işi sürekliliği, süreli veya geçici olarak yapmalarının bir önemi bulunmamaktadır. Bu bakımdan örneğin mesleklerinin icrası bağlamında avukat veya noterin kamu görevlisi olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Keza kişi, bilirkişilik, tercümanlık ve tanıklık faaliyetinin icrası kapsamında bir kamu görevlisidir. Askerlik görevi yapan kişiler de kamu görevlisidirler. Bu bakımdan örneğin bir suç vakiasına müdahil olan, bir tutuklu veya hükümlünün naklinin gerçekleştiren jandarma subay veya erleri de kamu görevlisidirler.*

*Buna karşılık, kamusal bir faaliyetin yürütülmesinin ihaleye dayalı olarak özel hukuk kişilerinin üstlenilmesi durumunda bu kişilerin kamu görevlisi sayılmayacağı açıktır.”*

(28) Özgenç, İzzet, Yeni Türk Ceza Kanunlarının Uygulanmasına İlişkin Sorunların Değerlendirilmesi Toplantılarında Sorular Sorular ve Cevapları –II, [www.edb.adalet.gov.tr/Sorularcevap2.htm](http://www.edb.adalet.gov.tr/Sorularcevap2.htm) (E.T: 02.08.2006)(Sorular)

(29) Yargıtay 765 sayılı Ceza Kanununun uygulamasına ilişkin kararda hastanenin idari müdür yardımcısı ve satın alma komisyonu üyesi olan kimsenin, bir başkasına şirket kurdurup, sonradan hastane için yapılan ihalelere katılmalarını sağlayarak ve bununla birlikte kurduğunu şirket ile birlikte iki hayali şirkette teklif mektubu düzenleyerek ihaleye sokan kamu görevlisinin eylemini görevi kötüye kullanma kapsamında değerlendirmiştir. (CGK, E.1988/5-301, K. 1988/366)

*Ancak fail burada 765 s. TCK m.205’i ihlal etmiştir. Bu mahkeme ve Yargıtay’ca dikkate alınmamıştır. 5237s. Türk Ceza Kanunun düzenlemesinde bu fülün karşılığı 235. maddedir (Kanaatimizce; 5237 s. TCK m. 235/2-b ile d bentleri ihlal edilmiştir). Konuya ilişkin olarak Özgenç, makalesinde suçun niteliğinin yanlış olduğunu zira, failerin göstermelik ihale ile, haksız kazanç elde etmelerinin yanında bunu da ihaleye fesat karıştırarak yaptıklarından dolayı hükmün görevi kötüye kullanma değil de; 765 s. TCK m. 205’in uygulanması gerektiği düşüncesindedir (Bkz: Özgenç, İzzet, “Kamu Görevi, Yükümlülük Suçları, Yükümlülük Suçlarına İştirak (Karar İncelemesi)”, SÜHFD, c.4, sayı:1-2, 1994. s. 348, dn.48)*

hareket ettiği için görevi kötüye kullanma suçunun düşünülmesi gerekecektir.

**1. İhale Yapılması Gereken Durumlarda, Doğrudan Temin Yapmak veya Öngörülen Usullere Aykırı Davranmak.**

Bir malın, hizmetin alınması, bir malın satımı ve bir yapının yapılması gibi işler Kamu İhale Kanunu ve Devlet İhale Kanununun gereklerine göre ihale edilecektir. Bu kanunların ilgili hükümleri ihale yapılmasına gerek duyulmayan halleri de düzenlemiştir. Bu düzenlemeler tüm kamu kurumları için bağlayıcıdır. Zira Kamu İhale Kanunu, İhale Hukukunda temel düzenleyici normdur. Buna göre asıl olan bir işin ihale yoluyla yapılması veya bir şeyin ihale ile alınmasıdır. Bunun istisnası; doğrudan temindir. Doğrudan temin yöntemi bazı durumlarda ihtiyaçların, idare tarafından davet edilen isteklilerle teknik şartların ve fiyatın görüşülerek doğrudan temin edilebildiği usulü ifade eder (KİK m.4). Bu yöntemin kaynağı başta Kamu İhale Kanunu olmak üzere ihaleye ilişkin düzenlemeler içeren kanunlardır.

**Kamu İhale Kanununu 22. maddesine uyarınca aşağıda belirtilen durumlarda ihtiyaçların ilan yapılmaksızın ve teminat alınmaksızın doğrudan temini usulüne başvurulabilecektir<sup>(30)</sup>. Buna göre;**

• İhtiyacın sadece gerçek veya tüzel tek kişi tarafından karşılanabileceğinin tespit edilmesi,

• Sadece gerçek veya tüzel tek kişinin ihtiyaç ile ilgili özel bir hakka sahip olması.

• Mevcut mal, donanım, teknoloji veya hizmetlerle uyumun ve standardizasyonun sağlanması için zorunlu olan mal ve hizmetlerin, asıl sözleşmeye dayalı olarak düzenlenecek ve toplam süreleri üç yılı geçmeyecek sözleşmelerle ilk alım yapılan gerçek veya tüzel kişiden alınması,

• Büyükşehir belediyesi sınırları dahilinde bulunan idarelerin on dokuz milyar doksan beş milyon, diğer idarelerin beş milyar Türk Lirasını aşmayan ihtiyaçları ile temsil ağırlama faaliyetleri kapsamında yapılacak konaklama, seyahat ve işeyle ilişkin alımlar<sup>(31)</sup>,

• İdarelerin ihtiyacına uygun taşınmaz mal alımı veya kiralınması.

(30) Bu maddeye göre yapılacak alımlarda, ihale komisyonu kurma ve 10 uncu maddede sayılan yeterlik kurallarını arama zorunluluğu bulunmaksızın, ihale yetkilisince görevlendirilecek kişi veya kişiler tarafından piyasada fiyat araştırması yapılarak ihtiyaçlar temin edilir. (KİK m.22/son)

(31) Bu limitler, Kamu İhale Tebliğinin (2006/1) 2. maddesinin 5. bendi uyarınca şu şekilde artırılmıştır: "Doğrudan Temin" başlıklı 22 nci maddenin;

(d) bendinde belirtilen 24.759,- YTL., (Yirmidörtbin yediyüzellidokuz Yeni Türk Lirası), 25.883,- YTL. (Yirmibeşbin sekizyüzsaksonüç Yeni Türk Lirası), 8.252,- YTL (Sekizbin ikiyüzelliki Yeni Türk Lirası), 8.626,- YTL. (Sekizbin altıyüzyirmialtı Yeni Türk Lirası), ... şeklinde güncellenmiştir"

• Özelliğinden dolayı stoklama imkanı bulunmayan ve acil durumlarda kullanılacak olan ilaç, tıbbi sarf malzemeleri ile test ve tetkik sarf malzemesi alımları.

• Milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülen uyuşmazlıklarla ilgili davalarda, Kanun kapsamındaki idareleri temsil ve savunmak üzere Türk veya yabancı uyruklu avukatlardan ya da avukatlık ortaklıklarından yapılacak hizmet alımları.

• 4353 sayılı Maliye Vekaleti Baş Hukuk Müşavirliğinin ve Muhakemat Umum Müdürlüğünün Vazifelerine, Devlet Davalarının Takibi Usullerine ve Merkez ve Vilayetler Kadrolarında Bazı Değişiklikler Yapılmasına Dair Kanun hükümleri çerçevesinde idari davaların açılması, idareler aleyhine açılan bu nevi davaların takip ve müdafaası daire amirlerine veya bu dairelerin bağlı buldukları Bakanlıklar hukuk müşavirlerine ait

olup Danıştay'daki duruşmalarda bu daireler kendi amirleri veya hukuk müşavirleri ve hukuk müşaviri teşkilatı olmayan dairelerde ilgili şube amiri tarafından temsil olunur. Hazineyi ilgilendiren işlerde bu vazife Hazine Müşavir avukatı veya avukatları tarafından yapılır. Lüzumu halinde Maliye Bakanlığının alakalı servisine mensup ve Maliye Bakanlığı tarafından tensip edilecek bir memur Hazine Avukatı ile birlikte duruşmaya iştirak ettirebilir. Bunun yanında milletlerarası yargı organlarında Devletin taraf olduğu davalar ile milletlerarası tahkim yoluyla çözümlenmesi öngörülen ve Hazine avukatlarınca takibine imkân bulunamayan uyuşmazlıklarla ilgili davalarda da; Devleti ve genel bütçeli daireleri temsil etmek ve savunmak üzere, Türk ve yabancı uyruklu avukatlardan ya da avukatlık ortaklıklarından ilgili idarelerce Türk veya yabancı uyruklu avukatlardan hizmet alımları sayılmıştır<sup>(32)</sup>.

(32) Bunun yanında ihale yapılmadan Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun uyarınca bazı işlemler görülebilir. Gerçekten; hisselerin yurt içi ve yurt dışında halka arz, borsada satış, menkul kıymetler yatırım fonları veya menkul kıymetler yatırım ortaklıklarına satış suretiyle özelleştirilmesi halinde ihale yöntemine baş vurulmayacaktır (OHK m.18).

Yine bunun gibi, 4070 sayılı Hazineye Ait Tarım Arazilerinin Satışı Hakkında Kanun çerçevesindeki satışlarında bir kısmı için ihale değil, doğrudan satış yöntemi uygulanacaktır. (4070 s.k. m.8.

2985 sayılı Toplu Konut Kanunu hükümleri çerçevesinde yapılan iş ve işlemlerde her hangi bir ihale kanun çerçevesinde olmadığı için bu iş ve işlemler Toplu Konut İdaresince (TOKİ) yürütülecektir. Bu kanun çerçevesindeki iş ve işlemler de ihale yöntemine baş vurulmadan görülebilecektir. (2985 s.k. m.6) Devlet Malzeme Ofisinin (DMO) yapacağı bazı alımlarda da doğrudan temin yöntemine başvurulacaktır. Bunlar başlıca; DMO'nun Ana Statüsünde belirtildiği üzere; kağıt, karton, mukavva ve mamulleri, kırtasiye, büro malzemeleri (büro makineleri, aletleri, mefruşatı), sabit tesisler hariç olmak üzere aydınlatma ve ısıtma araçları, temizlik malzemeleri, daire hizmetinde kullanılan taşınlar, sair döşeme, demirbaş, makine ve teçhizatları, motorlu araçların iç ve dış lastikleri, başta matbaadaki basım işleri olmak üzere diğer basım işleri için (DMO Ana Statüsü m. 4) ihale açılmadan idarelerce satın alınabileceklerdir. Bunun gibi bir kamu kurumunun da atıla çıkmış hurda malzemelerini Makine Kimya Endüstrisi Kurumuna satması da bu duruma örnek teşkil edecektir Şunu söylemek mümkündür, idarenin kamusal hizmetleri görmesi için gerek duyduğu ihtiyaçları karşılamak üzere ihale yöntemine her zaman baş vurması gerekmez. Zira ihale yöntemi idare ile sözleşmeyi imzalayacak kişinin belirlenmesi yöntemidir ve bu yöntem belirli bir masraf ile gerçekleştirilmektedir. Bunun için gerek özel kanunlardaki bazı düzenlemeler ve gerekse temel ihale kanunları ile bazı düzenlemeler getirilerek bu sorun aşılmasına çalışılmıştır.

Bu hallerin dışında doğrudan temine gidilemez. İhaleye çıkılması gereken bir işle ilgili ihaleye çıkmadan doğrudan temin yoluna gidilmesi halinde de bunu yapan kamu görevlisi için, genel nitelikli suç olan görevi kötüye kullanma suçu oluşacaktır. Yargıtay; "Belediye Başkanı olan sanığın, Belediye'ye ait suça konu "park gazino ve otel" tesisini ihale yoluyla kiraya vermesi gerektiği halde, İhale Yasasının koyduğu yöntem ve biçimlere uymayarak, ilk kiralayandan devralan kişiye sözleşmeyle 10 yıllığına kiralamaktan ibaret olan ve mahkemece böyle kabul edilen eyleminin, görev sırasında yetkiyi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu gözetilmeden, genel kasıtlı işlenen bu suçla özel kasta ağırlık vererek beraat hükmü kurulması," (4.CD 24.11.1994, 1994/7727, 1994/10193) nedeniyle hükmün bozulması gerektiği düşüncesindedir. Başka kararlarında ise; "İhaleye konu polis lojmanlarına ilişkin yerlilik belgesi komisyonu başkan ve üyeleri olan sanıkların ihale mevzuatında ve bakanlık tebliğine aykırı olarak ihaleye katılan müteahhitlere yönetime uymayan puanlar verdikleri... hükümet hesabına yapılan ihalede hileli araçlar kullanmak suretiyle rekabeti ihlal ve TCK'nın 366. maddesine uyar nitelikte olup olmadığının tartışılması eylemin bu maddeye girmediği takdirde yasanın yardımcı hüküm konumunda bulunan 240. maddesine

gireceğinin gözetilmesi gerekir" (4.CD. 07/02/1991, 7518/723)<sup>(33)</sup>. "...Öte yandan Devlet İhale Yasasına uyulmayarak, ortaklar arasında İl özel İdaresinin de bulunduğu Muğla Kireç Sanayi A.Ş. nin gereksinimi olan kırma ve eleme gereçlerinin, ihale açılmaksızın Toktaş A.Ş. aracılığıyla piyasadan alınıp; Muğla Kireç Sanayiine kiraya verildiği, bu işlemde Toktaş A.Ş. nin paravan olarak kullanıldığı ve... Özel İdarenin zarara uğratıldığı" için görevi kötüye kullanma suçunun olduğu belirtilmiştir. (CGK. 06.02.1995, 1994. 240. 1995. 11).

## **2. İdarenin İhtiyacı Olmadığı Halde İhaleye Çıkmak**

İdareler ihtiyaç duyduklarında ihale yoluna başvurabilirler. İhaleye idarenin ihtiyacı olmadığı halde ihale açılmış ise bu durum TCK m. 235'i oluşturmaz. Bu halde görevi kötüye kullanma suçundan bahsedilebilir<sup>(34)</sup>. Ancak kamu kurum ve kuruluşlarınca ihtiyacı olmadığı halde açılan ihalede 235. maddedeki suçun işlenebilmesi mümkündür. Yani ihtiyacı olmadığı halde ihale yetkilisinin ihaleye onay vermesi görevi kötüye kullanma suçunu oluşturur. Ancak bu halde açılan ihaleye fesat karıştırılabilir.

Kamu personeline yürütülmesi ve meydana getirilmesi mümkün olan durum için ihale yapılmış ise yine görevi kötüye kullanma suçunun olduğuna inanmak gerekir<sup>(35)</sup>.

(33) Kanaatimizce zikredilen durum bu günkü uygulama söz konusu olsa idi, TCK m. 235 kapsamında mütalaa edilmelidir. Çünkü fail; 235. maddenin ikinci fıkrasının dördüncü ve üçüncü bentlerini ihlal etmiştir

(34) Özgenç, s.255

(35) Özgenç, s.255

Çünkü ihaleye fesat karıştırma eylemi gerçekleşmemiş ve sadece takdir hakkının yerinde kullanılmamıştır<sup>(36)</sup>. Mesela kamu görevlilerince yürütebilecekleri bir yapım işi için, dışardan ihale açmak buna örnek verilebilir<sup>(37)</sup>. Burada ihaleye fesat karıştırmak gibi durum yoktur. Ancak takdir yetkisi kötüye kullanılmıştır. Bununla birlikte; 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun uygulandığı bir ihalede; 'keşif artışı' konusunu düzenleyen 63. Maddede<sup>(38)</sup> 'yapım işlerine ait sözleşme' kapsamında iş artışına sınırlama getirmiştir. Bu hükümle sözleşmenin kamu idaresinin özel hukuk hükümlerine göre esasen sahip olduğu yetki sınırlandırılmıştır. Bu sınırlama hükmüne uyulmayıp, süre hariç, sözleşmenin diğer hükümlerine bağlı kalmak kaydıyla, sözleşme konusu yapım işinin miktarında artış yapılması durumunda kamu görevlisi açısından genel nitelikli

görevi kötüye kullanma suçunun oluştuğunu düşünmek gerekir<sup>(39)</sup>.

### **3. İhale Yöntemini Değiştirmek**

Yine bunun gibi yapılacak ihale, sadece hizmet, yapım, mal alımı satımına yönelik olabileceği gibi, karma bir ihale de olabilir. Yani aralarında kabul edilebilir bağlantı olabilir. Bu durumda hem hizmet ihalesi, hem yapım ihalesi ve mal satım-alım ihalesi aynı anda ihale edilebilecektir<sup>(40)</sup>. İhale mevzuatında belirtilen eşik değer altında kalan işlerde, uygulanacak ihale yöntemleri, eşik değer üstünde kalan ihalelere göre farklı prosedür içermektedir. Eşik değer altında kalmak için ihaleye çıkılacak işleri bölmek ya da birleştirmek genel nitelikli görevi kötüye kullanma suçunun oluşacağını düşünmek gerekir<sup>(41)</sup>. Zira fail burada, ihaleye ilişkin iş ve işlemlere etki etmekte, an-

(36) 4.CD. 07.02.1991, 7518/723 (Savaş/Mollamahmutoğlu, c.3 s.3376)

(37) Özgenç, s.241

(38) 'Sözleşmede belirtilen işin artış ve eksilişi' başlıklı 63. madde metni aşağıdaki gibidir:

"Yapım işlerine ait bir sözleşmenin uygulanması sırasında keşif ve sözleşmede öngörülmemiş iş artışı veya eksilişi zorunlu hale gelirse, müteahhit, keşif bedelinin % 30 oranına kadar olan değişiklik, süre hariç, sözleşme ve şartnamesindeki hükümler dairesinde yapmakla yükümlüdür.

Keşif bedeli artışının % 30'u geçmesi halinde sözleşme feshedilir. Ancak, bu durumda müteahhit işin keşif bedeli ve % 30 keşif artışının karşılığı işleri sözleşme ve şartnamesindeki hükümler çerçevesinde yapmaya zorunludur. Taahhüdün % 30 keşif artışı ile bitmemesi ve tasfiye edilmesi halinde müteahhit, idareden hiçbir masraf ve tazminat isteyemez.

% 30 oranından fazla artış; temel, tünel ve benzeri işler ile tabii afetler gibi nedenlerden ileri gelmiş ise; idarenin isteği, müteahhidin kabulü ve ilgili bakanın onayı ile süre hariç, aynı sözleşme ve şartname hükümleri içinde % 30'u geçen işler de aynı müteahhide yaptırılabilir.

Keşif bedelinin % 70 inden daha düşük bedelle tamamlanacağı anlaşılan işlerde, müteahhit işi bitirmeye zorunludur. Bu durumda, müteahhide, belgelemek şartı ile yapmış olduğu gerçek giderlerine karşılık olarak, ihale bedelinin % 70'i ile yaptığı işin tutarı arasındaki bedel farkının % 5'ine kadar ödeme yapılabilir

(39) Özgenç, s.242

(40) İhale Mevzuatımıza göre, "Aralarında kabul edilebilir doğal bir bağlantı olmadığı sürece mal alımı, hizmet alımı ve yapım işleri bir arada ihale edilemez" (KİK m.5) şartını içermektedir. Buna göre bağlantı olduğu halde ihaleleri birleştirmenin görevi kötüye kullanma suçu kapsamında mütalaa edebiliriz.

(41) Eşik değerler başlıklı 8. madde şöyledir:

"Bu Kanunun 13 ve 63 üncü maddelerinin uygulanmasında yaklaşık maliyet dikkate alınarak kullanılacak eşik değerler aşağıda belirtilmiştir:

cak kendisinden beklenen görevinin gereklerini yerine getirmemiştir<sup>(42)</sup>.

Kamu İhale Kanununun 5. maddesinin dördüncü fıkrasında "temel ihale usulleri" belirtilmiştir. Buna göre başlıca iki temel ihale usulü belirlenmiştir. Bunlar açık ihale usulü ve belli istekliler arasından ihale usulüdür<sup>(43)</sup>. Bunlar haricindeki ihale usulleri ise (Örneğin pazarlık usulü, KİK m. 18) kanunun açıkça belirtilmesi halinde uygulanmalıdır.

İhale konusu işle ilgili olarak kanunlarda belirtilen ve uyulması gereken usullerden başkasının benimsenmesi halinde (mesela açık arttırma usulü yerine teklif usulünün benimsenmesi gibi) görevi kötüye kullanma suçu oluşur<sup>(44)</sup>. Zira ortada bir ihale yoktur ve dolayısı ile ihaleye fesat karıştırılmamıştır<sup>(45)</sup>. Bir başka ifade ile, bir ihale usulünün yerine başka bir ihale

usulünün benimsenmesi fesat olarak düşünülemez.

Burada dikkat edilmesi gereken konu, 235. maddenin maddi unsuru olarak hile, cebir, şiddet gibi hareketlerin var olması gerekliliğidir. Bunlar olmadan, gerekenden başka bir usul ile ihaleye çıkılması fesat olarak düşünülemez. Bu durumda görevi kötüye kullanma suçunun oluştuğu kabul edilmelidir<sup>(46)</sup>.

#### 4. İhale Mevzuatının Genel İlkelerine Aykırı Davranmak

4734 sayılı Kanununa göre; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla karşılanmasını ve kaynakların verimli olarak kullanılmasını gözetmesi gerekir. Bunu yanında ödeneği temin etmeden hiçbir

a) (Değişik bend: 12/06/2002 - 4761 S.K./12. md.) Genel bütçeye dahil daireler ve katma bütçeli idarelerin mal ve hizmet alımlarında üç yüz milyar Türk Lirası.

b) (Değişik bend: 12/06/2002 - 4761 S.K./12. md.) Kanun kapsamındaki diğer idarelerin mal ve hizmet alımlarında beş yüz milyar Türk Lirası.

c) (Değişik bend: 12/06/2002 - 4761 S.K./12. md.) Kanun kapsamındaki idarelerin yapım işlerinde on bir trilyon Türk Lirası" Bu eşik değerler her yıl Bütçe ve Ekonomik gelişmeler dikkate alınarak değiştirilmektedir. Bu değişiklikler için bakınız : Kamu İhale Kurumunun yayımladığı Kamu İhale Tebliği (Tebliğ No: 2006/1) Resmi Gazete Tarihi : 27/01/2006 Resmi Gazete Sayısı : 26062

(42) Örneğin belirli bir miktar malın alınması ve depolanması ile bunların istendiği zaman idarenin hizmetine sunulmasını içeren bir ihale olabilir. Bu durumda işleri eşik değer in altında kalmak için bölüp, ayrı ayrı ihaleye çıkılması mümkündür. Bu halde ihaleye fesat karıştırılmış olmaz. Ancak bunu kasten yapan fail hakkında görevi kötüye kullanma suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekecektir.

(43) "...İdareden alınan bilgi ve belgelerin konu ile ilgili mevzuat çerçevesinde değerlendirilmesi sonucunda, anılan alımın 4734 sayılı Kanunun 22 nci maddesinin (c) bendi gereğince Doğrudan Temin ile yapılabilmesi için gereken şartların oluşmadığı anlaşılmıştır. Açıklanan nedenlerle, ihale sürecine ilişkin olarak yukarıda tespit edilen aykırılık ihalenin iptalini gerektirecek nitelikte ise de; iddiaların incelenmesi sonucunda herhangi bir iptal kararı verilmesi mümkün bulunmadığından; İdarenin yapmış olduğu mevzuata aykırı işlemin ve dosya muhteviyatından tespiti mümkün olmayan diğer hususların değerlendirilmek, gerekiyorsa incelenmek ve/veya soruşturulmak üzere konunun İçişleri Bakanlığına bildirilmesine, oybirliğiyle karar verildi." (Kamu İhale Kurulu Kararı, Karar Tarihi:16.08.2004, Karar No :2004/Ük.Z-1026)

(44) Malkoç/Güler, c.2 s1754-1755

(45) Yaşar, Osman, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2001 ,s.824Özgenç, s.255,

(46) Özgenç, Sempozyum, s. 84

mal veya hizmet alımı ile yapım işinin ihale edilmesi mümkün değildir. Bu şartlara uyulmadan ihale yapılması halinde, -235. madde sayılan haller dışındaki davranışlar hariç-kamu görevlisinin, görevini kötüye kullandığını ifade etmek mümkündür. Örneğin ihale ilanını şartlara uygun şekilde yapmamak, uygulama projesi yaparak ihaleye çıkılması gerektiği halde yapmadan çıkmak, kanunun öngördüğü süre içerisinde işi ihale etmemek gibi eylemler görevi kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirilebilecektir.

Nitekim Yargıtay eski tarihli bir kararında; *"...Dava konusu eylemlerin gerçekleştirildiği 1990 tarihinde Arsa Ofisi Genel Müdürü olan sanık Ö.B. ile Satış Şubesi Sorumlusu diğer sanık E.A.nın mülkiyeti Arsa Ofisine ait Gebze İlçesindeki arsaların Devlet İhale Kanunu ile Döner Sermayeli Kuruluşlar İhale Yönetmeliğinde belirlenen usul ve şekillere aykırı olarak Ankara yerine Gebze'deki mahalli bir gazetede satış*

*ilanı vermek, resmî gazetede ilan yaptırmamak ve ilan ile ihale arasında en az on günlük süre bulunması hususuna riayet etmemek suretiyle rekabet ve arttırma ortamı yaratmadan üç küçük sanayi kooperatifinde ayrı ayrı satışını yapmak suretiyle kurum zararına sebebiyet verip görevlerini kötüye kullanmışlardır"* demektedir. (5.CD. 03.10.1996, 2174/3201)

Yargıtay, *"Malın ihale mevzuatına uygun olamadan piyasadan alınmasını"<sup>(47)</sup>*, *"Belediye başkanının 2886 sk. nın 2,17 ve 25.maddelerine aykırı biçimde ihale yapmasını"<sup>(48)</sup>*, *"DMO ve Açık Arttırma Yasasına aykırı olarak belediyeye otobüs alınmasını"<sup>(49)</sup>* *"Devlet İhale Yasasına aykırı olarak, ve eski sözleşmeyi devam ettirerek, fabrikaya mal alınmasını"<sup>(50)</sup>*, *"İhale komisyonunu üyelerinin zarf usulü yapması gerekirken, bedeli bölüp pazarlık yoluna gitmesini"<sup>(51)</sup>* görevi kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirmiştir<sup>(52,53)</sup> - .

(47) Yaşar, s.521

(48) 4.CD, 14.05.1998, 3309/5188 (Savaş/Mollamahmutoğlu, c.2 s.2466), Kooperatifin yaptığı alımlarda hileli davranmasını görevi kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirmiştir. (4.CD, 25.06.1996, 494/5887, Malkoç/Güler, c.2, s.1737-1738)

(49) 4.CD, 03.04.1996, 1932/3017 (Malkoç/Güler, c.2, s.1741)

(50) 4.CD.05.02.1996, 197/1038 (Malkoç/Güler, c.2, s.1742)

(51) 4.CD. 06.03.1997, 21/669 (Yaşar, s.522). Ayrıca Bakınız Yargıtay'ın; 4.CD. 06.03.1997, 9220/1545 kararına ([www.yargitay.gov.tr](http://www.yargitay.gov.tr))

(52) *".... Taşıt Yasasına uymama, görev sırasında yetkiyi kötüye kullanma ve görevi savsama suçlarından sanıklar Osman Yağız, Hidayet Şenkaya, Nazmi Koçak, Kazım Yöndemli, Mustafa Yeşilyurt, Eyüp Gökduvan, Gürsel Alpul hakkında 237 sayılı Yasanın 16, TCY'nun 240/1, 230/1, 72, 647 sayılı Yasanın 4-6. maddeleri uyarınca sanık Osman Yağız'ın 6.060.000 lira, sanıklar Hidayet Şenkaya ve Nazmi Koçak'ın 4.160.000 lira, sanıklar Mustafa Yeşilyurt, Kazım Yöndemli'nin 3.690.000'er lira, sanıklar Gürsel Alpul ile Eyüp Gökduvan'ın 470.000'er lira ağır para cezalarıyla hükümlülüklerine, sanık Osman Yağız'ın 3 yıl, sanıklar Hidayet, Nazmi, Mustafa ve Kazım'ın 2'şer yıl memuriyetten mahrumiyetlerine ve sanıklar Gürsel Alpul ile Eyüp Gökduvan'ın cezalarının ertelenmesine ilişkin BURDUR Asliye Ceza Mahkemesinden verilen 1992/203 Esas, 1994/184 Karar sayılı ve 1/6/1994 tarihli hükmün temyiz yoluyla incelenmesi sanıklar müdafii tarafından istenilmiş ve temyiz edilmiş olduğundan; Yargıtay C. Başsavcılığının 19/12/1994 tarihli kısmen onama ve bozma isteyen tebliğnamesiyle 29/12/1994 tarihinde daireye gönderilen dava dosyası başvurusunun nitelik ve kapsamına göre görüldü:*

**SONUÇ**

Yukarda örnek vererek açıklanmaya çalıştığımız ihale sürecindeki görevi kötüye kullanma suçlarının hepsinde yaptığımız inceleme, m. 235 ve m. 257/1 arasındaki ilişkinin incelenmesinin sonucudur.

235. maddenin düzenlemesinde her ne kadar, “kamu görevlisi” deyiminden kaçınılsa da, gerek maddenin önceki Ceza Yasamızdaki karşılığı olan m. 205 uygulaması, gerek m. 235’in gerekçesinin ve komisyon toplantı tutanaklarının

*KARAR : Temyiz isteğinin reddi nedenleri bulunmadığından işin esasına geçildi. Vicdani kanunun oluştuğu duruşma sürecini yansıtan tutanaklar belgeler ve gerekçe içeriğine göre yapılan incelemede:*

*1. a. Yargılama ve olayın kanıtlanmasına ilişkin gerekçe: Sanıklara yükletilen görevi savsama, Taşit Yasasına uymama ve başkanlık odasına lambiri yapılmasıyla ilgili görevi sırasında yetkiyi kötüye kullanma eylemleriyle ulaşılan çözümü haklı kılıcı zorunlu öğelerinin ve bu eylemleriyle ulaşılan çözümü haklı kılıcı zorunlu öğelerinin ve bu eylemlerin sanıklar tarafından işlendiğinin Yasaya uygun olarak yürütülen duruşma sonucu saptandığı, bütün kanıtlarla aşamalarda ileri sürülen iddia ve savunmaların temyiz denetimini sağlayacak biçimde ve eksiksiz sergilendiği, özleri değiştirilmeksizin tartışıldığı, vicdani kanunun kesin, tutarlı ve çelişmeyen verilere dayandırıldığı; böylece olaylara ilişkin sorunlarda gerekçenin yeterli bulunduğu;*

*b. Hukuksal tanı: Eylemlerin doğru olarak nitelendirildiği ve Yasada öngörülen suç tiplerine uyduğu,*

*c. Yaptırım: Cezalarının yasal bağlamda uygulandığı,*

*Anlaşıldığından,*

*aa ) Sanıklar Osman Yağız, Hidayet Şenkaya, Nazmi Koçak, Gürsel Alpül ve Eyüp Gökduman'ın ileri sürdüğü nedenler yerinde görülmemiş olmakla, tebliğnameye uygun olarak, TEMYİZ DAVASININ ESASTAN REDDİYLE görevi savsama ve Taşit Yasasına uymama suçlarından kurulan HÜKÜMLERİN ONANMASINA*

*bb ) Başkanlık odasına lambiri yapımında Açık artırma Yasasına uyulmıyıp fazla para ödenerek görevi sırasında yetkiyi kötüye kullanma suçlarıyla ilgili hükümlerde:*

*Sanıklar Osman Yağız, Hidayet Şahin, Nazmi Koçak, Mustafa Yeşilyurt ve Kazım Yöndemli'nin temel cezalarının alt sınırdan verildiği açıklanmasına karşın, TCY.nun 20. maddesi gözetilmeden memurluktan yoksunluk cezasının fazla belirlenmesi.*

*Yasaya aykırı, adları geçen sanıkların temyiz iddiaları bu nedenle yerinde ise de, bu aykırılık, yeniden duruşma yapılmasına gerek olmaksızın düzeltilebilir nitelikte bir yanlıgı olduğundan, temyiz edilen kararın açıklanan noktasi, tebliğnameye uygun olarak, memurluktan yoksunluk cezaslarını 3 aya indirilmesi biçiminde DÜZELTİLMEK ve başkaca yönleri Yasaya uygun bulunan hükümlerin bu bağlamda ONANMAK suretiyle CYY.nun 322. maddesi uyarınca davanın esasına karar verilmesin, 2. Memuru keyfi olarak işten çıkarma ve Belediye'ye ait kahvehanenin kirasını azaltmayla ilgili görev sırasında yetkiyi kötüye kullanma suçlarına ilişkin hükümlere yönelik temyizlere gelince;*

*Başkaca nedenler yerinde görülmemiştir.*

*Ancak;*

*a. Belediye Başkanı olan sanık Osman Yağız'ın yetkisi bulunmamasına karşın memuru işten çıkarma eyleminin TCY'nun 28. maddesine uygun suç oluşturduğunun düşünülmemesi ve birden çok mağdura karşı birden çok suç olduğu gözetilerek içtima hükmünün tartışılmaması*

*b. Belediye Başkanı sanık Osman Yağız ve Encümen üyeleri Hidayet Şenkaya, Nazmi Koçak, Mustafa Yeşilyurt, Kazım Yöndemli'nin açık artırma yöntemine göre belirlenmiş olan Belediye'ye ait kahvehanenin kirasını karar alarak azaltmaktan ibaret eylemlerindeki zararın azlığı gözetilmeden, TCY.nun 240/2. madde fıkrasının uygulanmaması,*

*c. Temel cezanın alt sınırdan verildiği belirtilmesine karşın, TCY.nun 20.maddesi gözetilmeden memurluktan yoksunluk cezasının fazla belirlenmesi,*

*SONUÇ : Yasaya aykırı ve sanıklar Osman Yağız, Hidayet Şenkaya, Nazmi Koçak, Mustafa Yeşilyurt, Kazım Yöndemli'nin temyiz nedenleri ile tebliğnamedeki düşünce yerinde görüldüğünden HÜKÜMLERİN BOZULMASINA, yargılamanın bozma öncesi aşamadan başlayarak sürdürülüp sonuçlandırılmak üzere dosyanın esas/hüküm mahkemesine gönderilmesine, yeniden hüküm kurulurken sanık Osman Yağız hakkında CYY.nun 326/son. Maddesinin gözetilmesine, 4/4/1995 tarihinde oybirliğiyle karar verildi” (4. CD, E.1994/9652 K.1995/2587 K.T: 04.04.1995)*

etkik edilmesi ile şu sonuca varmamız gerekmektedir: Kamu görevlilerinin ihaleye fesat karıştırma suçu dışında kalan eylemleri eğer, daha özel bir suçu oluşturuyor ise (rüşvet, zimmet vs.) ve m.257/1 aranan kamunun zarar görmesi, kişilerin mağduriyetine neden oluyor yahut, kişiler haksız menfaat temin ediyorsa bu maddeden hüküm kurmak gerekecektir.

Zaten 235. maddenin düzenlenmesine baktığımızda ikinci fıkrada zikredilen "Hileli davranışlarla; ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek, ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olmayan kişilerin ihaleye katılmasını sağlamak,

önerilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olduğu hâlde, sahip olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakmak, teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı hâlde, sahip olduğundan bahisle değerlendirmeye almak ve tekliflerle ilgili olup da ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak" şeklindeki seçimlik hareketler, kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerinde genellikle kamu görevlileri tarafından yapılabilecek konumdadır.

Bunun için hareketin, ihale sürecinde (yani ihale işlemlerinin başlaması ve ihalenin karara bağlanması arasında) gerçekleşmemiş olması gerekir. Bunun öncesinde,

(53) "TCK.nun 208.maddesindeki suçun oluşabilmesi için memurun idare ve denetimiyle görevli olduğu alım satım işlerinden haksız menfaat sağlamasının koşul bulunduğu, 7.6.1996 tarihinde belediye encümenliğine seçilmesi nedeniyle belediyeden ihale alabilmesine yasal olarak bulunmayan sanık Gülmez'in bu sınırlamadan kurtulabilmesi için Çınar tarafından KDV karşılığı kesilen faturalarla belediyeye çimento satmayı sürdürmesi usulsüz ise de, en ucuz fiyatları içeren yazılı tekliflerin Çınar firmasına verilmesi ve alınması bu en düşük fiyat üzerinden yapılması karşısında, haksız menfaat sağlama koşulu gerçekleşmediği gibi dosya içeriğinden alım satıma ilişkin fatura bedellerinin ödenmesi dışında haksız menfaat sağlandığına dair yeterli kanıtların da mevcut olmadığı, bu itibarla adı geçen Sanığın 2886 Sayılı Yasanın 6. maddesine aykırı davranmaktan ibaret eyleminin genel görevi kötüye kullanmak suçunu oluşturduğu, belediye başkanı sanık Yaşar, muhasip Günaydın, encümenleri bu suçta iştirak ettikleri, sanık belediye başkanı Yaşar aynı suç işleme kararının icrası cümlesinden olarak ve aradan kastın yenilendiğini gösterir bir zaman geçmeden gerçekleştirdiği diğer eyleminin ise yukarıda oluşumu kabul edilen görevi kötüye kullanma suçunun teselsül mahiyetinde bulunduğu, bu nedenle hükümden sonra yürürlüğe giren 4483 Sayılı Yasanın 2. maddesi uyarınca ilgili merciden izin alındıktan sonra sanık belediye başkanı Yaşar ile muhtelif zamanlarda yapılan ihale evraklarına imza koyarak eylemlerini teselsül ettirdikleri anlaşılan sanıklar Gülmez, İbrahim, Mehmet ve Nevin'in TCK.nun 240 ve 80, Gülmez'in belediye encümenince seçilmesinden sonra sadece 6.8.1997 günlü encümen kararını imzalayan sanık Hüseyin'in de TCK.nun 240. maddesiyle cezalandırılmaları gerekirken suç vasfında yanılıya düşülerek ve iki ayrı suçtan yazılı şekilde hüküm kurulması.

Kabule göre de;

İddianameyle sanık belediye başkanı Yaşar hakkında irtikaptan açılan davada değişen ve görevi kötüye kullanma olarak kabul edilen suç vasfı nedeniyle karar tarihinde yürürlükte bulunan Memurun Muhakematı Hakkındaki Kanun hükümleri uyarınca lüzumu muhakeme kararı alınması gerektiğinin gözetilmemesi,

Yasaya aykırı, temyiz itirazları ve sanıklar Nevin ve Mehmet ile sanıklar vekilinin duruşmalı inceleme sırasındaki savunmaları bu itibarla yerinde görüldüğünden hükmün CMUK.nun 321.maddesi gereğince BOZULMASINA , 17.5.2000 tarihinde oybirliğiyle karar verildi" (5.CD E: 2000/1236 K:2000/2405 KT:17.05.2000)

görevinin gereklerine aykırı davranarak bir takım eylemlerde bulunmak görevi kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirilmeli, ve ele alınmalıdır.

Kamu görevlilerinin ihaleye ilişkin her eylemi, ihaleye fesat karıştırma suçu kapsamında değildir. Bunun için m. 235'in maddi unsurunun iyi anlaşılması gerekir. Böylece m. 235'in kapsadığı daire belirlenecek, bu daire dışında kalan durumlarda ise kamu görevlileri için yerine göre, görevi kötüye kullanma suçu açısından bakılacaktır.

#### **KAYNAKÇA**

- Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet, "Devlet Hesabına Yapılan Alım, Satım ve Yapımına Fesat Karıştırma Suçu" KHuKA, sayı: 2005/2
- Bakırcı, Sedat, Açıklamalı Zimmet-İrtikâp-Rüşvet Suçları, Ankara, 1988
- Balcı, Balcı, Murat, "İhaleye ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma" Hukuki Perspektifler Dergisi, sayı:2 Sonbahar, 2004
- Bayramoğlu, Reşat, Devlet İdaresi Aleyhine İlişkin Cürümler, Ankara, 1943
- Çelik, Kadir, "Yeni Türk Ceza Kanununda İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları", Yerel Yönetim ve Denetim, Mayıs, 2006, c.11 Sayı:5
- Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2005
- Donay, Süheyl / Kaşıkçı, Mahmut, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, İstanbul, 2004
- Dönmezer, Sulhi, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul, 1984
- Emek, Uğur, Kamu İhalelerinde Rekabetin Sağlanması ve Korunması, Ankara, 2002 (DPT Yayınları)

- Erdağ, Ali İhsan, "Türk Ceza Kanunu İkinci Kitap Özel Hükümler Üçüncü Kısım Toplum Karşı Suçlar Dokuzuncu Bölüm Ekonomi, Sanayi ve Ticaretle İlişkin Suçlar ( m. 235 - 242 ) ve Onuncu Bölüm Bilişim Alanında Suçlar ( m. 243 - 246)", www.adalet.c-bb, s.1 (E.T.: 05/05/2006)
- Erem, Faruk, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, Ankara, 1993
- Erem, Faruk/Toroslu, Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 1999
- Erman, Sahir/Özek, Çetin, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu İdaresi Aleyhine İşlenen Suçlar, İstanbul, 1992
- Hakeri, Hakan, Sorularla Ceza Hukuku, Ankara, 2005
- Malkoç, İsmail/Güler, Mahmut, Uygulamada Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, Ankara, 1. Bası
- Meran, Necati, Yeni Türk Ceza Kanununda Sahtecilik-Malvarlığını Bilişim Suçları İle Ekonomik ve Ticaret Alanında Suçlar, Ankara, 2005.
- Önder, Ayhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 1994
- Yazıcıoğlu, Yılmaz, "Devlet Alım-Satım ve Yapımına Fesat Karıştırma Suçu", İstanbul Barosu Dergisi, c.68, Sayı:1-2-3 Yıl:1994
- Özgenç, İzzet, "İhale Sürecinde İşlenen Suçlar", Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumu, Ankara 2005 (Sempozyum)
- Özgenç, İzzet, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Ankara, 2002
- Özgenç, İzzet, "Yeni Türk Ceza Kanunlarının Uygulanmasına İlişkin Sorunların Değerlendirilmesi Toplantılarında Sorular Sorular ve Cevapları -II", www.edb.adalet.gov.tr/Sorularcevap2.htm (E.T.: 02.08.2006)(Sorular)
- Öztürk, Nejat, Türk Ceza Kanunu Şerhi ve Tatbikatı, Ankara, 1966 c.1

## ***İhale Sürecinde Görevi Kötüye Kullanma Suçu • Cüneyd Altıparmak***

---

- Savaş, Vural/Mollamahmutoglu, Sadedik, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Ankara, 1999

- Yaşar, Osman, *İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, Ankara, 2001

- Yurtcan, Erdener, *Yeni Türk Ceza Kanunu*, İstanbul, 2004 (İstanbul Barosu Yayınları)



## CEZA YARGILAMASI HUKUKUNDA KORUMA ÖNLEMİ OLARAK “KONUTTA ARAMA”

FERHAT USLU<sup>(1)</sup>

**A**rama konusunda ‘yazılılık ilkesinin’ benimsenmesi, kişi hürriyeti, kişi dokunulmazlığı, konut dokunulmazlığı gibi temel hak ve hürriyetler açısından bir güvenceyi teşkil etmektedir. Yazılı bir karar veya emir olmamasına karşın, böyle bir karar varmışçasına yapılan bir arama dürüst işlem ilkesine de aykırılık teşkil eder. Böylece bu şarta uyulmaksızın yapılacak arama, hukuka aykırı bir arama olacağından, bu şekilde elde edilen kanıtlarda hukuka aykırı kanıt olarak kabul edileceği gibi, TCK m.120. ve m.116 deki haksız arama ve konut dokunulmazlığının ihlali suçları da gerçekleşecektir.

### I- GENEL OLARAK ARAMA

**A**rama, gizli, saklı olan bir şeyin ortaya çıkartılması için yapılan bir işlemdir.<sup>(2)</sup> Ceza yargılaması hukukunda aramayı; “kural olarak yargıç kararı ile, yasada belirtilen ayrık durumların bulunması durumunda savcının emri veya kolluk amirinin emri ile yine kolluk tarafından yakalama ya da kanıt elde etme amacıyla sanık, şüpheli veya üçüncü kişilerin konutunda ve diğer yerlerinde, üstünde veya eşyalarında yapılan bir tür araştırma işlemidir”<sup>(3)</sup> şeklinde ta-

nımlayabiliriz. Arama, kişinin; konutunda, işyerinde, kendisine ait diğer yerlerde, üzerinde, özel kağıtlarında, eşyasında uygulanabildiğinden anayasada güvence altına alınan vücut dokunulmazlığı (m.17), özel yaşamın gizliliği (m.20) ve konut dokunulmazlığı (m.21), gibi temel hak ve hürriyetlere müdahale teşkil eden bir koruma tedbiri olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>(4)</sup> Bundan dolayı, aramanın nasıl ve hangi durumlarda yapılacağıнын yasalarda duraksamaya ve yanlış anlamalara yer vermeyecek bir şe-

(1) Marmara Üniversitesi Kamu Hukuku Yüksek Lisans Öğrencisi

(2) KUNTER, N / YENİSEY F. “ Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku”, İkinci Kitap, 12.Bası, İstanbul, 2003, s.770.

(3) ÖZBEK, V. Ö. “Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama”, Seçkin Yayınları, Ankara, 1999, Sayfa 35-45.

(4) CENTEL N. /ZAFER H. “Ceza Muhakemesi Hukuku”, 1.Bası, İstanbul, 2003, s.274.

kilde ayrıntılı olarak düzenlenmesi anayasanın kişilere sağladığı temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından büyük önem taşımaktadır.

Arama, yürürlükten kalkan 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası'nın (CMUK)<sup>(\*)</sup> 94-103. maddelerinde düzenlenmişken, 5271 sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Yasası'nın (CMK) Arama ve El koyma başlıklı Dördüncü Bölümünde ve 116-135. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Yeni yasada, 01.06.2005 tarihinde 5271 sayılı yasanın yürürlüğe girmesiyle yürürlükten kalkan CMUK'dan farklı düzenlemelere yer verilmiş ve uygulamada ortaya çıkması olası duraksamaları giderecek şekilde arama koruma tedbirinin yerine getirilmesi bir takım koşullara bağlanmıştır.

Arama kişinin; konutunda, işyerinde, kendisine ait diğer yerlerde, üzerinde, özel kağıtlarında, eşyasında, aracında yapılabilir. Biz burada sadece konutta aramayı inceleyeceğiz. Diğer yandan 01.06.2005 tarihinde resmi gazete de yayınlanarak yürürlüğe giren "Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği" aramayı Adli arama ve Önleme araması diye ikiye ayırarak düzenlemiştir. Ancak konutta önleme aramasının yapılması olanağı bulunmadığından (Yönetmek m.

19/son ) biz açıklamalarımızı adli arama ile sınırlı tutacağız.

## **II- EVDE ARAMA**

### **A)- Tarihçe**

a)- Eski Yunan'da Evde Arama

Eski Yunan hukukuna baktığımızda yasalar ile düzenlenmiş koruma tedbiri olarak bir evde arama koruma tedbirine rastlamıyoruz. Ancak daha çok hırsızlık suçlarında başvuru ve uygulama ile ortaya çıkan 'konutta arama' işleminin varlığını gözlemliyoruz. Buna göre; Arama suçtan zarar görenlerin isteği üzerine ya da suçtan zarar gören kişilerce gerçekleştirilen bir eylemdi. Evde yapılacak arama ancak o evde oturanların katılımı ile fakat ev sahibinin yokluğunda yapılabilirdi. Ev sahibi evinde arama yapılmasına izin vermek zorunda olup buna izin vermemesi durumunda kayıp malların yargıç tarafından belirlenecek değerini ödeme yi göze almalıydı.<sup>(5)</sup>

b)- Roma Hukukunda Evde Arama

Bu dönemde arama bir delil aracı olarak kabul edilmekteydi. Eski Yunan'da olduğu gibi daha çok hırsızlık suçlarında uygulanan bir yöntemdi. Buna göre hırsızlık suçundan doğrudan bir zarara uğrayan kişi, sanık ya da üçüncü kişilerin evlerini kendisi arayabiliyordu. Çalındığı iddia edilen şeyin bu-

(\*) Metin içinde 'kanun' terimi yerine 'yasa' kelimesi kullanılmış, ancak kulağa daha hoş gelmesi ve teori ve uygulamada bu şekilde yerleştiği için yasanın kısaltılarak kullanıldığı durumlarda 'kanun' terimi yerine geçen 'K' kelimesi kullanılmıştır. Sözelimi CMUK, CMK gibi.

(5) GÜNTHER, E. " Die durchsuchung Von Raeumen und Sachen", Diss., Frankfurt am Main 1973. Sayfa 36. Atf yapan "ÖZBEK, V. Ö. "Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama", Seçkin Yayınları, Ankara, 1999, Sayfa 36."

lunduğu söylenen eve, aramayı yapacak kişi yalnızca tek parça kumaştan oluşan bir elbise ile ve elinde anahtar olduğu halde girer ve aramayı gerçekleştirirdi. Ev sahibi, kendisine, evinin aranması konusunda bir istek geldiği takdirde buna katlanmak zorunda olup tersi durumda hırsızlık konusu malın değerinin dört katı bir parayı ödemekle yükümlü tutulmuştu.<sup>(6)</sup>

*c)- Cermen Hukukunda Evde Arama*

Cermen hukukunda arama bir takım biçimsel kurallara bağlanmıştı. Buna göre, arama yapılmak için bir eve ancak eller açık, herhangi bir şey gizlenmesi olanaklı olmayan bir elbise ile ve ayakkabısız girilebilirdi. Bu kurala uymayanlar cezalandırılıyordu. Geceleyin evde arama yapılması ise olanaklı değildi.<sup>(7)</sup>

*ç)- Müşterek Hukukta Evde Arama*

Müşterek Hukukta 13-15. yüzyıl şehir devletleri yasalarından olan Sachsenpiegel'e göre bir suç işleyen kişinin kaçtığı ev ya da şatonun aranması olanaklıydı. Buna göre bu kişi yargıcın talebi üzerine ya iade edilmeli ya da davacı ve yargıcın temsilcisi içeri kabul edil-

meliydi. Bir şehir devleti olan Lübischen Bursparke devleti yasalarına göre, mahkeme üyeleri ve adaleti sağlamakla görevli devlet memurları konutta arama yapılması emrini verebiliyorlardı. Yargıcın temsilcisinin katılımıyla yapılan bu aramada elbiseler çıkarılır ve arama iç çamaşırları ile yapılırdı.<sup>(8)</sup>

*d)- Osmanlı Hukukunda Evde Arama*

Osmanlı Hukuk sistemi büyük çoğunlukla İslam Hukukuna dayanmaktadır. İslam Hukukuna göre, konut kavramından; kişinin sırlarının saklı olduğu, ailesinin bulunduğu<sup>(9)</sup>, sürekli ya da geçici olarak oturduğu yer anlaşılır. Başkalarının bulunduğu kapalı bir yere girerken izin istenmeli, verilmezse o yere girilmemelidir. Ancak binaya karşı yapılan haksız bir işgale son vermek veya yardım istenmesi, yangın, su baskını gibi durumlarda içerde bulunanı kurtarmak, daha üstün bir yararı korumak amacıyla bir izne ihtiyaç olmadan bir konuta girilebilirdi.<sup>(10)</sup>

İslam hukukunda ev araması şu şekilde gerçekleştirilirdi: Yargıca kişinin o evde olduğu bildirilirse, yargıç aramayı yapacak güvenilir iki kişiyi, yanlarında kendisi tara-

(6) MOMMSEN, T. "Römisches Strafrecht, Darmstadt", 1955. Sayfa 748. Atf yapan "ÖZBEK, V. Ö. "Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama", Seçkin Yayınları, Ankara, 1999, Sayfa 37."

(7) GÜNTHER, E. "Die durchsuchung Von Raeumen und Sachen", Diss., Frankfurt am Main 1973. Sayfa 39. Atf yapan "ÖZBEK, V. Ö. "Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama", Seçkin Yayınları, Ankara, 1999, Sayfa 38."

(8) FRANK, C. "Die Durchsuchung", Diss., Würzburg. 1925. Sayfa 12. Atf yapan "ÖZBEK, V. Ö. "Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama", Seçkin Yayınları, Ankara, 1999, Sayfa 39."

(9) ARMAĞAN, S. "İslam Hukukunda Özel Hayatın Gizliliği", İTED, 1976, C. 6, S. 3-4. Sayfa 152

(10) ARMAĞAN, S. "Temel Hak ve Özgürlükler", İstanbul, 1980, Sayfa 165.

findan görevlendirilen erkek ve kadınlarla birlikte belirtilen eve gönderirdi. Evde kadınlar da olsa, o kişiler aniden eve girerlerdi. Aramayı gerçekleştirecek kişilerden bir kısmı eğer arama, yakalama amacıyla yapıyorsa o kişinin kaçmaması için kapıda durur, evin etrafını sarıp, hatta gerekirse evin damına çıkarlardı. İslam hukukunda haremlik-selamlık uygulamasının varlığı nedeniyle, kadınlar da aramada görev almaktaydılar. Kadınlar yakalama amacıyla yapılan bir aramada aranan kişiyi eşinden sorar, gerekirse evin her tarafını ararlar, daha sonra erkekler odaya girer ve bu kerede onlar arama yapardı. Aranan kişi bulunursa dışarı çıkarılır, bulunamazsa kadın kılığına girip girmediğinin öğrenilmesi için evde bulunan tüm kadınlar görevli bulunan kadınlarca aranır. Ayrıca aramanın yapılabilmesi için davacının talebi de şarttı.

Osmanlı Devletinde 1876 Tarihli Kanuni Esasi'ye kadar konut dokunulmazlığı ile ilgili açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanuni Esasi'nin 22. maddesinde "herkesin konut ve konakladığı yerin dokunulmazlığı vardır, yasanın belirttiği durumlar dışında hükümet tarafından zorla hiç kimsenin konutuna ve konakladığı yere girilemez" buyruğu yer almaktadır.

Daha sonra 1879 tarihinde Osmanlı Usul-ü Muhakematı Cezaiye Yasası kabul edilmiştir. Bu yasanın 33. maddesine göre "Suçun niteliğine göre kabul edilebiliyorsa, sanıkta buluna kağıtlar ve eşyalar bir olayın aydınlatılması için kanıt olabiliyorsa, bu durumda savcı sanığın

evinde arama yapmak amacıyla hemen harekete geçebilir". Savcı, sanığın zararına olan kanıtları araştırmakla görevli olduğu gibi aynı zamanda sanığın yararına olan kanıtları araştırmakla görevliydi.

### **B)- Genel Olarak Evde Arama**

Anayasanın 20. ve 21. maddelerinde özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı hakları düzenlenmiştir. Diğer taraftan eski TCK (m.194) da olduğu gibi yeni TCK'da da '**konut dokunulmazlığını ihlal**' bir suç olarak düzenlenmiştir. Bundan dolayı konutun tanımı ve hangi yerlerin konut kavramına girdiği sorusuna verilecek yanıt büyük önem taşımaktadır.

Yürürlükten kalkan 1412 sayılı CMUK'un evde aramayı düzenleyen ilgili hükümleri incelendiğinde m.94 ve m.95'te "**ev**", m.96'da "**mesken**", ve m.97'de "**sükna**" terimlerinin kullanıldığı görülmektedir. Böyle, aynı yasanın değişik maddelerinde farklı terimlerin kullanılması yerinde olmamıştı. Yeni Ceza Muhakemesi Yasası bu konudaki eleştirileri dikkate alarak ilgili maddelerinde terim birliğini sağlamak açısından (m. 116, m. 117, m. 118, vd.) "**Konut**" terimini kullanmayı tercih etmiştir.

Ev terimi günlük dilde, etrafı çevrili ve üstü örtülü yerleri ifade etse de bu, maddenin uygulama alanını daraltacağından, terimin geniş olarak yorumlanmasından yola çıkan doktrindeki kimi yazarlar bazı tanımlamalara ulaşmıştır. *Dönmezer*, konutu bir kimsenin özel hayatında yaşadığı ve oturduğu her yer olarak tanımlamakta-

dır<sup>(11)</sup>. *Kunter-Yenisey'e* göre konut, barınma, yatıp kalkma ve dinlenmeye ayrılmış yerdir<sup>(12)</sup>. *Artuk-Gökçen-Yenidünya* “gece dinlenmesine tahsis edilmesi, yapı şekli, sürekli bir şekilde kullanılması, eylemin gerçekleştiği anda içinde bulunulması önemli olmayan, dış dünyadan ayrıldığı izlerini taşıyan ve kişi veya kişilerin halen ve fiilen yaşamsal faaliyetlerini geçirdikleri her yer konuttur” demektedir<sup>(13)</sup>.

Konutun sürekli veya geçici olarak kullanılmasının önemi yoktur. Bu anlamda konutun gece yatışı için kullanılması da gerekmez. Konutun mutlaka taşınmaz olması da zorunlu değildir. Bu durumda apartman katı, ev, kulübe, çadır, otel odası, bir yurttaki oda, mobil-yalı bir oda, kaptan ve tayfaların oturdukları kabinler, kayıklar, mavnalar, tren kompartımanları, treyler, karavan vb. konut sayılır. Diğer taraftan bina ve eklentileri de konut kavramına girer. Ancak bunun için konut ile eklentiler arasında bir bağlantı bulunmalı veya bunların ortak olarak inşa edilmiş olması gerekir. Sözgelimi kiler, bodrum, garaj, kömürlük, bahçe gibi. Burada amaç, özel hayatın geçtiği yer olması ve bu özelliği nedeniyle izin istenmeksizin ya da zorla girilmesinin önlenmesi için ona ilişkin her yeri güvence altına almak olduğu için, bir evin tek tek

odaları, balkonu, bahçesi, otel odası, çadır ve otomobilleri de doku-nulmazlıktan yararlandırmak gerekir.

Ancak eklentinin etrafının çevrili olması şart değildir. Buna göre eklenti, Konuta bitişik veya yakın olması şart olmayıp, dış dünyadan belirli işaretlerle ayrılan ve onay olmaksızın girildiğinde konuttakilerin huzur ve rahatının bozulduğu yerdir<sup>(14)</sup>.

Bir yerin konut olarak kabul edilebilmesi için bu yönde bir özgülenme iradesi olmalıdır. Ancak bu irade anlaşılabilir, yani bu yerin dış dünyadan ayrı tutulduğu açıkça ortaya konmalı ve bu ayrı tutma iradesi geçici değil sürekli olmalıdır. Bunun gibi, bu irade hakka dayanmalı, yani yasalarca tanınmış olmalıdır. Ancak bu hakkın türü önemli olmamak gerekir. Bu hak mülkiyet hakkı olabileceği gibi, elde bulundurma hakkı da olabilir. Sözgelimi kiracı ya da otel müşterisinde olduğu gibi. Bir kişinin birden fazla konutu varsa, bu yerler fiilen yaşanmaya tahsis edilmiş ve sürekli bir nitelik göstermesi halinde her biri de konut sayılır.

### **C)- Evde Aramaya Uygulanacak İlkeler.**

#### **a)- Hukuk Devleti İlkesi**

Anayasa'nın ikinci maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin nitelikleri

(11) DÖNMEZER, S, “Özel Ceza Hukuku Dersleri”, İstanbul, 1984, Sayfa.61.

(12) KUNTER, N / YENİSEY F. “ Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku”, İkinci Kitap, 12.Bası, İstanbul, 2003, No.386.

(13) ARTUK, M.E. / GÖKÇEN, A. / YENİDÜNYA, A.C. “Ceza Hukuku Özel Hükümler”, Turhan Kitabevi, 6. Baskı, Ankara, 2005, sayfa 247.

(14) ARTUK, M.E. “Ceza Hukuku Kurallarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı: Ceza Hukuku El Kitabı” İstanbul, 1989, sayfa 54.

sıralanırken Türkiye Cumhuriyeti'nin bir Hukuk Devleti olduğu belirtildikten sonra dördüncü maddede bu buyruğun değiştirilemeyeceği ve değiştirilmesinin teklif edilemeyeceği belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi de değişik zamanlarda verdiği kararlarda hukuk devletini şöyle tanımlamaktadır: “Hukuk devleti, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmekle kendini yükümlü sayan ve faaliyetlerinde hukuka ve anayasaya uygun bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve anayasa bulunduğu bilincinden uzaklaştığında geçersiz kalacağını bilen devlettir.”<sup>(15)</sup>

Bu tanıma göre bir hukuk devleti, evde arama gibi temel hak ve özgürlüklerle yakından ilgili olan bir koruma tedbirini yasalarda en ince ayrıntısına kadar düzenlemek zorundadır. Bunu yapmazsa evde arama koruma tedbirinin uygulanmasında keyfilik doğar. Buda devletin yurttaş gözündeki güvenilirliğini sarsar.

*b)- Özel Hayatın Gizliliği İlkesi*

1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin 12. maddesinde “Kimsenin özel yaşamı, ailesi, konutu, ya da haberleşmesine keyfi olarak karışılmaz, şeref ve adına saldırlamaz. Herkesin bu gibi karışma

ve saldırılara karşı korunma hakkı vardır” denilmektedir. 1966 tarihli Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin 17. maddesi şu şekildedir: “Hiç kimsenin özel yaşamı, ailesi, konutu ya da haberleşmesine keyfi ya da yasadışı olarak dokunulamaz, adına ve şerefine yasadışı saldırıda bulunulamaz. Herkes, bu tür karışmalara ve saldırılara karşı yasa tarafından korunma hakkına sahiptir”. Yine İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8. maddesinin ilk fıkrası “Herkes, özel yaşamıyla aile yaşamına, konut ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir” demektedir. Maddenin ikinci fıkrası ile bu kurala bir istisna getirilmiş, bu hakkın kullanılması ulusal güvenlik, kamu güvenliği ya da ülkenin ekonomik gönenci gerekleriyle ve kamu düzeninin korunması ya da suçun önlenmesi sağlık ve ahlakın, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olduğu ölçüde ve yasa tarafından öngörül-müş olmak şartıyla sınırlanabileceği belirtilmiştir. Bütün bu uluslararası düzenlemeleri ve İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'nun 01.03.1979 tarihli kararındaki “Özel Hayat, yabancı gözlerden uzak yaşamayı isteme hakkından daha geniş olup bir ölçüde bireyin, kendi kişiliğini geliştirme ve gerçekleştirmek için hemcinsleriyle, özellikle duygusal ilişkiler kurmak ve bunu devam ettirmek hakkıdır”<sup>(16)</sup>

(15) 28.2.1989 tarih ve 32-10 sayılı karar- RG. 20203, 08.02.1989 tarih ve 38-7 sayılı karar- RG. 20157, 12.12.1989 tarih ve 11-48 sayılı karar-RG. 20310

(16) Kom. R. Van Oosterwijck-Belçika, 1.3.1979, (52); Kom. K. Y.- Belçika, 13.5.1982, No 8962-80 DR 28, Sayfa 112). GÖLCÜKLÜ, F.-GÖZÜBÜYÜK, A.Ş. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve Uygulaması, 2. Baskı, Ankara, 1996, sayfa 299.

sözlerini dikkate alan Anayasakoyucu, Anayasa'nın İkinci Bölümünün "Özel hayatın gizliliği" başlıklı 20. maddesinde "Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz" buyruğuna yer vermiştir. Ayrıca 21. maddede kimsenin konutuna dokunulmaz dedikten sonra, aynı madde yasanın açıkça gösterdiği durumlarda usulüne göre verilmiş yargıç kararı, gecikmede sakınca bulunan durumlarda da yasa ile yetkilendirilen bir kişinin emri bulunmadıkça, kimsenin üstü, özel kağıtları, eşyası ve konutu aranmaz; bu eşya ve konutta bulunan eşyaya el konulamaz düzenlemesine yer vermiştir. Bütün bu anlatılanlardan anladığımız kişinin özel hayatının gizliliği ve konut dokunulmazlığı çağdaş demokratik ülkelerde olmazsa olmaz iki hak olduğudur. Evde arama kararı verilirken ve bu kararın uygulanması sırasında bu ilkeyi göz önünde bulundurmamak da hukuk devleti için bir zorunluluktur.

*c)- Dürüst Davranma İlkesi*

Evde arama koruma tedbirinin amacı yakalama ve kanıt elde etmektir. Yakalama bir yana kanıtların araştırılması hem yasal hem de ahlaki olmalıdır. Doğruluk kuralı da denilen 'dürüst davranma ilkesi', kanıtların toplanması sırasında yapılan ve kullanılan yöntemlerin insan onurunu zedelememesi ve adaletin saygınlığına zarar vermemesini ifade eder. Sözgelimi şartları oluşmadığı halde şartları varmış gibi göstererek evde arama kararı

almak ya da yargıç kararının evde arama yapılabilecek ayrık durumları kötüye kullanarak evde arama gerçekleştirilmesi durumunda dürüst davranma ilkesine uyulmaması olacaktır.

Ancak Dürüst davranma ilkesine uyulmadan elde edilen delillerin normal deliller gibi mahkemede kullanılması halinde bu ilkeye uyulmasının sağlanması olanaklı olmayacaktır. Bu yüzden de yürürlükten kalkan CMUK ve şu anda yürürlükte olan CMK bu konuda bir takım buyrukları bünyesinde yer vermek ihtiyacı duymuştur. Eski CMUK m. 254-2'de "Soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınmaz." düzenlemesine yer vermişti. Diğer taraftan yeni CMK da 'Delillerin ortaya konulması ve reddi' başlıklı m. 206-2' a bendinde "Delil, kanuna aykırı olarak elde edilmişse".... reddedileceği buyruğuna yer vermiştir. Böylelikle bu ilkeyi kötüye kullanarak elde edilen kanıtların, hükme esas alınması engellenerek doğruluk kuralına ilgili kişilerce, en iyi şekilde uyulması amaçlanmıştır.

Burada şöyle bir soru akla gelebilir. Acaba özel kişiler tarafından yapılacak arama sonucu elde edilen kanıtlar mahkemede kullanılabilir midir? Bu soruya eski CMUK'un yürürlükte olduğu dönemde olumlu cevap verilebiliyordu. Yasanın yalnızca soruşturma ve kovuşturma makamlarından söz etmesi nedeniyle bu durum kabul edilebilirdi. Ancak yeni CMK makam belirtmeden kanıtların yasaya aykırı olarak elde edilmesi halinde

reddedileceğini açık bir şekilde düzenlediğinden artık bugün bu soruya olumlu yanıt verilememek gerekir.

Burada diğer bir soru da rastlantı sonucu kanıt elde edilmesi ve bu kanıtların başka bir suça ilişkin olması halinde ne yapılması gerektiğidir. Bu konuda CMK'da, 1412 sayılı CMUK dan (m. 100) farklı şekilde ve daha geniş bir ölçüde bir düzenleme öngörülmüştür. Gerçekten, Yeni Ceza Yargılama Yasası'na göre(m.138), arama veya el koyma koruma tedbirlerinin uygulanması sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ancak, diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir kanıt elde edilirse; bu kanıt koruma altına alınır ve durum Cumhuriyet savcılığına derhal bildirilir. Bu buyruk, bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve el koyma işlemlerinde de geçerlidir. Yine, bu maddenin 2. fıkrası uyarınca, bu durum telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında olursa, ancak 135. maddenin altıncı fıkrasında sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse aynı işlem yapılacaktır. Bu nedenle, bu düzenleme, sadece CMK'nın 135/6.maddesindeki suçlarla sınırlı olup, diğer suçlara yönelik olarak genişletilemez; tersi durumda kanıt yasakları kapsamına girecek ve ispat bakımından geçerli sayılmayacaktır. Çünkü CMK ya göre (m.217/2), *"yüklenen suç, ancak, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir"*.

### **Tazminat Hakkı**

Yeni Ceza Yargılaması Yasası'nda, haksız yakalama ve tutuklama halleri yanında, belirli ölçülerde olsa bile, aramaya ilişkin olarak tazminatın kabulü, ülkemizde hukuk devletinin gelişmesi adına çok önemli olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Çünkü uygulamada, yıllardır, adli aramanın gereksiz ve ölçüsüz şekilde gerçekleştirilmesi nedeniyle ilgililerin idareye karşı veya haksız yakalama ve tutuklamada olduğu gibi devlete karşı bir dava açma hakları yoktu. İşte bu boşluğu doldurmak amacıyla CMK ya bir hüküm konulmuştur. Bu yasanın *'Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat'* başlıklı yedinci bölümünün m. 141/1-i bendine göre, *"suç soruşturması veya kovuşturması sırasında hakkındaki arama kararı ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilen kişiler, maddi ve manevi her türlü zararlarını devletten isteyebilirler"*. Bu madde bakımından arama kararı, CMK m. 119 daki başlıktan da anlaşılacağı üzere, hem yargıç kararı hem de Cumhuriyet Savcısının yazılı emrini belirtmektedir.

CMK m. 142/1 uyarınca, karar veya hükümlerin kesinleştiğinin ilgiliye bildirilmesinden itibaren üç ay ve her halde karar veya hükümlerin kesinleşme tarihini izleyen bir yıl içinde tazminat isteminde bulunulabilir. Bu konuda nereye başvurulacağı ve hangi prosedürün takip edileceği yine bu maddenin devam eden fıkralarında ayrıntılı bir şekilde gösterilmiştir. Diğer yandan, devletin, ödediği tazminattan dolayı, koruma tedbiriyle ilgili olarak görevini kötüye kullanan kamu gö-

revlilerine karşı bir alacak hakkının olduğu da bu yasada açıklanmıştır. (m.143/2)

Bu düzenlemelerin hukuk düzenimize kazandırılması, mülkiyet hakkı başta olmak üzere temel hak ve hürriyetlerin korunması açısından çok olumlu bir gelişme olduğu kabul edilmelidir. Ayrıca, aramayı yerine getirirken kolluk görevlilerinin verdikleri ölçüsüz davranış sonucu meydana gelen zarar dolayısıyla devletçe ödenen tazminatın, yine zarara sebebiyet verenlere ödettilmesi hükmünü içeren bu düzenleme, aramanın daha ölçülü ve dikkatli gerçekleştirilmesini sağlayacaktır.

### **Ç)- Evde Aramanın Şartları**

#### *a)- Makul şüphe kavramı*

CMK, 1412 sayılı CMUK'un m. 94 ve m. 95 deki düzenlemelere paralel olarak, fakat bundan daha anlaşılabilir ifadelerle ve kişi özgürlüğünü daha koruyacak şekilde, şüpheli veya sanıkla ilgili aramayı, bunlar dışındaki diğer kişilere yönelik aramadan ayırt ederek düzenlemiştir. Gerçekten, bu yasaya göre, yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği konusunda 'makul şüphe' varsa, şüphelinin veya sanığın<sup>(17)</sup> üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilecektir. (m. 116). Böylece, 1412 sayılı CMUK m. 94 deki **"umulan haller"** kavramı yerine, yeni yasada, daha çok şüphe-

nin yoğunluğunu içeren "makul şüphe" terimi tercih edilmiştir. Makul şüphe kavramı, yoruma ve takdir yetkisini kullanmaya açık, esnek bir kavramdır<sup>(18)</sup>. Adli ve Önleme Arama Yönetmeliğinde (m.6) bu kavram şöyle tanımlanmıştır: "Makul şüphe, hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphedir. Makul şüphe, aramanın yapılacağı zaman, yer ve ilgili kişinin veya onunla birlikte olanların davranış tutum ve biçimleri, kolluk memurunun taşındığından şüphe ettiği eşyanın niteliği gibi sebepler göz önünde tutularak belirlenir. Makul şüphede, ihbar ve şikâyeti destekleyen emarelerin var olması gerekir. Belirtilen konularda şüphenin somut olgulara dayanması şarttır. Arama sonunda belirli bir şeyin bulunacağını veya belirli bir kişinin yakalanacağını öngörmeyi gerektiren somut olgular mevcut bulunmalıdır." Bu konuda bir örnek vermek gerekirse; hırsızlık suçundan dolayı sabıkalı olmak, tek başına o kişinin evinin aranması için makul şüpheyi oluşturmazken, bu kimsenin uygun olmayan saatlerde ve her gün çuvallar içinde evine bir şeyler getirdiği ihbarı, bu şüpheyi oluşturabilir.

#### *b)- Arama Kararının Bulunması Şartı ve İstisnaları*

1412 sayılı CMUK'dan (m. 97/1) farklı olarak, CMK ya göre (m. 119/1), 'yargıç kararı üzerine'

(17) SOKULLU-AKINCI R.F. "Polis Toplumsal Bir Kurum Olarak Gelişmesi Polis Alt Kültürü ve İnsan Hakları", İstanbul, 1986, s.139.

(18) CMK'da (m.127/3) el koyma tedbiri bakımından bu konu açıkça öngörülmüştür. Arama bakımından da, hakim'in onayının anayasal bir zorunluluk olduğu konusunda CENTEL N. /ZAFER H. "Ceza Muhakemesi Hukuku", 1.Bası, İstanbul, Sayfa 274

veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ‘Cumhuriyet savcısının yazılı emri’ ile kolluk görevlileri arama yapabilirler. Gecikmesinde sakınca bulunma halinden ne anlaşılması gerektiği de Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m. 4 de belirtilmiştir. Buna göre gecikmesinde sakınca bulunması durumu “Adli aramalar bakımından; hemen işlem yapılmaması durumunda suçun iz, eser, belirti ve kanıtlarının kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin tespit edilememesi olasılığının ortaya çıkması ve gerektiğinde yargıçtan karar almak için zaman bulunmaması durumu” belirtir. Böylece, arama, belirli bir şekilde yargısal güvenceye bağlanmış; kişi hak ve hürriyetlerinin güvencesini oluşturan yargıç kararı, kural olarak istenmiştir. Ancak hazırlık soruşturmasının çabuk yapılabilmesinin bir gereği olarak, gecikmesinde sakınca olan hallerde Cumhuriyet Savcısının yazılı emriyle de aramanın gerçekleştirilebilmesi kabul edilmiştir. Buna karşılık, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m. 7/4 de öngörülen Cumhuriyet Savcısının aramaya ilişkin yazılı emrinin 24 saat içinde görevli yargıçın onayına sunulması hususuna ise haklı olarak yer verilmemiştir<sup>(19)</sup>. Çünkü hazırlık soruşturmasında Cumhuriyet savcısına daha fazla yetki tanınmak istenmiştir.

Sonuç olarak, bu düzenleme uyarınca, işlenen suç nedeniyle kolluk görevlileri, yargıç kararı veya Cumhuriyet savcısının yazılı emri olmaksızın kendiliğinden ve hatta Adli ve Önleme Arama Yönetmeliği m.7/2 deki düzenlemeden farklı olarak, kolluk amirlerinin yazılı emri üzerine bile arama yapamazlar. Yasada, aramanın şüpheli ve sanık ile diğer kişilere yönelik olması arasında bir ayırım gözetilmemiştir. Başka bir deyişle, tüm bu durumlara ilişkin arama bakımından yargıç kararı veya Cumhuriyet savcısının yazılı emri gerekli sayılmıştır.

Arama karar veya emrinde, aramanın nedenini oluşturan eylem, aranılacak kişi, aramanın yapılacağı konut veya diğer yerin adresi ya da eşya, karar veya emrin geçerli olacağı zaman süresi açıkça belirtilir.(CMK m. 119/2) Arama konusunda ‘yazılılık ilkesinin’ benimsenmesi, kişi hürriyeti, kişi dokunulmazlığı, konut dokunulmazlığı gibi temel hak ve hürriyetler açısından bir güvenceyi teşkil etmektedir. Yazılı bir karar veya emir olmasına karşın, böyle bir karar varmışçasına yapılan bir arama dürrüst işlem ilkesine de aykırılık teşkil eder. Böylece bu şarta uyulmaksızın yapılacak arama, hukuka aykırı bir arama olacağından, bu şekilde elde edilen kanıtlarda hukuka aykırı kanıt olarak kabul edileceği gibi, TCK m.120. ve m.116 deki

(19) 1412 sayılı CMUK’un 95/1.maddesine göre, üçüncü kişiler nezdinde yapılan yakalama araması, sadece sanık statüsüne girmiş olan bir kişinin yakalanması için yapılabilir; şüphelinin yakalanması amacıyla ise bu kişilere yönelik arama yapılamaz. Çünkü şüphelinin daha kuvvetli olması ve olaylara dayanması gerekirdi. KUNTER, N / YENİSEY F. “ Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku”, İkinci Kitap, 12.Bası, İstanbul, 2003, S. 789

haksız arama ve konut dokunulmazlığının ihlali suçları da gerçekleşecektir.

Diğer yandan kolluk kuvvetlerinin evde suçüstü hali ile karşılaşmaları, evde yardım istenmesi, evden büyük bir gürültü halinde ağlama ve bağırma sesleri gelmesi ve içerdekilerin can güvenliğinden endişe edilmesi hallerinde arama kararı olmaksızın böyle bir eve girilebileceği kuşkusuzdur.

CMK'da söz konusu arama kararı veya emrinin aranılacak kişiye verileceği hususunda bir açıklık bulunmamaktadır. Gerçi, arama sonunda aramaya maruz kalan kişiye istenmesi halinde bir belge verilebileceği yeni yasada da (m. 121/1) belirtilmektedir. Uygulamada çoğu kez bunun arama emrinin bir kopyasının ilgiliye teslimi şeklinde gerçekleştiği ifade edilmektedir. Kuşkusuz, arama tutanağında yargıç kararının var olup olmadığı ve gecikmesinde sakınca durumunun bulunup bulunmadığı konularına yer verilmesi nedeniyle, bu tutanak haksız aramanın varlığında ispat aracı olarak kullanılabilir. Ancak arama kararı veya yazılı arama emrinin ilgiliye gösterilmesi gereklidir. Bu durumun da arama öncesi olması önemlidir. Arama işleminin başlangıcında zorunlu durumlar nedeniyle olmasa bile, bu-

nun sonrasında mutlaka, yargıcın arama kararının veya Cumhuriyet savcısının yazılı emrinin bir kopyası, hakkında arama işlemi yapılan kişiye verilmelidir. Çünkü Cumhuriyet savcısının, adli kolluk görevlilerine emirlerini yazılı, acele hallerde ise sözlü olarak vereceği, CMK m.161/3 açıkça belirtilmektedir. Bu durumda, Cumhuriyet savcısı tarafından e-posta ve cep telefonu mesajı gibi şekillerle verilen emirler, arama sona erinceye kadar yazılı hale dönüştürülmelidir.

Ayrıca, arama kararı dosya üzerinden verilir. Yargıcın verdiği bu karara da itiraz edilebilir. Ancak itirazın yapılması, kural olarak aramayı durdurmaz. Buna karşılık, aramaya mahkeme tarafından karar verilmişse, bu durumda mahkeme kararlarına itiraz yolu kapalı olduğundan, ancak son kararla birlikte temyiz yoluna başvurulabilir. (CMK m.267, m. 268, m. 269) Yine, arama kararına karşı yasa yararına bozma yoluna da gidilebilir<sup>(20)</sup>. (CMK m.309)

*c)- Evi aranacak kişiler*

CMK uyarınca şüpheli ve sanığın evi aranabilecektir. (m.116) Ayrıca şüphelinin veya sanığın yakalanabilmesi<sup>(21)</sup> veya suç delillerinin elde edilebilmesi amacıyla, diğer bir kişinin de üstü, eşyası, konutu, iş-

(20) ÖZBEK, V. Ö. "Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama", Seçkin Yayınları, Ankara, 1999, Sayfa 163 .Yeni Ceza Muhakemesi Yasasında, aramaya özgün olarak itiraz yolu düzenlenmemiştir. Bu kanunda düzenlenen ilgili yasa yollarına ilişkin hükümler, şartları çerçevesinde arama kararı bakımından da geçerli olabilecektir.

(21) 1412 sayılı CMUK'un 95/1.maddesine göre, üçüncü kişiler nezdinde yapılan yakalama araması, sadece sanık statüsüne girmiş olan bir kişinin yakalanması için yapılabilir; şüphelinin yakalanması amacıyla ise bu kişilere yönelik arama yapılamaz. Zira şüphelinin daha kuvvetli olması ve olaylara dayanması gerekirdi. KUNTER, N / YENİSEY F. " Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku", İkinci Kitap, 12.Bası, İstanbul, 2003, Sayfa 789

yeri veya ona ait diğer yerler aranabilir. (m.117) Maddede bu durumlarda aramanın yapılması, aranılan kişinin veya suçun kanıtlarını belirttilen yerlerde bulunduğu kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığına bağlı tutulmuştur. Ancak bu sınırlamanın, şüphelinin veya sanığın bulunduğu yerler ile izlendiği sırada girdiği yerler hakkında geçerli olmadığı da ifade edilmiştir. Böylece, örneğin, meşhut suçun söz konusu olduğu sıcağ takipte, şüphelinin üçüncü bir kişinin konutuna girmesi ve/veya suç aletini veya diğer bir delili üçüncü kişinin konutuna atması halinde buralarda da arama yapılması mümkün olabilecektir<sup>(22)</sup>.

Arama kararı veya emrinin, konutun aranması ile birlikte orada bulunan kişilerin üzerlerinin de aranmasını kapsaması halinde, bunlara yönelik olarak da arama gerçekleştirilebilir. Ancak, aranılan şeyin o sırada konutta bulunanla-

rın üzerlerinde saklanmış olması maddeten olanaksız ise, kolluğun o kişilerin de üzerlerini araması, insan haklarına<sup>(23)</sup> ve yasaya aykırı olacaktır.

*d)- Evde Aramanın Zamanı*

CMK (m.118), 1412 sayılı CMUK da (m.96/1) olduğu gibi, kural olarak geceleyin<sup>(24)</sup> konutta, işyerinde veya diğer kapalı yerlerde arama yapılamayacağını hükme bağlamış ve ancak suçüstü veya gecikmesinde sakınca bulunan durumlar<sup>(25)</sup> ile yakalanmış veya gözaltına alınmış olup da firar eden kişi veya tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanması amacıyla yapılan aramalar bakımından buna izin vermiştir<sup>(26)</sup>. Maddeden de anlaşılacağı gibi, kaçan yakalanan veya gözaltına alınan kimsenin yakalanması amacıyla da geceleyin konut dahil kapalı yerlerde arama yapılması olanaklı duruma getirilmiştir.

(22) ÖZTÜRK B/ ERDEM M.R./ ÖZBEK V. Ö.: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6.Bası, Ankara, 2001, s.628.

(23) SOKULLU AKINCI R.F. " *Polis Toplumsal Bir Kurum Olarak Gelişmesi Polis Alt Kültürü ve İnsan Hakları*", İstanbul, 1986 Sayfa.146-147.

(24) *Yeni Ceza Muhakemesi Yasasında gece vaktinin tanımına yer verilmemiştir. Bu konuda Yeni Türk Ceza Yasası'nın 6/e. maddesinde öngörülen tanım geçerli olmalıdır. Bu kanuna göre, gece vakti deyiminden; güneşin batmasından bir saat sonra başlayan ve doğmasından bir saat öncesine kadar devam eden zaman süresi anlaşılmalıdır.*

(25) *Yeni Ceza Muhakemesi Yasasında (m.1/j), suçüstü halinin, 1. İşlenmekte olan suç, 2. Henüz işlenmiş olan fiil ile fiilin işlenmesinden hemen sonra kolluk veya suçtan zarar gören veya başkaları tarafından takip edilerek yakalanan kişinin işlediği suç 3. Fiilin pek az önce işlendiğini gösteren eşya veya delille yakalanan kimsenin işlediği suç ifade ettiği açıklanmıştır. Gecikmesinde sakınca bulunan hal tabiri ise, kanunda tanımlanmamıştır. Ancak, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 4.maddesinde bu deyim açıklanmıştır. Buna göre, gecikmesinde sakınca bulunan hal, derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması ihtimalinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hakimden karar almak için vakit bulunmaması ihtimalini ifade etmektedir.*

(26) *Yeni yasada, geceleyin herkesin girip çıkabileceği yerler, mahkumların toplanma veya sığınma veya suç ile elde edilen eşyayı saklama yeri veyahut gizli kumar yerleri veya genelevler gibi yerler hakkında daha önce 1412 sayılı CMUK'un 96/2, 97/3 ve 98/ son maddelerindeki düzenlemelere yer verilmemiştir. Bu nedenle, bu hususlarda Yeni CMK'un 116. ve 117.maddesindeki genel hükümler geçerli olacaktır. ÖZBEK, V. Ö.: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, Ankara, 1999, Sayfa.102 vd.*

**D)- Diğer Kanunlarda Evde Arama**

- 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Yasası m.20 de polisin, “yardım istenmesi veya yangın, su baskını ve boğulma gibi büyük tehlikelerin haber verilmesi veya görülmesi halleri ile ağır cezalı bir suçun işlenmesine veya yapılmakta devam olunmasını engellemek için konutlara, iş yerlerine ve eklentilerine girebileceği” belirtilmiştir.

- 1402 sayılı Sıkıyönetim Yasası'nın m.3 de Sıkıyönetim Komutanının; Sıkıyönetim bölgesinde genel güvenlik, huzur ve kamu düzenini korumak ve sağlamakla görevli olduğu, ayrıca, gerektiği hallerde aşağıda yazılı tedbirleri almaya yetkili olduğunu belirttikten sonra maddenin birinci fıkrasının a bendinde Komutanın konutları ve her türlü dernek, siyasi parti, sendika, kulüp gibi kurumlara ait binaları, işyerleri ile özel ve tüzel kişilikleri olan (Özerk olanlar da dahil) kurumlar ve bunlara ait eklenti ve her türlü kapalı ve açık yerleri mektup, telgraf vs yazılı belgeleri ve kişilerin üzerlerini herhangi bir başvuru, talep ve karara gerek olmaksızın aramak ve bunlardan kanıt için kullanılacak olan yada zor alıma tabi bulunan eşyayı alıkoymak konusunda yetkili olduğu belirtilmiştir.

- Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Yasası m.8 e göre bölgenin en büyük yetkili amirin izni ile kaçak eşya, her türlü silah, mühimmat, patlayan maddeler ile uyuşturucu maddelere yönelik olmak üzere, özel evlerde arama yapılabilir.

**E- Evde Arama Kararının Yerine Getirilmesi**

Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için, o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulması şarttır. (CMK m. 119/4) Bu kişiler, doktrinde ‘işlem tanığı’ olarak adlandırılmaktadır<sup>(27)</sup>. Burada, 1412 sayılı CMUK dan (m. 97/2) farklı olarak “**yargıç hazır bulunmaksızın**” ibaresine yer verilmemiştir. Çünkü uygulamada yargıçların aramada hazır bulunması çok ayrık bir durumdur.<sup>(28)</sup>

Askeri yerlerde yapılacak arama ise, yargıç veya Cumhuriyet savcısının istem ve katılımıyla askeri makamlar tarafından yerine getirilir. (CMK m.119/5) Bu düzenleme, 1412 sayılı CMUK m. 97/son ile örtüşmektedir.

CMK, aramada hazır bulunabilecekler konusunda eski CMUK (m. 98) ile benzerlik taşımakla birlikte, bazı yeni buyruklar da içermektedir. Gerçekten, bu yasaya göre, (m. 120/1,2) aranacak yerlerin sahibi veya eşyayı elinde bulunduran aramada hazır bulunabilir; kendisi bulunmazsa temsilcisi veya ayırt etme gücüne sahip akrabalarından biri veya kendisiyle birlikte oturmakta olan bir kişi veya komşusu hazır bulundurulur. CMK m.117-1 de gösterilen, yani şüpheli ve sanık dışındaki diğer kişilere yönelik arama durumlarında elinde bulunduran bulunmazsa yerine çağrılacak kişiye, aramaya başlamadan önce aramanın amacı hakkında bilgi verilir. Aramanın amacının bildirilmemesi veya eksik ya da yanlış bildirilmesi durumunda arama huku-

(27) ÖZTÜRK B/ ERDEM M.R./ ÖZBEK V. Ö.: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6.Bası, Ankara, 2001. Sayfa 630.

(28) ERYILMAZ, M. B., “Durdurma ve Arama”, *Seçkin yayınları*, 2003, sayfa 21.

ka aykırı olur.<sup>(29)</sup> Nitekim, Amerikan Yüksek Mahkemesi, yeterli bilgi vermeme veya hile yoluna başvuru olarak kapının arkasından alçak sesle polis olduğunu bildirdikten sonra eve zorla girme durumlarının hukuka aykırı olduğunu belirtmiştir.<sup>(30)</sup>

Diğer yandan, CMK'da (m. 120/3) kişinin avukatının aramada hazır bulunmasına engel olunamaz şeklinde bir düzenlemeye yer verilmesi, arama hukuku açısından çok önemli bir gelişmedir. Çünkü daha önceleri, açıkça maddede öngörülmediği için avukatın hazır bulunması kabul edilmemekteydi.<sup>(31)</sup> Bu yeni düzenleme, avukatın yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı temsil etmesinin (Avukatlık Yasası, m. 1/2) dolaylı bir sonucudur. Yargı organları ve emniyet makamları da, avukatlara görevlerinin yerine getirilmesinde yardımcı olmak zorundadır. (Avukatlık Yasası, m.2/3) Bu düzenleme, savunma hakkına değer verildiğini gösterdiği gibi, ceza usul hukukunda geçerli olan 'silahların eşitliği ilkesinin' de bir gereğidir. Nitekim benzer bir düzenlemeye, yürürlükteki İtalyan Ceza Usul Yasası'nda (m.356) da rastlanmaktadır. Bu yasaya göre, hakkında soruşturma yapılan kişinin avukatı, arama konusunda kendisine önceden haberdar edilme hakkı olmaksızın, hazır bulunma yetkisine sahiptir.

## **F- Evde Aramanın Sona Ermesi**

### **a)- Evde Arama Sonunda Yapılacak İşlemler**

Arama sonunda, arama tuta-nağına işlemi yapanların açık kimlikleri yazılır. Arama sonucunda bazı eşyaya el koyma söz konusu olduğunda m.127-1 uygulanır. (CMK m.119/3) Bu durumda, kolluk görevlileri ancak yargıç kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle el koyma işlemi yapılabilirler.

Aramanın sonunda hakkında arama işlemi uygulanan kimseye istemi üzerine aramanın m.116 ve m.117'ye göre yapıldığını ve m. 116'da gösterilen durumda soruşturma veya kovuşturma konusu eylemin niteliğini belirten bir belge ve istemi üzerine el konulan veya koruma altına alınan eşyanın listesini içeren bir defter ve eğer şüpheyi haklı kılan bir şey elde edilmemiş ise bunu belirten bir belge verilir. (CMK m. 121/1) Söz konusu bu belgelerde, hakkında arama işlemi uygulanan kimsenin, el konulan eşyanın mülkiyetine ilişkin görüş ve savlarına da yer verilir. Koruma altına alınan veya el konulan eşyanın tam bir defteri yapılır ve bu eşya resmi mühürle mühürlenir veya bir işaret konulur. (CMK m.121/2,3) Görüldüğü üzere, madde metninde açıkça, hakkında arama işlemi uygulanan kimsenin, el

(29) ÖZTÜRK B/ ERDEM M.R./ ÖZBEK V. Ö.: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6.Bası, Ankara, 2001. Sayfa 631.

(30) SOKULLU AKINCI R.F. "Polis Toplumsal Bir Kurum Olarak Gelişmesi Polis Alt Kültürü ve İnsan Hakları", İstanbul, 1986, Sayfa 141-142.

(31) ERYILMAZ, M. B., "Durdurma ve Arama", *Seçkin yayınları*, 2003, sayfa 171-172.

konulan eşyanın mülkiyetine ilişkin görüş ve iddialarına yer verilmesinin öngörülmesi dolayısıyla kişinin kendisini savunma hakkı benimsenmiştir. Çünkü bir kişinin el konulan eşyanın kendisine ait olmadığını veya başkasına ait olduğunu belirtmesi, savunma hakkının kapsamı içinde değerlendirilmektedir.

CMK'da (m.122), hakkında arama işlemi uygulanan kimsenin belge veya kağıtlarını inceleme yetkisinin, Cumhuriyet savcısı ve yargıca ait olduğu; belge ve kağıtların elinde bulunduranı veya temsilcisinin bunlara kendi mührünü de koyabileceği veya imzasını atabileceği; ileride mührün kaldırılmasına ve kağıtların incelenmesine karar verildiğinde bu işlemin yapılmasında hazır bulunmak üzere, elinde bulunduranın veya temsilcisinin ya da müdafinin veya vekilin çağrılacağı; çağrıya uyulmadığında gerekli işlemlerin yapılacağı ve inceleme sonucu soruşturma veya kovuşturma konusu suça ilişkin olmadığı anlaşılan belge veya kağıtların ilgisine geri verileceği belirtilmiştir. Madde den anlaşılacağı gibi, 1412 sayılı CMUK'dan (m.102) farklı olarak Cumhuriyet savcısına da kağıt ve belgeleri inceleme yetkisi verilmiş, bunun için elinde bulunduranın rızasına gerek görülmemiştir. Buna karşılık, kolluk görevlilerine ise, elinde bulunduranın rızasıyla bile olsa belge ve kağıtları inceleme yetkisi tanınmamıştır.

### **G- Sonuç**

Ceza Muhakemesi Yasasının buyruklarına bakıldığında, birçok konuda olduğu gibi arama konusunda da kolluk görevlilerine yönelik bir güvensizlik gözlemlenmektedir. Kuşkusuz bunda kolluk görevlilerin geçmişteki uygulamalarının, bu konularda yeterince eğitilmedikleri için insan haklarına aykırı işlemlerinin payı büyüktür. Bu nedenle yargıç kararı veya Cumhuriyet savcısının yazılı emri olmadan kendiliğinden arama yetkisi kendilerine tanınmamaktadır.<sup>(32)</sup> Kolluk görevlilerinin hukuka aykırı bir şekildeki uygulamaları sonucu elde edilen kanıtlar yargıç kararına esas alınmadığı için de bu tür davranışların adaletin yerine getirilmesi konusunda bir katkısının olduğundan da söz edilemez. Bu yüzden olanak buldukça kolluğun yetkileri kısıtlanmış buna karşılık yargıç ve savcılara daha fazla işlev kazandırılma yoluna gidilmiştir. Bu şekilde, soruşturmanın eylemsel olarak Cumhuriyet savcısının emir ve direktifleri altında yapılmasını sağlamak amaçlanmıştır. Böylece hukuka aykırı iş ve işlemlerden kolluk görevlilerinin kaçınması, buna karşılık soruşturmanın Cumhuriyet savcısı tarafından hukuka uygun bir şekilde gerçekleştirilmesi istenmektedir.

Yasadışı arama yapan kolluk görevlilerine yönelik cezai yaptırımlar söz konusu olmasına, bu şekilde elde ettikleri kanıtların hukuka

(32) *Ceza Muhakemesi Yasasının da (m. 127/1), kolluk görevlilerine yargıç kararı veya Cumhuriyet savcısının yazılı emri olmaksızın kendiliğinden el koyma işlemini gerçekleştirme yetkisi de verilmemiştir.*

**KAYNAKÇA**

aykırı delil sayılmasına ve bunların daha iyi eğitilmesi olanaklı olmasına karşın, bu görevlilerin yasalarla yetki bakımından etkisizleştirilmeleri, aramadan beklenen sonucu, yani kanıtların elde edilmesini ya da şüpheli veya sanıkların yakalanmalarını zorlaştırabilecektir. Bu yüzden kolluk kuvvetleri gerek insan hakları gerekse ilgili yasaların uygulanması konularında en üst düzeyde eğitilmeli, koruma tedbirlerini uygulama işi bu alanda deneyim kazanmış ve uzmanlaşmış en üst düzeyde bilgilenmiş kişiler tarafından yapılması için gerekli önlemler alınmalıdır.

1- ARTUK, M.E. / GÖKÇEN/ YENİ-DÜNYA, A.C.“Ceza Hukuku Özel Hükümler”, Turhan Kitabevi, 6. Baskı, Ankara, 2005.

2- ARMAĞAN, S. “Temel Hak ve Özgürlükler”, İstanbul, 1980.

3- CENTEL N. /ZAFER H. “Ceza Muhakemesi Hukuku”, 1.Bası, İstanbul, 2003.

4- ERYILMAZ, M. B., “Durdurma ve Arama”, Seçkin yayınları, 2003, sayfa 21.

5-GÖLCÜKLÜ, F.-GÖZÜBÜYÜK, A.Ş. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve Uygulaması, 2. Baskı, Ankara, 1999.

6- KUNTER, N /YENİSEY F. “ Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku”, İkinci Kitap, 12. Bası, İstanbul, 2003.

7- SOKULLU AKINCI R.F. “ Polis Toplumsal Bir Kurum Olarak Gelişmesi Polis Alt Kültürü ve İnsan Hakları”, İstanbul, 1986.

8- ÖZTÜRK B/ ERDEM M.R./ ÖZBEK V. Ö.: Ceza Muhakemesi Hukuku, 6.Bası, Ankara, 2001.

9- ÖZBEK, V. Ö. “Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama”, Seçkin Yayınları, Ankara, 1999.



# TÜRK CEZA HUKUKUNDA İŞTİRAK

CENGİZ OTACI<sup>(\*)</sup>

**S**uç ayrılığı teorisine göre iştirak halinde işlenen suçlarda, fail sayısı kadar suç vardır. Her bir fail ayrı ayrı suç işlemiş gibi sorumlu tutulur. Bu teoride faillerin asli-fer'i şeklinde ayrılmasına gerek yoktur. Çünkü suç ayrılığında suça iştirakten değil, iştirak suçundan söz edilir. Suç birliği teorisine göre iştirak halinde işlenen suçlarda her ne kadar birden fazla fail var ise de, faillerin hareketleri bir bütünü oluşturmaya yönelmiş parçalardır. Başka bir deyişle, birden fazla fail, aynı bütünü meydana getirmeye yönelik farklı fiiller meydana getirmektedir

## I- KISA TARİHÇE

Roma Hukukunda iştirak ile ilgili genel kurallar yoktur. Roma Hukukuna ait bilinen kaynaklar, özellikle hırsızlık başta olmak üzere şeriklerin ayırimsız fail gibi cezalandırıldıklarını göstermektedir. Cermenlerde dini kuralların etkisiyle şeriklerin bazı suçlar için daha az ceza ile cezalandırılması kabul edildi<sup>(1)</sup>. Eski Anglosakson ve Fransız hukukunda asli-fer'i şerik ayırımı yapılmış, ancak şeriklere aynı ceza verilmesi kabul edilmiştir<sup>(2)</sup>.

1858 tarihli Osmanlı Ceza Kanunnamesi, 45. maddesiyle iştirak konusunda "bir cürmün müşterek failleri kanunun sarahati olmayan

mevadda ol cürmün fail-i müstakilli gibi mücazat olunur" demek suretiyle genel bir hüküm koymuş, iştirak konusunda Fransız Ceza Kanununun kabul ettiği sistemi benimsemiştir.

Kanunname bundan başka olarak iştirak halinde suç işlenmesi durumunda şeriklerin "bir mala kefil olanlar"a kıyasla, tazminat, malın iadesi ve sair masraflarda birbirlerine müteselsilen kefil olduklarını da düzenlemiştir. Bahsedilen genel düzenlemelerden başka bazı maddelerde yardım etme (63 md zeyli) azmettirme (81. md) gibi özel düzenlemelerde kanunnamede yer almıştır. Mecelle azalarından

(\*) Yargıç

(1) Yekebaş V. Suçun ve Suçlunun Taddüdü ve Cürme İştirak Ankara 1952 s. 15, 19

(2) Yekebaş s. 20. 21

Ömer Hilmi Efendi tarafından kaleme alınan Mi'yar-ı Adalet'in 26 ve 46. maddelerinde iştirake ilişkin kısmi düzenlemelere yer verilmiştir.

## II- GENEL AÇIKLAMALAR ve İŞTİRAKİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Ceza kanunlarının özel kısmında tespit edilen suç tipleri, bazı istisnalar dışında bir fail tarafından işlenen suçlar olarak düzenlenmiştir. Ancak gerçek hayatta suçlar her zaman bir kişi tarafından işlenmez<sup>(3)</sup>. Çoğu defa birden fazla kişi suça katılmaktadır. Bu durumda iştirak halinde işlenen suçtan bahsedilir. Başka bir deyişle bir kişi tarafından işlenebilen bir suçun birden fazla kişi tarafından gerçekleştirilmesi haline iştirak halinde işlenen suç denir<sup>(4)</sup>. Hemen belirtmek gerekir ki birden fazla kişinin birlikte suç işlemeleri hali, örgütlü suç ve çok failli suçlardan farklıdır. Zaten tanımda "...bir kişi tarafından işlenebilen..." denilmekle çok failli suçlar ve suç işlemek için kurulan örgüt<sup>(5)</sup> tanım dışında bırakılmıştır. Kanunun eski haline göre "...önceden işbirliği yapmak..." ibaresi tanımdan çıkartılmıştır. Çünkü ibare, dolayısıyla faillik kurumunu iştirakin dışında tutmayı

amaçlıyordu. Yeni kanunda dolayısıyla faillikte iştirak içinde mütalaa edilmektedir.

*Suç ayrılığı teorisine* göre iştirak halinde işlenen suçlarda, fail sayısı kadar suç vardır. Her bir fail ayrı ayrı suç işlemiş gibi sorumlu tutulur. Bu teoride faillerin aslifer'i şeklinde ayrılmasına gerek yoktur. Çünkü suç ayrılığında suça iştiraktan değil, iştirak suçundan söz edilir. *Suç birliği teorisine* göre iştirak halinde işlenen suçlarda her ne kadar birden fazla fail var ise de, faillerin hareketleri bir bütünü oluşturmaya yönelmiş parçalarlardır. Başka bir deyişle, birden fazla fail, aynı bütünü meydana getirmeye yönelik farklı fiiller meydana getirmektedir<sup>(6)</sup>.

İştirakte suçun tek sayılması, faillerin hepsinin sorumluluk derecesinin de aynı olacağını göstermez. Bundan başka iştirakte bağlılık kuralına göre de her fail kendi kusuruna göre sorumlu tutulacaktır. Sözü edilen farklara aşağıda değinilecektir.

Önder'e göre ceza kanunları suça iştiraki düzenlemese idi dahi, suça katılan kişilerin cezalandırılacağı şüphesizdi. Çünkü suça katılanlar neticenin meydana gelmesinde illi değer(*nedensellik*) taşıyan

(3) Önder Ayhan ; Ceza Hukuku Genel Hükümler II-III. İstanbul 1991 s. 433

(4) "... bir tek kişi tarafından işlenebilen bir suçun önceden yapılan işbirliği sonucu birden fazla kişi tarafından gerçekleştirilmesi halinde, failler arasında iştirak mevcuttur..." CGK 12.03.1996 1-25/35. Bkz Öztürk Bahri-Erdem Mustafa Ruhan-Özbek V. Özer ; Uygulamalı Ceza Hukuku. Ankara 1998 s. 295 ; Dönmezer Sulhi-Erman Sahir ; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku. İstanbul 1987 2/481 ; Erdem Mustafa Ruhan, Yeni TCK'da Faillik ve Suç Ortaklığı, Hukuki Perspektifler Dergisi Aralık 2005 sy 5 s 204 ; Yeni kanunda, dolayısıyla faillik olarak adlandırılan durum da iştirak içine alındığından eski kaynakların hemen tamamında "...önceden işbirliği..." ibaresi yer almaktaydı.

(5) Burada örgütlü suçlarda iştirak hükümlerinin uygulanamayacağı kastedilmemektedir. Kastedilen TCK 220/1 manasında suç işlemek amacıyla kurulan örgüttür.

(6) Artuk-Gökçen-Yeni Dünya s. 786

bir hareket yapmışlardır ve hareketleri objektif açıdan hukuka aykırı, sübjektif açıdan ise kusurludur.<sup>(7)</sup> Diğer bir görüşe göre kanunlar iştirake ilişkin kurallar koymasaydı şerikler açısından tipe uygunluk gerçekleşmeyeceği için cezalandırmak mümkün olmayacaktı. Bu nedenle iştirake ilişkin kurallar tipikliği, dolayısıyla cezalandırmayı genişleten kurallardır<sup>(8)</sup>. İki görüş arasındaki fark, failin objektif sorumluluğunun kabul edilip edilmemesinden, bu sorumluluğun sınırlarından ve nihayet mülga kanuna esas alınan suç teorisinden kaynaklanmaktadır.

İştirak konusunda farklı ülkelerin farklı yaklaşımları vardır. Eşitlik sisteminde, bir suçun gerçekleşmesine katkısı olan her kişi bu suç için kanunda öngörülmüş ceza ile cezalandırılır. Bu düşünce, suçun tek olduğu ve bölünmezliği ilkesine dayanır. Her fail, asli failin fiiline iştirak etmiş değildir, aksine her kişi yaptığı hareketler ile sonucun alınmasına katkıda bulunmuş, suçu birlikte işleyenler aralarında kader birliği yapmıştır. İkilik sisteminde (klasik sistem) suça katılan kişilerin katılımında oynadıkları role

göre asli-fer'i şeklinde ikili ayırım yapılır. Asli nitelikteki eylemleri yapanlar kanunda öngörülen tam ceza ile, fer'i nitelikteki eylemleri yapanlar ise asli faile göre daha az ceza ile cezalandırılır. Sübjektif sistemde, suça katılan failer, kötülük derecelerine göre cezalandırılır. Başka bir deyişle eşitlik sisteminde olduğu gibi temelde tüm şerikler suçun tam cezası ile cezalandırılırlar ancak hakime, şeriklerin katılım derecelerine göre değil, meydana getirdikleri zarar, oluşturdukları tehlike ve kötülüklerine göre hakime indirim olanağı verilmiştir<sup>(9)</sup>.

TCK'nın, şeriklerin statüsüne göre yaptığı gruplandırma dikkate alınırsa ilk bakışta asli ve fer'i fail ayırımını kabul etmediği izlenimine kapılmak mümkündür. Özbek, Demirbaş, Erdem ve bizim de katıldığımız görüşe göre TCK, ikilik sistemini kaldırmamış, MTCK'nın sistemine göre aslında görsel (*şekli, madde yazımı*) bir yenilik getirilmiş, fer'i fail olarak eski kanunda düzenlenen durumlar, yeni kanunda yardım etme başlığı altına toplanmış<sup>(10)</sup>, azmettirenin ve fer'i failin fail olmadığı kabul edilmiştir. Aslında ikilik sistemi kaldırılmadığına

(7) Önder s. 434 ; Benzer yaklaşım için Bkz Özgenç İzzet Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler Ankara 2005 s. 495 ; Kırş Öztürk-Erdem-Özbek s. 296

(8) Özbek Veli Özer Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (TCK İzmir Şerhi) Ankara 2005s. 415 ; Bkz Özgenç s. 496.

(9) Demirbaş Timur Ceza Hukuku Genel Hükümler Ankara 2005 s. 419 ; Önder s. 436, Erem Faruk-Dağışman Ahmet-Artuk Mehmet Emin ; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1997 s. 359, Dönmezer-Erman 2/488. İştirakte ileri sürülen değişik cezalandırma sistemleri için ayrıca Bkz. Taner Tahir, Ceza Hukuku. İstanbul 1949 s. 517 vd

(10) Demirbaş s. 419 ; Özbek s. 419, 444 ; Erdem s. 204 ; Demirbaş, iştirak bahsini anlatırken şerikleri mülga kanunda olduğu gibi alt kategorileri ile birlikte asli ve fer'i olarak sınıflandırmıştır. Demirbaş sınıflandırmasında yardım etmeyi, fer'i iştirak, fer'i iştiraki de fer'i maddi iştirak ve fer'i manevi iştirak olarak ikiye ayırmıştır. İştirakdeki katılımı sınıflandırırken Demirbaş'ın, "...fer'i fail" ibaresini kullanmaktan kaçındığı, bunun yerine "...fer'i şerik" demeyi tercih ettiği görülmektedir. Kanunda düzenlenen "yardım eden"in Demirbaş'a göre iştirake katılımı fer'i niteliktedir.

göre asli ve fer'i şerik ayırımının devam ettiği söylenebilir.<sup>(11)</sup> Fer'i şerikin, kanunda yardım eden olarak düzenlenmesi sonucu değiştirmeyecektir. Kanun, görsel olarak yenilik getirdiğine göre iştirakin özellikle "fail" kavramı açısından anlamlandırılması, ceza hukuku içinde konumlandırılması açısından yeni bir yaklaşıma sahip olduğunu söylemek mümkündür. Bu nedenle iştirak konusunu, kanunun sistematığına uygun olarak ele almayı tercih ettik.

Kanuna göre fail, suçun kanuni tanımında yer alan unsurları gerçekleştiren kişi/kişilerdir. Azmettiren ve yardım eden, kanuni tanımında yer alan fiili yapan kişiler (fail) değildir. Kanunumuz, önceki kanunda olduğu gibi sonuca illi değerlerde katkıda bulunan kişileri fail olarak kabul etmemiştir. Kanunun bu anlayışı kast, kusur ve haksızlık gibi temel kavramlara getirdiği bakış açısındaki değişiklikten kaynaklanmaktadır. Kanunun 21 ve 22 . maddesiyle ilişkilendirilen suç teorisine göre kast/taksir ile kusur birbirinden ayrılmıştır. Suç haksızlıktır, haksızlık kusurluluğun zeminidir. Kast/taksir kusurluluk şekli değildir. Kast, suç ile gerçekleştirilen haksızlığın manevi unsurudur. Suçun kanuni tanımındaki unsurları bilerek ve isteyerek gerçekleştiren fail, bu unsurları gerçekleştirilmeyen ancak gerçekleştirilmesi için başkasını azmettiren

ya da gerçekleştirene yardım eden ise fail değildir. Fail olmamak, -iştirak ile ilgili düzenlemeler olmadığı takdirde- suç ile meydana gelen haksızlıktan sorumlu olmamayı gerektirir. Bu nedenle iştirak, tipiklikte sorumluluk alanını genişleten kurallar dizini olarak, suça katılanların suç karşısında statülerini belirlemektedir.

TCK 37/1, kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştirenlerin fail olduğunu açıkça vurgulamıştır. Kastın tanımının yapıldığı 21. maddede karşısında, 37/1 fıkranın aslında bir anlamı kalmamaktadır. Kanuni tanımında yer alan fiili gerçekleştirenlerde zaten kast unsuru vardır. Bunların fail olacağını tekrar söylemek gereksizdir.

Yukarıdaki paragrafta belirttiğimiz bu hususlar, daha ziyade kanunun gerekçesinden çıkartılmaktadır. Metinden, doğrudan doğruya söz ettiğimiz hususların çıkarsamasını yapmak oldukça zordur. Yazdığımız yorumların, metnin uzak yorumu olduğu göz önüne alınmalıdır. Zaten 5237 sayılı kanunun önemli açmazlarından biri de budur. Kanun, kendisini metinle değil, daha çok gerekçe ile anlatmayı tercih etmiştir<sup>(12)</sup>. Kanunun metni, dilsiz insana benzemektedir.

### **III- İŞTİRAKİN UNSURLARI**

İştirak hükümlerinin uygulanabilmesi için illiyet bağı, iştirak

(11) Artuk-Gökçen-Yenidünya, 5237 sayılı TCK nun cezalandırma konusunda ikilik sistemini kabul ettiği görüşündedir. Bkz Artuk-Gökçen-Yenidünya s 790

(12) Kanun metninin kendisini doğrudan anlatamayışı ve meramını gerekçe yoluyla anlatmayı tercih edışı, sadece iştirake mahsus değildir. Aynı durum genel hükümlerin çoğu için söylenebilir. Bu husus, yorumcu açısından sakıncalıdır. Yorumcu, metni anlamak ve yorumlamakla görevlidir. Gerekçeyi anlamak ve kanunu gerekçesine göre yorumlamak zorunda değildir. Bkz Otacı Cengiz, Kanunun Hazırlık Çalışmalarının Bağlayıcılığı, Güncel Hukuk Şubat 2006 sy 6 s58

iradesi, birden fazla fail tarafından yapılan birden fazla hareketin olması ve suçun şeriklerin tümü için aynı olan suçun icra hareketlerine başlanmış olması gerekmektedir.

### **1) Nedensellik (İllyet) bağı**

İştirak halinin varlığını kabul etmek için suça katılan kişi ya da kişilerin maddi ya da manevi nitelikteki hareketlerinin failin fiiline bağlılık içinde illiyet değeri taşıması gerekir. İllyet bağının varlığını kabul için meydana gelen netice ile suça katılanlar tarafından yapılan maddi ya da manevi hareketin sonucu doğurmaya elverişli olması gerekir<sup>(13)</sup>. Özgenç'e göre<sup>(14)</sup> illiyet bağı, yeni kanunun kabul ettiği suç teorisinde, MTCK sistemindeki "zorunlu fer'i şerik" statüsüyle aynı değildir. Zorunlu fer'i şerik olarak adlandırılan suça katılım statüsündeki kişi için hakim, "suça katılanın katılımı olmasaydı suç tamamlanamazdı" şeklinde bir mantık yürütme ve tahminde bulunma gibi farazi bir süreç tasarlamaktadır. Bu mümkün olmamalıdır. Hakimin anlatılan şekilde farazi bir tahminde bulunmak yerine -aşağıda değineceğimiz- fiile müşterek hakimiyet sağlanıp sağlanmadığı araştırılmalıdır.

### **2) İştirak İradesi (İştirakte Kast)**

Suçta katılanların birbirinden ayrı hareketlerini bir bütün haline getiren, birleştiren iştirak iradesidir. İştirak iradesi, iştirakin manevi unsurudur<sup>(15)</sup>.

İştirak iradesinin ne olduğu konusunda doktrinde oldukça farklı görüşler ve bu görüşlerle birlikte ileri sürülen yapay örneklemeler vardır.

*Dönmezer-Erman ve Artuk-Gökcen-Yenidünya*'ya göre iştirak iradesi, failin suçu yalnız kendisi tarafından değil fakat kendisiyle birlikte başkası veya başkaları tarafından da işlendiğini biliyor ve böyle bir suçun işlenmesini istiyorsa<sup>(16)</sup> vardır. Önder de *Dönmezer-Erman* gibi, suça katılanların, failin fiilini bilmesi ve ona yardım etmesini, suçun gerçekleşmesini istemesini iştirak iradesi olarak kabul etmektedir<sup>(17)</sup>. Özgenç'e göre müşterek failer arasında birlikte suç işleme kararının varlığı gereklidir. Fiilin müştereken işlendiğine, müşterek hareket ettiklerine dair suça katılanlarda bilgi ve irade olmalıdır<sup>(18)</sup>. Öztürk-Erdem-Özbek'e göre iştirak iradesi, suça katılanın, suçu bir başkası ile işlediğini bilmesi ve bunu istemesidir. İştirak iradesi, kast

(13) Önder s. 440 ; Öztürk-Erdem-Özbek s. 296 ; Özgenç 532 ; Demirbaş s. 424 ; Centel Nur-Zafer Hamide-Çakmut Özlem *Türk Ceza Hukukuna Giriş İstanbul 2005 s.517* ; Artuk-Gökcen-Yenidünya s. 801

(14) Özgenç s. 499, s. 534

(15) *Dönmezer-Erman 2/515, CGK 14.10.1991 1-193/269. "... Bir kalabalıkta, bir toplantıda kalabalığın heyecana düşmek suretiyle bir takım suçlar işlemeleri halinde aralarında bir anlaşma... olmadıktan iştirak yoktur. Herkes kendi hareketinden mesuldür..." Taner s. 513, Bardak Cengiz, Suça İştirak Üzerine Bir İnceleme Adalet Dergisi 1985 sy 2s. 126 ; Vidal Georges-Magnol Josephpe ; Ceza Hukuku, Ankara 1949 Terc Şinasi Z. Devrin s. 402 ; İştirakin tanımı için Bkz Taner s. 517*

(16) *Dönmezer-Erman 2/520 ; Artuk-Gökcen-Yenidünya s 795*

(17) Önder s. 442

(18) Özgenç s. 509 ; aynı yönde Centel-Zafer-Çakmut s. 518 ; Demirbaş s.425

ve taksirden farklıdır. Suça katılanlarca bilinen ve istenen suç değil işbirliğidir<sup>(19)</sup>. İştirak iradesindeki bilme ve isteme, kastın varlığını gösterir. Kast, en azından olası (gayrimuayyen) kasttır. Bu nedenle taksirle iştirak olmaz. *Öztürk-Erdem-Özbek* taksirli suçlarda iştirakin olacağını kabul ettiği için iştirak iradesini suça iştirak değil, eyleme iştirak olarak nitelendirmiş, iştirak iradesinin kast ve taksirden farklı olduğunu söylemiştir. Aşağıda taksirli suça iştirak kısmında bu hususa değinilecektir.

İştirak iradesinin oluşma zamanı, suçtan önce yada suç işlenirken olmalıdır. TCK 39. maddenin uzak yorumuna göre en geç suçun işlenme anıdır. Suç işlendikten sonra iştirak iradesinin oluşmasından bahsedilemez.

### **3) Birden fazla katılan tarafından yapılan birden fazla hareketin olması**

İştirak kurallarının uygulanması için suça katılan birden fazla kişi olması gerekmektedir. Aksi takdirde ferden işlenmiş (müstakil fail) bir suçtan bahsedilir. Suça katılanların çokluğu, fillerin de çokluğunu doğurur. Suçun meydana gelmesinde birden fazla hareket, iliyet bağı içinde bulunmalıdır.

### **4) Şeriklerin tümü için aynı olan suçun icra hareketlerine başlanmış olması (İştirakte Bağlılık Kuralı)**

Suçun icra hareketlerine başlanmadan sadece iştirak iradesinin varlığı, kural olarak suç oluşturmaz<sup>(20)</sup>. İştirak için suçun en azından teşebbüs aşamasında olması gereklidir. Bu nedenle teşebbüste hazırlık hareketi-icra hareketi ayırımına dikkat edilmeli, hazırlık hareketlerinin ayrı durumlara hariç ceza hukuku dışında olduğu göz önüne alınmalıdır.

İştirakin kabulü için failin kararlaştırılan aynı suçun icra hareketine başlamış olması gerekir. Yada daha geniş bir ifadeyle azmettiren ve yardım edenin eylemden sorumlu olması için failin şerikler bakımında aynı olan suçun icra hareketlerine başlaması iştirakin unsurdur ve buna "iştirakte bağlılık" kuralı denir<sup>(21)</sup>.

İştirakte bağlılık kuralına göre fail suç işlememişse yardım eden de cezalandırılmaz.

Kanundan önce de failin isnat kabiliyetinin olmaması, mesela failin küçük bir çocuk olması halinde Yargıtay iştirak kurallarının uygulanmasını kabul etmekteydi<sup>(22)</sup>. Yargıtay'ın bu uygulamasına dolayısıyla faillik bahsinde değinilecektir.

(19) *Öztürk-Erdem-Özbek* s. 297

(20) CGK 14.10.1991 1-193/269 ; İştirak ile örgüt arasındaki en önemli ayırmadan birisi budur. Suç işlenmeksizin oluşan iştirak bağımsız suç sayılmaz iken suç işlemek için kurulan örgüt bağımsız suç teşkil etmektedir.

(21) *Önder* s. 446

(22) CGK 19.02.1945 81/78

İştirakte bağıllık kuralı gereği şu hususlar düşünülebilir.

a) Bağıllık kuralı *Özgenç'e* göre azmettiren ve yardım eden için geçerlidir. Çünkü bunlar fail değildir. Müsterek faillikte ise müsterek failer ayrı ayrı fiile hakim olduklarından, yada fonksiyonel fiil hakimiyetine sahip olduklarından aralarındaki sorumluluk ilişkisi bağıllık kuralı ile açıklanamaz. Bağıllık kuralı, fail olarak sorumluluk için ilgili suç tanımına göre gerekli şartların bulunmaması halinde bunların yerine ikame edilmekte ve bu suretle suça katılanın/azmettirenin kanuni tarife uygun haksızlıktan sorumluluğu sağlanmaktadır. Bağıllık kuralı, fail olmayan suça katılanın sorumluluğunu sağlayan kuraldır<sup>(23)</sup>. Dolayısıyla failin de fail olmadığını kabul ettiğimize göre azmettiren ve yardım edenin yanında dolayısıyla fail için de bağıllık kuralının olması gerektiğini ifade etmemiz gerekir.

b) Fail iştirak iradesinin dışına çıkarsa, meydana gelen yeni suç iştirak iradesine dahil olan suçtan nitelik itibarıyla başka ise, mesela iştirak iradesi hırsızlık iken fail birde adam öldürürse iştirakte bağıllık

lık kuralı gereğince iştirak iradesine dahil olmayan suçtan diğer fail yardım eden/azmettiren yada dolaylı fail sorumlu olmaz<sup>(24)</sup>. Ancak fail iştirak iradesine dahil suçun ağırlaşmış şeklini işlerse, sözgelimi iştirak iradesi müessir fiil iken kastı aşan adam öldürme meydana gelirse, kanunumuz kusursuz sorumluluğu kabul etmediğinden meydana gelen ağır neticeden en azından taksirli kusuru olmayan yardım eden/azmettiren/dolayısıyla fail sorumlu olmayacaktır<sup>(25)</sup>.

b) Fail iştirak iradesi ile bağılantılı olan suçtan daha hafif bir suç işlerse, sözgelimi öldürme yerine yaralama gibi, iştirake dahil olanlar meydana gelen suçtan sorumlu tutulacaktır<sup>(26)</sup>.

#### **IV- HUKUKUMUZDA İŞTİRAK ŞEKİLLERİ**

Yukarıda açıkladığımız gibi kanunumuz iştirakte ikilik sistemini kaldırmış gibi görünse de bu sistemi korumuştur. Kanun, bununla ikilik sisteminden kaynaklanan asli fail-fer'i fail statüsünün belirlenmesindeki zorluğunu aşmayı amaçlamış, ancak "fiili birlikte gerçekleştiren" ibaresiyle madde (md

(23) *Özgenç s537 vd*

(24) "... sanıkların iştirak iradesi gasp suçuna ilişkindir. Sanık (A) diğer sanık (C) ile vardıkları iştirak iradesi dışına çıkarak yeni ve değişik bir kasıtle öldürme olayını gerçekleştirmiştir. O halde sanık (C) nin öldürme olayına katıldığı söylenemez..." CGK 14.10.1991 1-193/269. "... sanığın kumaş çalınması amacıyla temin ettiği anahtarların kamyonet gasbında kullanılması karşısında bu suçtan sorumlu tutulmaması gerekir..." CGK 09.05.1988 6-123/210 ; Benzer yönde CGK 19.12.1994 1-320/347

(25) "...azmettiren kimse, objektif sorumluluk esaslarına göre müessir fiilin tüm sonuçlarından azmettiren sanık gibi sorumludur. Verilen silahla öldürülenin yaralanması için, azmettirilen sanık anlaşma sınırını aşarak kasten adam öldürme suçunu işlemişse, MTCK.nun 448 (449 veya 450), müessir fiilde bulunmaya azmettiren kişinin de 64/2, 452. maddeleri gereğince cezalandırılmaları yasaya uygundur....1.CD 24.4.1996 464/1519 YKD Temmuz 1996" ; Kanunumuzun artık objektif sorumluluğu benimsemediği vurgulanmalıdır.

(26) *Önder s. 451*

37) gerekçesinde fiile hakimiyet teorisine işaret etmiş, bu kez de “fail”in belirlenmesini karmaşıklaştırmış, teorisinin geniş yorumlanması halinde ağır sonuçların doğmasına zemin hazırlamıştır.

İştirakin derecesini belirlemek için iştirake dahil olanların eylemin bir safhasındaki durumlarını nazara almak her zaman gerçeği yansıtmayacaktır. İştirake dahil olanların verdikleri karar, kararın icrasında yapılan, sonuca varmaya yarayan düşünce ve eylemlerine topluca bakılmalı, sonuca göre iştirakin derecesi belirlenmelidir<sup>(27)</sup>.

### **1) Fail, Azmettiren, Yardım Eden Ayırımı**

Yukarıda, kanunun azmettiren, dolayısıyla fail ve yardım edeni fail olarak kabul etmediğine işaret etmiştik. Fail, TCK 37/1 fıkrada suçun kanuni tanımında yer alan fiili gerçekleştiren kişi olarak tanımlanmıştır. Bu kişiler birden fazla ise müşterek fail olacaklardır. Başka bir deyişle birlikte suç işleme kararına bağlı olarak, suçun icra hareketleri birden fazla fail tarafından birlikte gerçekleştirilirse müşterek faillikten bahsedilebilir<sup>(28)</sup>. Kanun, iştirak açısından doktrinde “dar fail”<sup>(29)</sup> olarak adlandırılan kavramsallaştırmaya bağlı kalmıştır. Dar fail kavramı, kanunun suç tanımında yer alan hareketleri yaparak neticeye sebebiyet vermeyi ifade etmektedir. Bu kavramda fail dışındakiler iştirakin genişletici hükümlerine göre sorumlu olurlar.

Dolayısıyla fail, 37/2 maddeye göre “**fail olarak sorumlu tutulur**” ibaresiyle fail kabul edilmiş, maddenin birinci fıkrasına çelişik bir tanımlama yapılmıştır. Dar fail kavramını benimseyen TCK'nın dolayısıyla faili de fail kabul etmesinin izahı mümkün değildir. Bu nedenle fıkroda geçen “**olarak**” ibaresini “**gibi**” anlamak gerekmektedir. Bu şekilde dolayısıyla fail, fonksiyon ve nitelik olarak değil, sonuç olarak yada ceza sorumluluğu şekliyle özdeşleştirilebilir.

Azmettiren ve yardım eden, tıpkı dolayısıyla fail gibi, suçun kanuni tanımında yer alan fiilleri işleyen kişi olmadığından fail değildir, ancak iştirakin genişletici etkisine binaen meydana gelen haksızlıktan katkıları oranında sorumlu olurlar.

### **2) Birlikte Gerçekleştirmek**

Maddede (TCK md 37/1) geçen “birlikte gerçekleştirmek” ibaresi, faillikte üst kavram olarak kabul edilmelidir. Her ne kadar teoride yapay örneklemelerle yada başka ülke mahkemelerinin kararlarıyla bu kavramsallaştırmanın içi doldurulmaya çalışılsa da kavramın sorunlu olduğu, içinin doldurulmasının epey bir zaman alacağı kabul edilmelidir. Ortada henüz Türk yargısının bu kavramla ilişkili kararları olmadığından konuyu örneklemekten mümkün olan en basit şekliyle irdelemek gerekmektedir.

İlk olarak “birlikte gerçekleştirmek” ibaresinden hareketle, kanu-

(27) CGK 13.05.1997 6-64/110, 12.03.1996 1-25/35, 07.10.1991 6-182/252

(28) Artuk-Gökçen-Yeni Dünya 792

(29) Dar fail kavramı için Bkz Centel-Zafer-Çakmut s. 512 ; Özgenç s. 495 ; Erdem s. 206

ni tanımda yer alan fiili birlikte işleyen birden fazla kişi olması gerektiği kabul edilmelidir. İkinci olarak birden fazla kişi, kanuni tanımda yer alan fiili birlikte gerçekleştirilmelidir. Fıkıradaki sözedilen “**birlikte gerçekleştirme**”nin, TCK 39/2-c bendindeki “suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardım” kavramından farkı gösterilmelidir.

Birlikte gerçekleştirmekten maksat, sadece, suçun kanuni tanımında yer alan fiilleri, birden fazla failin ayrı ayrı yapması değildir. Anılan durumda müşterek failliğin olacağında şüphe yoktur. Sorun, birden fazla kişinin kanuni tanımda yer alan fiilleri kısım kısım yapmaları halinde müşterek fail olarak sorumlu tutulup tutulamayacaklarıdır. Başka bir deyişle birden fazla failin birden fazla hareketlerin bir araya gelerek tipiklik unsurunu tamamlamasından sözedilmektedir<sup>(30)</sup>. Bu noktada fiile müşterek hakimiyet, fonksiyonel fiil hakimiyeti gibi kavramsallaştırmalarla karşılaşılmaktadır.

Fiile müşterek hakimiyet kavramsallaştırması, birden fazla failin, aralarında yaptığı iş bölümü, fiilin işlenmesi ve neticenin alınması için yapılan çok önemli ya da zorunlu katkı şeklinde özetlenebilir<sup>(31)</sup>.

Birden fazla fail, aralarında yaptığı iş bölümü ile suçun kanuni

tanımında yer alan fiillerin icrasını paylaşarak, eylem bütünlüğü içinde suç işleyebilir. Bu durumda müşterek fail olurlar. Faillerden biri diğeri yönünden çok önemli yada zorunlu katkı ile suçun meydana gelmesinde etkili olursa yine müşterek fail olacaktır. Fiilin işlenmesi ve neticenin alınmasına yapılan katkının çok önemli yada zaruri olup olmadığı, dolayısıyla bu şekilde müşterek fiil hakimiyetinin kurulup kurulmadığı, fonksiyonel fiil hakimiyeti kavramı ile test edilecektir. Müşterek faillerden birisinin eyleminin icrasına katkı hususunda arz ettiği zaruret, eylemin meydana gelmesini temin ediyor ya da engelliyorsa failerin fiile müşterek hakimiyeti olduğundan, dolayısıyla müşterek faillikten bahsedilir. Fonksiyonel fiil hakimiyeti, 39/2-c bendinde geçen “suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardım” kavramını da açıklamaktadır. 39/2-c de bahsedilen yardım, fiil hakimiyeti kapsamına girmeyen yardımdır. Özgenç’e göre katkı olmasaydı suç işlenebilir miydi işlenemez miydi gibi bir soruya cevap aramak anlamsızdır. Tespiti gereken husus suçun işlenişine yapılan katkının icra ettiği fonksiyonun objektif anlamıdır<sup>(32)</sup>.

Fiile müşterek hakimiyet teorisi, MTCK 65/2. maddede düzenlenen zorunlu fer’i şerik<sup>(33)</sup> hakkında ayrıca düzenleme yapılmasını ge-

(30) Erdem s. 206

(31) Özgenç s. 497-509 ; Centel-Zafer-Çakmut s. 523 ; Özbek s. 424 ; Artuk-Gökçen-Yenidünya s. 793

(32) Özgenç s. 501 ; Erdem s. 205

(33) Dönmezer-Erman ve Taner’e göre zorunlu fer’i iştirak adında, asli ve fer’i iştirak arasında kalan üçüncü bir iştirak şekli yoktur. Zorunlu fer’i iştirak denilen kavram aslında asli iştirakti. Kanunun asli iştirak cezası vermesi de bunu göstermekteydi. Dönmezer-Erman 2/576, Taner s. 542

reksiz kılmaktadır. MTCK zamanında zorunlu fer'i şerik'in bu sıfatla adlandırılması için, "eyleme katkısı olmasaydı suç işlenebilir miydi, işlenemez miydi" şeklinde bir tahminde bulunulmaktaydı<sup>(34)</sup>. Fiile hakimiyet ve fonksiyonel fiil hakimiyeti yaklaşımına göre, suçun icrasına yapılan katkı, suçun işlenmesi açısından zorunluluk arz ediyorsa, bu suç ortağı da müşterek fail olacaktır. Sözedilen katkı olmasaydı suç işlenemeyecekti şeklinde fikir yürütmek doğru değildir<sup>(35)</sup>.

Kanuna hakim olduğu öngörülen suç teorisine göre, suça katılanın katılım statüsünü belirlemede, mantık yürütme, faraziye kurmanın mümkün olamayacağı öne sürülmüş ise de, teklif edilen fiile müşterek hakimiyet ve fonksiyonel fiil hakimiyetinin gerçekleşip gerçekleşmediği tespit için de aynı faraziyenin dolaylı yoldan kullanıldığı gözden kaçırılmaktadır. Sözelimi Özgenç<sup>(36)</sup>, "suçun icrasına bulunulan katkı, suçun başarıyla işlenmesi açısından zorunluluk arz ediyorsa..." yada "...müşterek katkılardan herhangi birinden vazgeçilmesi, fiili gerçekleşmeme, **akim kalma** tehlikesine maruz... (bırakıyorsa)" görüşlerine yer vermektedir. Yazarın sözettiği "zorunluluk", farazi bir akıl yürütme olmadan nasıl tespit edilecektir? Yazarın teklif ettiği ölçü, fi-

le müşterek hakimiyet bağlamında, "suçun işlenişine bulunulan katkının icra ettiği fonksiyonun objektif anlamı"dır. Objektif anlamın içini doldurmak, uygulamada sanıldığı kadar kolay olmayacaktır. Suça katılanın hareketi ile meydana gelen netice arasında, her ne kadar katılanın hareketindeki objektif katkı esas alınacak olsa da yine de farazi bir bağdan söz etmemek mümkün görünmemektedir.

Özgenç'e göre fiile müşterek hakimiyet kuran müşterek failer arasında, -işlenen haksızlıkla doğrudan bağlantı içinde olduklarından- haksızlıktan sorumlu tutulmaları için bağluluk kuralına gerek yoktur<sup>(37)</sup>.

Yukarıda kısaca anlatmaya çalıştığımız fiile müşterek hakimiyet ve fonksiyonel fiil hakimiyeti kavram-sallaştırmaları, MTCK 463, 464. maddelerinde düzenlenen ihtimaller açısından yeterli saydamlığa sahip olmadığı gibi bazı failer için ağır sonuçlar doğurmaya da meyillidir. Özgenç'e göre MTCK 463. maddede düzenlenen ihtimalde, suç ortaklarının hepsini kasten öldürme yada kasten yaralama suçundan dolayı müşterek fail olarak sorumlu tutmak gerekir. Çünkü birlikte suç işlemek kararına istinaden müşterek failer suçun icrası üzerinde müşterek

(34) Sanık Emine'nin mağdureyi aldatıp evine alması gibi bir ön olay olmasaydı, diğer sanık Tahir'in irza geçme suçunu işlemesi imkansız olurdu. Sanık Emine'nin ceza indiriminden yararlandırılmaması yerindedir. CGK 1.1.1973 5-352/590. İçtihadı zikreden Önder s. 470 ; "...(Özetle) sanık (A), kocasını öldürmek için geleceğini bildiği diğer sanık (B) için yatak odasının penceresini açık bırakmış ve o gece kocasının yanında yatmamıştır. (A) nun eylemi olmasaydı, sanık (B) maktülü öldüremezdi. Sanık (A) nun eylemi zorunlu iştiraktır..." CGK 31.10.1983 1-81/364

(35) Özgenç s. 499 vd ; ayrıca Bkz Erdem s. 20

(36) Özgenç s. 499, s 500

(37) Özgenç s.498

bir hakimiyet kurmuşlardır<sup>(38)</sup>. Erdem'e göre<sup>(39)</sup> mülga kanundaki "doğrudan doğruya beraber işleme" kavramı, yeni kanundaki birlikte faillığe denk gelmektedir. Fiil üzerinde egemenlik kuran birden fazla failden hangisinin tipik neticeyi gerçekleştirdiğine bakılmaz. Bu nedenle mülga kanundaki 463. maddeye de ihtiyaç duyulmaz. MTCK 463, 464. madde ile ilgili açıklamaları ilgili yerlere havale ederek, bu kanunlarda bahsedilen ihtimaller için şunları söylemek mümkündür. MTCK 463. maddede, müşterek failerin fiile hakim oldukları doğru ise de, objektif sorumluluğu kabul etmeyen kanunumuz açısından müşterek faileri, meydana gelen neticeden sorumlu tutmak, kusur sorumluluğuna aykırı olacaktır. Ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine göre müşterek faileri, hakim oldukları fiile (tabanca ile ateş etme, kasten yaralama için vurma vs) göre sorumlu tutmak daha adildir. Müşterek failerin her biri mağdura ateş etmiş ve mağdur ölmüşse yada yaralanmışsa, müşterek faileri tamamlanmış öldürme yada yaralamadan değil, öldürmeye teşebbüsten yada yaralamanın niteliksiz halinden sorumlu tutmak gerekir. Çünkü meydana gelen neticeyi (ölüm, nitelikli yaralama) hangi failin yaptığı tespit edilememişse sonuçtan tüm failerin sorumlu tutulması doğru değildir. Bu yaklaşım kusur sorumluluğu ilkesine aykırıdır. Faille-

rin asgari olarak gerçekleştirdikleri eylem öldürmede, öldürmeye teşebbüs, yaralamada, yaralamanın niteliksiz halidir. Fiile müşterek hakimiyet ve fonksiyonel fiil hakimiyeti, MTCK 464. maddede düzenlenen ihtimalde daha da ağır sonuçlar doğurmaya müsaittir. MTCK 463. maddede düzenlenen ihtimal karşısında sergilediğimiz kabul MTCK 464. maddede düzenlenen ihtimal için de geçerli olmalıdır.

### **3) Azmettirme**

Azmettirme, kendisinde suç işleme kararı olmayan kimsede bu kararı oluşturularak belirli bir suç işletmek olarak tanımlanmaktadır<sup>(40)</sup>. Azmettirme bu yönüyle suça teşvikten ayrılmaktadır. Azmettirmede azmettirilende suç işleme kararı yokken suça teşvik edilen de bu karar vardır<sup>(41)</sup>.

Azmettirmenin unsurları, azmettirilene suç işleme kararı olmadığı halde muayyen bir suç için suç işleme kararı verdirilmiş olması ve azmettirilenin bu suçun icra hareketine başlamış olmasıdır<sup>(42)</sup>.

### **4) Azmettirmeye bağlı sorunlar**

#### **A) Azmettirmede kast**

Azmettirmede azmettirdiği suça ilişkin kasıt olmalıdır. Başka bir deyişle azmettiren, azmettirilende belirli bir suçu işlemek niyet ve kararını uyandırma kastı taşımalı,

(38) Özgenç s. 505

(39) Erdem s. 207

(40) CGK 20.03.1978 19/93, 13.01.1986 470/16, Tanımlar ve azmettirmenin cezalandırılma nedeni için Bkz Önder s. 461 ; Erem-Danışman-Artuk s. 392 ; Taner s. 530 ; Artuk-Gökçen-Yenidünya s.805

(41) CGK 20.03.1978 19/93

(42) Bkz Taner s. 531

suça yöneltmelidir. Gayrı muayyen kasıt yeterlidir. Taksirle azmettirme mümkün değildir<sup>(43)</sup>.

*B) Azmettirilenin başka bir suç işlemesi ve azmettirenin cezası*

Azmettirilen, suçun daha azını işlemişse, mesela eylem teşebbüs aşamasında kalmış yada öldürmeye yerine yaralamışsa azmettiren meydana gelen neticeden sorumlu olacaktır. Kanun bunu "işlenen suçun" ibaresiyle formüle etmiştir.

Azmettirenin sorumluluğu, yurtdışında iştirakte bağlılık kuralı içinde anlatıldığı için yeniden tekrarlanmayacaktır.

Azmettirenin cezası TCK 38/1. maddede belirtilen "işlenen suçun cezası"dır<sup>(44)</sup>.

*C) Azmettirilenin yanılması*

Azmettirilen, azmettirildiği suçta yanılırsa mesela (A) yerine (B) yi öldürürse sorun TCK 30 maddesi kapsamında çözülecektir.

*D) Azmettirenin ve Azmettirilenin Sıfatı*

Kanunumuzun 38/2. maddesine göre üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle suça azmettirme hali artırım nedeni olarak kabul edilmiştir. Kanun ayrımsız alt ve üst soydan bahsettiğine göre alt/üst soyun öz yada üvey olması önemli değildir.

Kanunda alt/üst soyla birlikte nüfuzdan bahsedilmektedir. Başka bir deyişle nüfuzun olmadığı halde sadece üst soy olmak, azmettirenin cezasının artırılması için yeterli olmayacaktır. Nüfuz, söz geçirme, güçlü olma manasına gelmektedir<sup>(45)</sup>. Alt soyun üst soya karşı nüfuzundan söz etmek mümkün görünmemektedir. Bu nedenle bizce azmettirmede bu hükmün uygulanması için üst soyun alt soya azmettirmesi aranmalıdır.

Çocukların suça azmettirilmesi halinde azmettirenin kim olduğunun önemi yoktur. Azmettiren üst soydan birisi olabileceği gibi başka birisi de olabilir. Çocuğun azmettirilmesi halinde ceza artırılabilecektir.

Çocuk, TCK 6/1-b bendine göre henüz onsekiz yaşını doldurmuş kişi olarak tanımlanmıştır. Azmettirme tarihinde çocuk olan ancak suç tarihinde 18 yaşını tamamladığı için çocuk sayılmayan kişi için azmettirenin durumu ne olacaktır? Başka bir deyişle azmettirmede çocukluk statüsü, azmettirme tarihine göre mi yoksa suç tarihine göre mi belirlenecektir? Ceza kanunumuz, anlama ve kavrama kabiliyetinin belirli bir yaşta olgunluğa erişeceği düşüncesiyle yaşı, farazi olarak ceza sorumluluğunu azaltan (yada kaldıran) bir unsur olarak kabul ettiğine göre çocukluk statüsü, azmettirme tarihine göre belirlenmelidir. Çocuğun, nüfuz ya-

(43) Önder s. 463 ; Artuk-Gökçen-Yenidünya s. 806 ; Dönmezer-Erman 2/566, ; Özgenç 526 ; Krş Erem-Danışman-Artuk s.393 ; Öztürk-Erdem-Özbek s.302 ; Erdem s. 211 ; "... azmettirme, önceden suç işlemek niyet ve kararında bulunmayan bir kimsenin iradesi üzerinde etken olarak ona belirli bir suç işlemeyi sağlamaktır..." GCK 23.10.1989 1-235/302

(44) Dönmezer-Erman 2/564

(45) <http://tdk.org.tr/tdksozluk/sozbul.ASP?kelime=n%FCfuz>

da anlama/kavrama nedeniyle suç yöneltilmesi, yapılan telkinlerin ileriye doğru da etki doğurması mümkündür.

Kanunumuz, azmettirenin ve azmettirilenin sıfatı nedeniyle cezada artırım da benimsemiştir. Ancak bazı hallerde (md 81) cezanın artırılması mümkün değildir. Kanunda cezanın artırılmadığı haller için bir açıklık bulunmamaktadır.

Kanunun 37/2 maddesi ile 38/2 maddesi arasında benzer bir düzenleme dikkat çekmektedir. Gerçekten de gerek 37/2, gerek 38/2 maddeler dolayısıyla failliği düzenlemektedir. Özbek'e göre 0-12 yaş arasındaki çocukların kusur yeteneği olmadığından bunların azmettirilmesinde 37/2, 12-18 yaş grubundakilerin azmettirilmesinde 38/2 maddesi uygulanmalıdır<sup>(46)</sup>. Bizce 38/2 maddesi, çocukların azmettirilmesi yada suçta araç olarak kullanılmasını önlemek için özel olarak sevk edilmiştir. TCK 37/2 madde ise genel bir düzenlemedir. Çocukların azmettirilmesinde 38/2, çocuk dışında kusur yeteneği olmayan kişi/canlıların kullanılmasında 37/2 maddesi uygulanmalıdır.

### **5) YARDIM ETME**

Kanunumuz yukarıda açıkladığımız gibi ikilik sistemi gereği adı yardım eden olarak düzenlense de aslında fer'i iştirak sayılan durum-

larını sayma yoluyla belirlemiştir. Kanunda asli-manevi-fer'i iştirak ayırımı yapılmamıştır. Kanunun yardım olarak kabul ettiği durumlar hakkında şunları söylemek mümkündür.

#### *A) Araç Sağlamak*

Suçun işlenmesinde kullanılan suçun üzere sağlanan herhangi bir taşınır veya taşınmaz eşya, fiilin işlenmesine yarayacak, icra sırasında kullanılacak şey araçtır<sup>(47)</sup>.

Yardım edenin sorumluluğu fiilin işlenmesinde kullanılan aracı sağlamaktan (tedarik) kaynaklanmaktadır. Sağlanan araç suçta elverişli değilse yada failce suçta kullanılmamışsa aracı sağlayana ceza verilemez<sup>(48)</sup>. Ancak sağlanan araç, failin suç işleme kararını takviye eder mahiyette de olabilir. MTCK da bu durum fer'i manevi iştirak içinde ele alınmaktaydı<sup>(49)</sup>. Kanuna göre ise yardım eden kavramı içinde değerlendirilmektedir..

Araç sağlamak, suç işlenmesinden önce olmalıdır.

#### *B) Yardımda Bulunarak suçun icrasını kolaylaştırmak*

Suçun işlenmesinden önce yada suç işlenirken suçun işlenmesini kolaylaştıran, ancak müşterek fail olma boyutlarına varmayan her türlü eylem, suçun icrasını kolaylaştıran yardım sayılır<sup>(50)</sup>. Yardımın şekilleri önceden tespit edilemez.

(46) Özbek s. 428

(47) Dönmezer-Erman 2/571 ; Artuk-Gökçen-Yenidünya s. 809

(48) Erem-Danışman-Artuk s. 402, Önder s. 468, Dönmezer-Erman 2/571, Taner s. 538

(49) Önder s. 468

(50) CGK 19.12.1994 1-320/347 sayılı kararından istinbatla. Ayrıca diğer tanımlar için Bkz Önder s. 468, Dönmezer-Erman 2/572 ; Erem-Danışman-Artuk s. 403 ; Artuk-Gökçen-Yenidünya s. 810

Eylemin niteliğine göre taktir hakime bırakılmalıdır.

Yardım, fiilden önce olabileceği gibi fiil sırasında da olabilir. Fiilden önce olan yardımda yardımın hazırlık hareketi olması icra hareketi olmaması, icra hareketi yapan faille işbirliği içinde olunmaması gerekir. Aksi halde yardım etme statüsünden değil, faillik statüsünden bahsedilir<sup>(51)</sup>.

*C) Suç işlemeye teşvik*

Suç işlemeye teşvik, faili, düştüğü, yapmayı istediği suçu işleme konusunda yüreklendirmek, özendirme olarak tanımlanabilir. Burada failde suç işleme kararı vardır ancak bu kararı yerine getirip getirmemekte tereddüt içindedir. Yardım edenin rolü, tereddütte olan failin tereddütlerini teşvik yoluyla izale etmektedir. Teşvik, bu yönüyle azmettirmeden ayrılır.

*D) Suç işleme kararını kuvvetlendirmek*

Failde olan suç işleme kararını kuvvetlendirecek her yol kapsam içine girmektedir. Bu meyanda failin yapacağı eylemi doğru bulmak, tasdik etmek, haklığını vurgulamak suç işleme kararını kuvvetlendirmektir. Failde suç işleme kararı zaten var olduğu için bu kararı kuvvetlendirmek azmettirme sayılmaz.

*E) Yardımda bulunmayı vaad etmek*

Bu vaad, suç işlenmeden önce verilmiş, ancak suç sonrasına yönelik olmalıdır. Cezaevinde bakacağı, kaçmasına yardım edeceği, daha az ceza almasını temin için avukat tutacağı, ailesine bakacağı gibi. Vaadin tutulmamış olması önemli değildir. Önemli olan bu vaad ile suç arasında illiyet bağının olmasıdır<sup>(52)</sup>.

*F) Yol Göstermek*

Faile suçtan önce, suçun ne şekilde nasıl işleneceği konusunda akıl vermek, yol göstermek olarak kabul edilebilir. Suç işlenirken verilen talimat asli maddi iştirakin doğrudan doğruya beraber işlemek kısmına girer<sup>(53)</sup>.

**V- DOLAYISIYLA FAİLLİK<sup>(54)</sup>**

Ceza hukukunda suçtan bahsedebilmek için eylemin tipe uygun, hukuka aykırı ve failin kusurlu olması gerekmektedir. Bu unsurlar olmadan suçtan bahsetmek mümkün değildir. Ancak bazı durumlar vardı ki eylem tipe uygun ve hukuka aykırıdır ancak failde kusur yeteneği yoktur. Başka deyişle failde suç işlemenin manevi unsuru oluşmamaktadır. Bu durumda iştirak hükümlerinden bahsedilemez ve dolayısıyla faillik müessesesi içine girilmiş olunur. (A) nın köpeğini (B) üzerine salarak onu öldürtmesi yada (A) nın kusur yete-

(51) Dönmezer-Erman 2/572

(52) Önder s. 469 ; Erem-Danışman-Artuk s.405 ; Taner s. 537

(53) Önder s. 469 ; Erem-Danışman-Artuk s. 406

(54) Doktrinde dolaylı fail, dolaylı faillik yada dolayısıyla fail de denilmektedir.

neği olmayan (B) yi kandırarak suç işletmesi durumları dolayısıyla failliğe örnektir. Örneklerimizde suçun kanuni tanımında yer alan unsurlarını gerçekleştiren köpek ve kusur yeteneği olmayan küçüktür. Suçun kanuni tanımındaki unsurları gerçekleştiren ile dolayısıyla fail arasında iştirak iradesi olduğundan bahsedilemez.

Dönmezer-Erman'a göre dolayısıyla faillik, iştirakte ikilik sisteminin ortaya koyduğu zorlukları ortadan kaldırmak için ileri sürülen dolambaçlı bir yoldur<sup>(55)</sup>.

Kanundan önce Yargıtay, dolayısıyla faillik sahasına giren sorunları hukuka uygun olmayan bir şekilde, -iştirak iradesini<sup>(56)</sup> ve iştirakte bağlılık kuralını kabul etmiş olmasına rağmen- iştirak kuralları ile azmettirme kavramı içinde görmüştü.<sup>(57)</sup>

Pek çok kanunda dolayısıyla failliğe ait düzenleme olmamasına karşın kanunumuzda bu hususun düzenlenmiş olması isabetli olmuştur.

Kanunumuz bazı durumlarda somut dolayısıyla faillik sorumluluğu düzenlemiştir. TCK 264/7 maddesinde iftira suçunun mağduru yüklenen fiili işlemediğinden dolayı hakkında beraat kararı veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmiş ise bu fiil nedeniyle

gözaltına alınması veya tutuklanması halinde; iftira eden, ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin hükümlere göre dolaylı fail olarak sorumlu olacaktır. Benzer düzenleme yalan tanıklıkta ilgili 272/5 maddesinde yer almaktadır.

Dolayısıyla fail, 37/2 maddeye göre fail kabul edilmiştir. Dar fail kavramını benimseyen TCK'nın dolayısıyla faili de fail kabul etmesinin izahı mümkün değildir. Bu nedenle fıkarda geçen "olarak" ibaresini "gibi" anlamak mümkün olduğu gibi dolayısıyla faili statü açısından değil de sorumluluk açısından fail kabul etmek de mümkündür. Ancak bu yorumlarla dolayısıyla fail, nitelik olarak değil, sonuç olarak faille özdeşleştirilebilir.

Dolayısıyla fail ile azmettiren farklıdır. Dolayısıyla fail, amacına erişmek için karar vermeye imkanına sahip bulunmayan ve olaya karşılığı kasıtlı da olmayan diğer bir kişiyi kullanmaktadır<sup>(58)</sup>.

## **VI- CEZAYA ETKİLİ SEBEPLERİN İŞTİRAKE DAHİL OLANLARA SİRAYETİ**

İştirak kurallarının uygulanması suçta katılan birden fazla kişinin var olduğunu gösterir. Kanunumuzun kabul ettiği sistem suçta

(55) Dönmezer-Erman 2/543 vd

(56) "...suça azmettirmenin kabul edilebilmesi için, failde iştirak iradesinin bulunması ve eylemin netice bakımından nedensel değer taşıması gereklidir..." 11. CD 27.12.1995 8/14 YKD Şubat 1996

(57) Aynı görüş Önder s. 457. "sanık davacının küçük kızı kamileyi seni köye götüreceğim, elbiseler alacağım, annenin parasını al getir diyerek kandırması ve Kamile de gizlice annesinin parasını alarak sanığa getirmiş bulunmasına göre fiil, hırsızlığa azmettirme mahiyetindedir. CGK 19.02.1945 81/78" nakleden Önder s. 457

(58) Dönmezer-Erman 2/544

katılanların kusurları oranında cezalandırılmasını öngörmektedir. İştirakte önceki kanundan yeni kanunun ayrıldığı en temel nokta kusurdur. Önceki kanunda şerikler, kanun tarafından çizilen çerçeve hükümler neticesinde objektif sorumluluk esasına göre<sup>(59)</sup> suça katılımları oranında sorumlu olurken kanunumuza göre sorumluluk, kusura göre belirlenmektedir.

Suçta katılanlardan birinde cezayı artırıcı yada azaltıcı/düşürücü bir sebebin olması halinde diğer şerikler bundan nasıl etkilenecektir? Konuyu ikiye ayırarak incelemekte fayda vardır. Cezaya etkili sebepten bahsedebilmek için, sebebin suçun unsuru olmaması lazımdır. Başka bir deyişle cezayı artıran yada kaldıran/indiren sebepler ya şahsidir yada fiilidir.

### **1) CEZAYI KALDIRAN, AZALTAN, DÜŞÜREN SEBEPLER**

Kanunumuz, 40/1 maddesinde "**...diğerinin cezalandırılması- nı önleyen kişisel nedenler...**"den bahsetmiş, cezayı, azaltan yada düşüren sebeplerin suça katılanlara sirayeti hakkında açıklık getirmemiştir. Kanunda kusura dayalı yaklaşım benimsendiğine göre bahsedilen hususlarda açıklık olmasa dahi genel kurallara göre bazı sonuçlara ulaşmak mümkündür.

Genel olarak cezayı kaldıran, azaltan ve düşüren sebepler, suçta katılanlara sirayet etmez<sup>(60)</sup>. Failin kusuru yada kusursuzluğu, azmettiren yada yardım edenle doğrudan ilişkilendirilemez TCK 73. madde, kurala istisna teşkil etmektedir.

Taner, cezayı hafifletici şahsi sebeplerin (yaş, akıl hastalığı, tahrik edilmiş olmak vs) suçta katılanlara sirayet etmeyeceğini, ancak fiilin maddiyatına taalluk eden sebeplerin (çalınan malın değerinin az olması gibi) sirayet edeceği görüşündedir<sup>(61)</sup>.

Suçta katılanlardan birinin haksız tahrike binaen suç işlemesi durumunda diğer katılanlar haksız tahrikten yararlanamaz<sup>(62)</sup>. Bu genel kural, suçta katılanların gazap ve şiddetli eleme maruz kalıp kalmadıklarının kabulüne bağlıdır. Kiralık katil'in tahrikten yaralamaya- cağına ilişkin karar<sup>(63)</sup> da olduğu gibi. Ancak haksız eylem nedeniyle suçta katılanlar da gazap ve şiddetli eleme maruz kalmışlarsa haklarında tahrik hükümlerinin uygulanmasına engel yoktur.

Yargıtay 24.9.1973 tarih ve 1-216/578 sayılı kararında aynı haksız eylemin sanıklardan biri hakkında adi diğeri hakkında ağır tahrik kabul edilmesini hukukun genel ilkelerine aykırı görmüştür. Bir başka kararda<sup>(64)</sup> ise zina iddiasının eş için ağır tahrik, diğeri için ha-

(59) "...azmettiren kimse, objektif sorumluluk esaslarına göre müessir fiilin tüm sonuçlarından azmettiren sanık gibi sorumludur... 1.CD 24.4.1996 464/1519 YKD Temmuz 1996"

(60) Erem-Danışman-Artuk s. 410 ; Önder s. 470

(61) Taner s. 544

(62) Erem-Danışman-Artuk s. 410

(63) 1. CD 15.12.1988 4349/4512

(64) CGK 12.2.1979 484/58

fif tahrik teşkil edeceği sonucuna varmıştır. Biz de Yargıtay'ın ikinci görüşüne katılıyoruz. Şeriklerin biri için ağır olan tahrik, diğeri için hafif olabilir. Bunu taktir hakkı mahmekeye/hakime aittir.

Suçta katılanlardan birinin yaşı küçük olması nedeniyle hakkında TCK 31. maddesi gereğince yapılacak indirim, tabidir ki yaşı küçük olmayan katılanlara sirayet etmeyecektir.

İştirak halinde işlenen ve takibi şikayete bağlı bulunan suçlarda suçta katılanlardan biri hakkında şikayetten vazgeçme, TCK 73/5. maddesi açıklığı karşısında diğerlerine de sirayet edecektir<sup>(65)</sup>. Bunun tek istisnası CGK'ya göre TCK 167/2 (MTCK 524/son) maddesidir. İştirak halinde, TCK 167/2. maddesinde bahsedilen suçları işleyenlerden biri, mağdurun yine madde bahsedilen yakınlarından biri ise, mağdurun yakını olan sanık için şikayetinden vazgeçmesi yakını olmayan suçta katılanlara sirayet etmeyecektir<sup>(66)</sup>.

Şikayetten vazgeçmenin kabule bağlı olduğu durumlarda suçta katılanlardan birisi yada birkaçı şikayetten vazgeçmeyi kabul etmese

dahi kazanılmış hakları devam eder. Yargılama sonunda suçsuz oldukları ispat edilirse beraat kararı verilir. Suçlu olduklarına dair yeterli delil mevcut olsa bile şikayetten vazgeçme kazanılmış hak teşkil edeceği için mahkumiyetlerine yada beraatlerine karar verilmez. CMK 223/4-b maddesine göre ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmelidir. Kanaatimizce bu son durumda sanıklar, CMK 327/1 maddesine göre şikayetten vazgeçmeyi kabul etmedikleri evreden sonraki yargılama giderine mahkum edilmelidir<sup>(67)</sup>.

Zamanaşımını kesen işlemlerin şeriklere sirayet edip etmeyeceği konusu tartışmalıdır.

Ceza Kanunumuz 67/2-d maddede mahkumiyet kararının zamanaşımını kesen işlem olarak suçta katılanlara sirayet edeceğini kabul etmiştir. Zamanaşımının şeriklere sirayeti konusunda iki temel sistem vardır. ilki, her sanık için zamanaşımını kesen işlemlerin ayrı değerlendirildiği ve Alman Ceza Kanununda yer alan öznel sistem, ikincisi ise bir sanık için zamanaşımını kesen işlemlerin diğer sanıklara da sirayet edeceğini kabul eden Türk, İtalyan, Fransız Ceza

(65) 2. CD 25.02.1992 1510/2129, 24.04.1984 3953/4298

(66) CGK 2.7.1962 6-22/19. İcel, iştirak halinde işlenen suçlarda vazgeçmenin bölünmezliğini kabul etmele beraber nisbi şikayete bağlı dediği MTCK 524. madde hakkında Yargıtay CGK'nun anılan kararını haklı bulmakla bizce çelişkiye düşmektedir. MTCK 99. maddede vazgeçmenin şeriklere sirayet edeceği konusunda açık hüküm varken "nisbi şikayete bağlı suç" gibi bir kavramla CGK'nun kararını kabul etmesi çelişkidir. Bkz İcel Kayıhan-Akıncı Sokullu Füsün-Özgenç İzzet-Sözüer Adem-Mahmutoglu S. Fatih-Ünver Yener ; Yaptırım Teorisi, İstanbul 2000 s.339 (İcel) ; CGK anılan kararının eleştirisi için Bkz 73 md, Şikayette ve vazgeçmede bölünme (Şikayetten vazgeçmenin şeriklere sirayeti)

(67) Sanık hakkında ceza tayinine yer olmadığına dair karar MTCK 46, 53 Mülga 2253 sayılı kanunun 12 maddesine dayalı ise yargılama gideri sanığa yükletilemez. Aksi halde sanığın yargılama giderine mahkum olması gerekir. Bkz Otacı Cengiz Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı İşlenen Suçlar, Ankara 2000 (Genel) s. 214

Kanunlarında kabul edilen nesnel sistemdir<sup>(68)</sup>.

TCK 67/2-d maddeye göre, suçta katılanlardan biri hakkında mahkumiyet kararı, hakkında dava açılmamış veya soruşturma yapılmamış suçta katılan diğer sanık/sanıklar hakkında da zamanaşımını kesmektedir. Suçta katılanlar hakkında açılmış dava varsa, davalar gerek aynı dosya üzerinden gerekse farklı dosyalar üzerinden görülsün zamanaşımı her biri için ayrı ayrı değerlendirilecektir.

Aşağıda açıklandığı gibi iştirak halinde işlenen suçların teşebbüs aşamasında kalmış olması mümkündür. Suçta katılanlardan birinin gönüllü vazgeçmesi, diğerlerine sirayet etmeyecektir<sup>(69)</sup>. Bu konuya aşağıda gönüllü vazgeçme kısmında değinilecektir.

Suç objesinin niteliğinden kaynaklanan indirim nedenleri suçta katılanlara sirayet eder. Hırsızlık suçunda çalınan malın değerinin az olması gibi<sup>(70)</sup>.

Mala karşı cürümlerde suçta katılanlardan biri malı iade eder yada zararı tazmin ederse Dönmezer<sup>(71)</sup> ve Öztürk-Erdem-Özbek'e göre<sup>(72)</sup> TCK 168 (MTCK 523) de yazılı indirimden diğerleri yararlanamaz.

İade yada tazminatın sadece bir defa yapılacağı, elini diğerlerinden çabuk tutanın bu indirimden yararlanırken geç kalan diğer suçta katılanlara bu yolu kapatmak doğru olmamalıdır. Yargıtay eski kararlarında aktarılan görüşleri benimsemiş olsa bile bu görüşünü isabetli olarak değiştirmiş, suçta katılanlardan birinin malı iade yada tazmin etmesi halinde diğerlerinin de TCK 168. (MTCK 523) maddede yazılı indirimden yararlanacağını kabul etmiştir<sup>(73)</sup>.

Suçta katılanlardan birinin ölmesi halinde kamu davası TCK 64. maddeye göre ortadan kalkacaktır. Ancak bu durum açıktır ki sadece ölene ait bir durumdur. Diğerleri yönünden davaya devam edilir<sup>(74)</sup>.

## **2) CEZAYI ARTIRAN SEBEPLER**

Kanunumuz, MTCK 66-67. maddelerde düzenlenen cezayı artıran nedenlerle ilgili herhangi bir düzenleme yapmamıştır. Sorunu yine kusur sorumluluğu içinde çözmek gerekmektedir. Mülga kanunun sistematiğine bağlı kalarak kusur sorumluluğu çerçevesinde şunları söylemek mümkündür.

(68) Selçuk Sami CGK 27.04.1999 6-82/81 tarihli karar karşılığı, Önder s. 797. Fransız Ceza Hukuku, zamanaşımının kesilmesi konusunda bizdeki sistemi benimsemesine rağmen failler arasında fer'i ve asli fail ayırımı yapmaz. Şeriklere aynı ceza verilir. Bkz Taner s. 519, Vidal-Magnol s. 427

(69) Bkz Erem-Danışman-Artuk s. 376 ; Centel-Zafer-Çakmut 481

(70) Aynı yönde Taner s. 544, Öztürk-Erdem-Özbek s. 311

(71) Dönmezer Erman Kişilere ve Mala Karşı Cürümler s. 91 (Nakleden Kaymaz Seydi -Gökcan Hasan Tahsin ; Uygulamada Sulh Ceza Davaları, Ankara Baskı Tarihsiz, Seçkin yay s. 420)

(72) Öztürk-Erdem-Özbek s. 311

(73) Kaymaz-Gökcan s. 420, 6. CD 30.10.1992 5820/6889 (aynı yerde)

(74) Dönmezer-Erman 3/261, Önder s. 740

*A) Cezayı artıran şahsi sebepler*

Cezayı artıran şahsi sebepler, failin şahsından kaynaklanan sebeplerdir. Usul-fürü, karı-koca gibi. Cezayı artıran şahsi sebeplerin suça katılanlara sirayeti için diğerlerinde bunun bilinmesi gerekir. Aksi taktirde suça katılanlar bu ağırlatıcı nedenden sorumlu tutulamazlar. Şahsi ağırlatıcı nedenin failde yada yardım edende olması önemli değildir

Suçun unsuru olan (memurluk gibi) şahsi sebepler şiddet nedeni olmadığından suça katılanlara sirayet etmez<sup>(75)</sup>.

Cezayı artıran şahsi sebeplerin bilinmesi (vukuf) zamanı, en geç iştirak iradesinin oluşma zamanıdır<sup>(76)</sup>.

*B) Cezayı arttıran fiili sebepler*

Cezayı artıran fiili sebepler, fiilden kaynaklanan sebeplerdir. Fiilin gece, silahla, cebirle, tehditle, hileyle işlenmesi gibi. Bilme şartı burada da geçerlidir. Fiili ağırlatıcı sebeplerden birinin suça katılanlardan birinde bulunması yeterlidir. Suça katılanın fail yada yardım eden olması önemli değildir<sup>(77)</sup>.

Cezayı arttıran fiili sebepleri bilme anı, cezayı artıran şahsi sebeplerden farklı olarak en geç fiilin işlenme zamanıdır<sup>(78)</sup>.

**VII- GÖNÜLLÜ VAZGEÇME**

Kanunun 41. maddesine göre sadece gönüllü vazgeçen suça katılan gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır.

41/2-b bendine göre gönüllü vazgeçen suça katılan, suçun işlenmesine engel olmaya çalışmakta, bunun içi bütün gayretini ortaya koymaktadır. Suç, bu gayrete rağmen işlenmiştir. Suça katılan bu kişi yönünden gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanacaktır. Fıkranın (b) bendinde geçen "bütün gayret" ibaresi objektif ölçülere göre değerlendirilmelidir.

41/2-a bendinde yer alan "**işlenmemiş**" ibaresi, "**işlenememiş**" olarak kabul edilmelidir. "İşlenmemiş" ile "işlenememiş" ibareleri arasında bilinçli irade farkı vardır. Kanunda "başka bir sebeple" denildiğine göre irade dışında suçun işlenememiş olduğu kabul edilmelidir. Bahsedilen anlayış, iştirak anlayışına da uygundur. Bu kabule göre ; gönüllü vazgeçen suça katılan, (b) bendinden farklı olarak objektif ölçütlere göre "**bütün gayreti**"ni sarf etmeden suçu engellemeye çalışmış bunda başarılı olamamış, ancak suça katılanlar başka bir sebepten dolayı suçu işleyememiştir.

Her halükarda gönüllü vazgeçenin, vazgeçtiği ana kadarki eylemi ceza hukuku açısından değer-

(75) Erem-Danişman-Artuk s. 411

(76) Önder s. 472 ; Dönmezer-Erman 2/577 ; Taner s. 547 ; Öztürk-Erdem-Özbek s. 309 ; Özbek s. 420

(77) Önder s. 472 ; Dönmezer-Erman 2/580

(78) Özbek s. 420

lendirilecektir. Sadece suçtan gönüllü vazgeçilmiş olması, şahsi cezasızlık için yeterli değildir. Gönüllü vazgeçme, gerçekleştirilen eylem açısından değil, gerçekleştirilmek istenilen eylem açısından şahsi cezasızlık nedenidir. Buna göre gönüllü vazgeçme anına kadar yapılan eylemler bir suç teşkil ediyorsa, gönüllü vazgeçme olsa dahi o suçtan sorumlu olunacağı açıktır<sup>(79)</sup>.

### 1) Failin gönüllü vazgeçmesi

Failin gönüllü vazgeçmesi halinde 41. maddeye göre sadece gönüllü vazgeçen madde hükümlerinden yararlanır. Failin gönüllü vazgeçmesi nedeniyle suç katılanların yada diğer müşterek failin fiilleri ayrıca suç teşkil etmiyorsa, dolaylı bir sirayet söz konusu olacaktır.

### 2) Azmettirenin gönüllü vazgeçmesi

Azmettirenin cezalandırılması için azmettirilenin en azından suçun icra hareketine başlamış olması gerekir. Centel-Zafer-Çakmut'a göre azmettirenin sorumluluktan kurtulması için azmettirdiği kişiyi suçun icra hareketlerine başlandıktan alıkoyması, failde suç işleme adına oluşturduğu fikirden caydırması gerekmektedir. Özbek'e göre azmettiren buna muvaffak olmazsa suçu işlenmeden önce yetkili mercilere haber vermelidir<sup>(80)</sup>.

### 3) Yardım edenin gönüllü vazgeçmesi

Yardım edenin kendisini sorumluluktan kurtaracak etki doğurması için failin icra hareketlerine başlamasını engellemesi<sup>(81)</sup>, hareketinin illi değerini ortadan kaldırması gerekir<sup>(82)</sup>.

## VIII- İŞTİRAKE BAĞLI SORUNLAR

### 1) Çok failli suçlar ve İştirak

Yukarıda iştirakin tanımını yaparken "... bir kişi tarafından işlenebilen..." demiştik. Bazı suç tipleri vardır ki tek fail tarafından yapılması mümkün değildir. Kanunun, zorunlu olarak suçun unsurunda birden fazla faile yer verdiği, eylemin tipe uygun olabilmesi için ancak birden fazla kimselerin fail olarak bulunmasının zorunlu olduğu suçlara çok failli suçlar denir<sup>(83)</sup>.

Ceza hukuku bu gün geldiği noktada bu suçların iştirak halinde işlenmiş olmadığını kabul etmektedir. Bu nedenle çok failli suçlar "zorunlu iştirak" adıyla da anılmaktadır. Çok failli suçlarda kanun koyucu faillerin her biri hakkında farklı düzenlemeler yapabilir. Reşit olmayanla cinsel ilişki, tefecilik suçlarında olduğu gibi faillerden birini cezalandırmayabilir<sup>(84)</sup>. Bu, kanun koyucunun suç ve ceza politikası açısından tercihidir.

(79) Özbek s. 453

(80) Özbek s. 453

(81) Centel-Zafer-Çakmut s. 481 ; Özbek s.

(82) Özbek s. 453

(83) Öztürk-Erdem-Özbek s. 294 ; Özgenç s. 492 ; Erdem s. 204 ; Artuk-Gökçen-Yenidünya s. 783

(84) Önder s. 457

*Erem-Danışman-Artuk'a göre*<sup>(85)</sup>, çok failli suçlarda, suçun unsuru yada şiddet nedeninde birleşen kişiler hakkında iştirak hükümleri uygulanmaz. Çok failli suçun failleri, ayrı ayrı kendi fillerinden sorumludur. Başka bir deyişle birden fazla fail aynı suçun faili değil, ayrı suçun failleridir. Bu açıdan çok failli suçlara yardım eden ve azmettiren sıfatıyla katılmak mümkündür<sup>(86)</sup>.

## **2) Mütemadi Suçlar ve İştirak**

Mütemadi suçta, suçun başlama anından önce iştirakin her çeşidi mümkündür. Mütemadi suçta, suçun başlama anından sonra yardım eden olarak iştirak mümkün olabilir. Ancak azmettirme şeklinde iştirak mümkün değildir<sup>(87)</sup>.

## **3) Müteselsil Suçlar ve İştirak**

Zincirleme suç, birbirinden bağımsız birden fazla suçun aynı suç işleme kararıyla değişik zamanlarda işlenmesidir. Zincirleme suçta, her biri ayrı kasıtlı, aynı suç işleme kararı altında işlenmiş birden fazla suç vardır. Zincirin halkalarını oluşturan her bir suç diğerinden bağımsız olduğuna göre zincirleme suçun her aşamasında kural olarak iştirak mümkündür. Ancak

zincirleme suçta fail, birden fazla bağımsız suçu aynı suç işleme kararı altında yaptığı plan gereği icra ettiği için zaten var olan suç işleme kararı nedeniyle azmettirme, yardım etme kapsamında teşvik etme, suç işleme kararını kuvvetlendirme mümkün olmaz.

Failin teselsülün hangi evresinde eyleme iştirak ettiği af kanunu, zamanaşımı, suçun mağdurunun değişmesi halinde şikayet, maddi-manevi tazminat vs yönünden önem taşımaktadır.

## **4) Taksirli suçlar ve İştirak**

Dönmezer-Erman'a göre birden fazla fail taksirli hareketleri ile bir suçun oluşumuna sebebiyet vermişlerse "**taksirli hareketlerin içtimaidan**" söz edilir, taksire iştiraktan değil. Bu açıdan taksirli suçları birlikte işlemek mümkünse de taksirli suçlara iştirak mümkün değildir<sup>(88)</sup>.

Önder'e göre kasten işlenen suçlara taksirle iştirak mümkün değildir. Taksirli suçta kasten iştirak ihtimalinde ise artık iştirak kurumu içinden çıkılıp dolayısıyla faililik alanına girilir. Taksirli suçta taksirle iştirakte mümkün değildir.

*Erem-Danışman-Artuk'a göre* taksirli suçta iştirakin mümkün olmadığı söylenemez. Taksirli suçta

(85) Bu yazarlar çok failli suçlara "toplular" adını vermektedir.

(86) *Erem-Danışman-Artuk s. 379. Yazarlar, çok failli suçlara fer'i olarak katılmayı mümkün görmekte birlikte asli maddi ve manevi iştirakin olup olmadığı konusunda net bir şey söylememektedirler. Ancak, "iştirak hükümleri bir kişi tarafından işlenebileceği gibi birden çok kişiler tarafından da işlenebilecek olan suçlar hakkında uygulanır" demekteler ; "...çok failli suçlara iştirakin söz konusu olabilmesi için, bu suçlar yönünden zorunlu olan faillerin dışında bir veya daha çok kişiye ihtiyaç bulunmaktadır... Artuk-Gökçen-Yenidünya s. 786"*

(87) Aynı yönde *Erem-Danışman-Artuk s. 379*

(88) *Dönmezer-Erman 2/ 534 ; ayrıca Bkz Önder s. 448 ; Özgenç s. 521*

iradelerin birleşmeyeceğini kabul edenlerin görüşleri, bu yazarlara göre kuramsaldır ve taksirli suçta iştiraki kabul edenlerin fikirleri diğerlerine göre daha yerindedir<sup>(89)</sup>.

Öztürk-Erdem-Özbek'e göre taksirle işlenen suçlara işbirliği yoluyla iştirak mümkündür. Bu yazarlara göre (A) ve (B) nin bir ağacı testere ile kesmesi, (C) nin de ağaca urganla asılıp (D) nin kafasına düşürmesi, taksirle iştirake örnektir<sup>(90)</sup>.

Taksirli suçta iştirakin mümkün olup olmadığı, iştirakte kast iradesinin açıklığa kavuşturulması ile mümkün olacaktır. Öztürk-Erdem-Özbek iştirak iradesini, taksirli suçlarda iştirakin varlığını kabullerine göre çelişki doğurmayacak şekilde, şeriğin suçu bir başkası ile işlediğini bilmesi ve bunu istemesidir. Ancak bilinen ve istenen suç değil işbirliğidir<sup>(91)</sup> şeklinde açıklamaktadır. Ancak suçta bilinçli katılma ile işbirliğine katılmanın bir arada bulunması, suçun varlığı ile yokluğu kadar birbirine zıttır. **"İşbirliğine katılma"** suçta katılma kastı manasındadır. Taksirli suçlarda ise suçta katılma kastının olmadığı izahattan varestedir.

Görüşlerini kabul etmesek de Öztürk-Erdem-Özbek tutarlılık sergilemektedir. Aynı tutarlılığı Erem-Danışman-Artuk'da bulmak mümkün

değildir. Erem-Danışman-Artuk'a göre iştirak iradesi konusunda "her halde failin, başkasının katıldığını bilmesi ve bunu istemiş olması lazımdır. İstenmemiş olan sonucun meydana gelmesinde failin tesadüfi olarak fillerinin birleşmiş olması iştirake yeterli değildir. Hata sonucunda işlenmiş suçta sonuç iradi olmadığından böyle bir suç hakkında iradenin birleşmesi halinden söz edilemez. Hata sonucunda işlenmiş suçlarda ceza kanununun aradığı şartlara uygun bir kusur mevcut ise taksirli suçtan dolayı ve her fail kendi fiilinden sorumlu tutulur<sup>(92)</sup>" demek suretiyle aslında taksirli suçta iştirakin mümkün olmadığını belirtmektedir.

İştiraktan söz edebilmek için failerin meydana getirecekleri sonuçta karar birliğine varmaları gerekir. İştirak için bilinçli olarak suçta yer almak iradesi vardır. Taksirde ise harekette iştirak varsa da suçta iştirak yoktur. Bu nedenle taksirli suçta iştirak olamaz. Yeni kanunumuza göre de taksirli suçlara iştirakden bahsetmek mümkün değildir<sup>(93)</sup>.

Yargıtay, iştirak konusundaki tanımlarında failer arasında görev taksimi<sup>(94)</sup>, iş birliği<sup>(95)</sup>, anlaşma<sup>(96)</sup> gibi iştirakte taksiri dışlayan tabirler kullanmaktadır. Türk ceza hukukunun doktrininde tartışma olsa

(89) Erem-Danışman-Artuk s. 368

(90) Öztürk-Erdem-Özbek s. 295 ; aynı yönde Taner s. 526

(91) Öztürk-Erdem-Özbek s. 297

(92) Erem-Danışman-Artuk s. 365

(93) Artuk-Gökçen-Yenidünya s. 798

(94) CGK 13.05.1997 6-64/110

(95) CGK 12.03.1996 1-25/35

(96) CGK 19.12.1994 1-320/347

bile Yargıtay<sup>(97)</sup> taksirli suçta iştirak olamayacağı görüşündedir.

### **5) Kabahat Sayılan Eylemlerde İştirak**

Kabahat nevinden eylemlere iştirak mümkündür. 5326 sayılı KK'nun 14. maddesinde idari yaptırım gerektiren eylemlere iştirak düzenlenmiştir.

Kabahatler hukuku açısından idari yaptırım gerektiren eyleme katılan her kişi, katılımlarının derecesine bakılmaksızın ayrı ayrı idari para cezası ile cezalandırılır. Kabahatler hakkında kusur değil, objektif sorumluluk esası benimsenmiştir.

İştirak, kasten işlenen kabahatlerde uygulanır. KK'nun, 14/3. fıkranın ilk cümlesiyle taksirde iştirak kuralının olmayacağını kabul etmiştir.

İştirak eden kişilerden biri ya da birkaçı için geçerli olan şahsi<sup>(98)</sup> yada fiili<sup>(99)</sup> sorumsuzluk hali, diğer şeriklere sirayet etmeyecektir<sup>(100)</sup>.

### **6) Teşebbüs ve İştirak**

Dönmezer-Erman'a göre teşebbüs ile iştirak birleşerek "iştirake teşebbüs" gibi bir kavrama ceza hukukunda yer verilemez. Çünkü teşebbüs ancak belirli bir suça yö-

nelen icra hareketlerinin yapılması ile ortaya çıkar. İştirak ise başlı başına bir suç olmayıp suçun işleniş şeklidir<sup>(101)</sup>. Bu husus CGK 14.10.1991 tarih ve 1-193/269 sayılı kararında, "sadece iştirak kastının bulunması, ortakların sorumlu tutulması için yeterli değildir" şeklinde açıklanmıştır.

Teşebbüs aşamasında kalan suçlara iştirak ise mümkündür. Kanunlar istisnaları saklı kalmak kaydıyla suçu tamamlanmış kabul ederek cezai hükümler sevk etmiş, suçun tamamlanmadığı durumlarda ise faili tamamlanmış suç failine göre daha az sorumlu tutmuştur. Tamamlanmamış suç da tamamlanmış suç gibi cezalandırıldığına göre teşebbüs halinde iştirak hükümlerinin uygulanmasına engel yoktur<sup>(102)</sup>.

Azmettirmeye teşebbüs ve teşebbüse azmettirme mümkün değildir. Mümkün olsa bile bu durum ceza hukuku dışındadır<sup>(103)</sup>.

### **7) İhmal ve İştirak**

Bir kişinin ihmali bir suçun icrasını kolaylaştırırsa bile ihmalde bulunan kişide iştirak iradesinin olduğu söylenemez. Aksi halde ihmal sayılan eylem, icra hareketi olacaktır. İştirak iradesi ile ihmal

(97) 4. CD 04.06.1952 6521/6074 ; "...İştirak ancak kasıtlı suçlarda kabil olacağı gözetilmeden tedbirsizlikle ölüme sebebiyet gibi kasıtsız suçta diğer sanığın yardımcı olarak cezalandırılması kanuna aykırıdır." 5. CD 11.12.1972, 3756/4189 Nakleden Bardak s. 427 ; "... tedbirsizlik ve dikkatsizlikle işlenen suçlarda fer'i iştirak olamayacağından....3. CD 24.01.2001 15156/294"

(98) Kanununun 11. maddesinde sayılan yaş küçüklüğü yada akıl hastalığı gibi

(99) Kanununun 10. maddesinde gösterilen hata gibi.

(100) Bkz Otacı Cengiz Türk Kabahatler Hukuku, Ankara 2005 s. 37

(101) Dönmezer-Erman 2/512. Karşı görüşler için Bkz Erem-Danışman-Artuk s. 374

(102) Aynı yönde Erem-Danışman-Artuk s. 375; Önder s. 448; Taner s. 525; Öztürk-Erdem-Özbek s. 298; Bardak s. 424

(103) Bkz Taner s. 532

kanaatimizce bir arada bulunamaz<sup>(104)</sup>. Öztürk-Erdem-Özbek, suça engel olmak yükümlülüğü bulunup da buna engel olmayan kişinin bu hareketsizliğinden bir iştirak iradesinin varlığını çıkarmak mümkünse suça katılan sıfatı ile cezalandırılacağı, aksi durumda suça katılan olmayacağı, sorumluluğunun hukuki olacağı görüşündedir<sup>(105)</sup>.

### **8) Hedefte hata ve iştirak**

İştirak halinde suç işleyen failerin hedefte yanılmaları mümkündür. Hedefte hata iştirakin varlığına engel değildir. (A) ve (B) nin iştirak halinde (C) yi öldürecekleri yerde yanlışlıkla (D) yi öldürmeleri örneğinde olduğu gibi. Bu durumda sorun TCK 30. (MTCK 52) maddesi kapsamında çözülecektir<sup>(106)</sup>.

### **9) Kastı aşan suçlar ve iştirak**

MTCK, objektif sorumluluğu kabul etmişti. Bunun için aynı nitelikte olan suçun ağırlaştırılmış şeklinde eski kanunumuz ya netice sorumluluğunu kabul ya da uygun iliyet bağımlı arıyordu. Eski kanunumuzun bu kabulüne göre netice sebebiyle ağırlaştırılmış suçu işleyen failin fiilinden diğer katılanları sorumlu tutmamak, kanunun sistematığına ters olurdu. Son tahlilde eski kanuna göre Önder, suça katılanların, failin hareketinin ağırlaştırılan neticesinden sorumlu olduğu<sup>(107)</sup> görüşündeydi.

TCK, objektif sorumluluğu kabul etmemiştir. TCK 23. maddeye göre fail, kastettiğinden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermişse, meydana gelen neticeden sorumlu tutulabilmesi için en azından taksirle hareket etmesi gerekir. Kanun, fail için böyle bir şart aradığına göre suça katılanlar açısından sorunu ikiye ayrılarak incelemek gerekmektedir.

a) TCK 37/1. fıkrasında belirtildiği gibi, suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren, dolayısıyla fiilde hakimiyeti olan birden fazla fail varsa ve failerin meydana gelen neticede en azından taksirli sorumluluğundan söz edilebiliyorsa failer, meydana gelen neticeden sorumlu olacaktır.

b) İştirak iradesi dışında, suça katılanlardan biri bir suç işlerse, diğer katılanların meydana gelen neticede taksirli hareketi yoksa, bunlar meydana gelen neticeden sorumlu olmayacaktır.

Yargıtay, kastı aşan adam öldürme suçunda, öldürmeyi tevlit eden fiilde faile (asli fail) yardım eden suça katılanın, fiilen meydana gelen neticeyi öngöremeyeceği gerekçesiyle ölümle biten kavgaya el uzatmak olarak kabul etmişti<sup>(108)</sup>.

### **10) Mahsus (Özgü) suçlar ve iştirak**

Mahsus (özü) suç, kısaca sadece belirli bir sıfat taşıyan (özel fa-

(104) Krş Dönmezer-Erman 2/504 ; Bkz Özgenç s. 521

(105) Öztürk-Erdem-Özbek s. 298

(106) Önder s. 452

(107) Önder s. 451

(108) CGK 11.11.1985 1-474/551 ; 1. CD 28.02.1991 3131/542

illik) kişinin işleyebileceği suçtur. Memurların yada asker kişinin işleyebileceği suçlar gibi. Bu sıfatı taşıyan ve taşımayan kişilerin iştirak ederek mahsus suç işlemeleri mümkündür. Kanunumuz mahsus (özgü) suçlar için, kusur ilkesinden ayrılmıştır. Kanun 40/2 maddesine göre ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur.

Suçta katılanlardan birinin farklı yargılama usulüne tabi olması hali aşağıda ele alınacaktır.

### **11) İştirakte içtima**

Suçta katılanın aynı suçta iştirakin değişik derecelerini yapması, mesela hem azmettiren hem de yardım eden olması yada müşterek fail ve yardım eden olması mümkündür. Bu durumda sorumluluk statüsü, iştirakin en ağır cezayı gerektiren haline göre belirlenir<sup>(109)</sup>.

## **IX- İŞTİRAKE BAĞLI USUL SORUNLARI**

### **1) TANIKLIKTAN VAZGEÇME**

İştirak halinde işlenen suçlarda, şeriklerden birisine nispetle tanıklıktan çekinme hakkı olan kişinin, diğer şerik aleyhine bu hakkının olup olmayacağı hukukumuzda pek tartışılmamıştır. Düşüncemize göre iştirak halinde işlenen suçlarda sanıklardan birisi için tanıklıktan çekinme hakkı olanın bu hakkını kullanması, suçun bölüne-

memesi, eylemde maddi birlik olması durumunda diğer sanıklar lehine de kabul edilmelidir. Aksi durumda diğer sanıklar yönünden tanıklıktan çekinme hali kabul edilemez. Ancak bu durumda alınan tanık beyanı, kendisine nispetle çekinme hakkı olan sanık aleyhine delil olarak kullanılamaz.

Tanıklıktan çekinen kişinin yakını olan sanığın cezalandırılması ihtimalinin kalktığı durumlarda (sanığın ölmesi, beraat etmesi, suçun zamanaşımına uğraması vs) tanığın tanıklıktan çekinme hakkı da kalkacağı için<sup>(110)</sup> gerek eylemde maddi birlik olması gerekse eylemin bölünmemesi halinde tanıklık etmek zorunlu hale gelecek, tanıklıktan çekinmeyi gerektiren şartlar ortadan kalkmıştır. Yargılamanın önceki aşamasında tanıklıktan çekinilmiş olması halinde tanığın yeniden dinlenmesi gerekir.

### **2) SANIKLARIN SAVUNMALARININ DİĞERİNE SORULMASI**

Ceza usul kanunumuz, maddi gerçeğin duruşmada ilgililerin tartışması sonucunda bulunmasını kabul etmiştir. Uygulamada pek bilinmese ve uygulanmasa da birden fazla sanık varsa bu sanıkların her birinin savunmasına karşı diğer sanıktan bir diyeceği olup olmadığı sorulmalı, varsa karşı savunması alınmalıdır. (CMK 215) İştirak halinde işlenen suçlarda bu uygulama, suçun sübutunun tespiti, failerin ve katılanların hukuki statü-

(109) "... aynı kişinin azmettirme ile suçta asli fail olarak iştiraki halinde her iki şekilde cezalandırılmaz. Yalnızca en ağır olan azmettirmekten cezalandırılır..." CGK 07.03.1988 590/172

(110) Otacı Cengiz, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklıktan Çekinme Hakkı Adalet Dergisi sy 6 s 59.

lerinin belirlenmesi açısından daha da önemli olmaktadır.

Sanıklardan birinin savunması (yada tanık ifadeleri, dosyaya gelen diğer belgeler vs), daha önceki celselerde alınmış ise, sanığa evvelki celsede verilmiş olan ifadeyi okunup diyeceği sorulmalıdır<sup>(111)</sup>.

### **3) ÇIKAR ÇATIŞMASINDA ŞERİKLERİ AYNI MÜDAFİİN SAVUNMASI**

İster iştirak halinde isterse bireysel işlenmiş olsun sanık çokluğunda, sanıklar arasında çıkar çatışması varsa, bu sanıkları bir vekil yada müdafii temsil edemez (CMUK 152). Her sanık için ayrı vekil yada müdafii olmalıdır<sup>(112)</sup>. Mahkemenin bu hususu re'sen gözetmesi gerekir.

### **4) DAVALARIN BİRLEŞTİRİLMESİ**

Suçta katılanlar hakkında ayrı yer mahkemelerinde veya aynı yerde bile olsa farklı mahkemelerde dava açılması halinde davalar birleştirilmelidir. Davalardan birisi üst dereceli mahkemede açılmış ise birleştirme üst dereceli mahkemede yapılır ve şerikler için üst dereceli mahkemenin yargılama usulü uygulanır. (CMUK 8-11)

Davanın bileştirilmesi gerekli ise, birleştirilecek davanın görüldüğü mahkemeye birleştirme teklif edilmesi, birleştirme konusunda görüşünün sorulması yargılama ekonomisi açısından faydalı ola-

caktır. Aksi halde davaları birleştirerek yargıda birlik ve ekonomi uygulanmak isterken davanın gereksiz yere uzaması sonucu ile karşılaşmak mümkündür.

### **5) SUÇTA KATILANLARDAN BİRİNİN FARKLI YARGILAMA USULÜNE TABİ OLMASI**

Suçta katılanlardan biri memur, hakim/C. savcısı, bakan, milletvekili, asker kişi vs gibi diğerlerinden farklı bir yargılama usulüne tabi kişi olabilir.

Şeriklerden birisi memur ise 4 Şubat 1329 tarihli Memurun Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkatını yürürlükten kaldıran 4483 sayılı "Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun"un 10. maddesi, 4483 sayılı yasa hükümlerine tabi olanların ve olmayanların iştirak halinde suç işlemeleri ihtimalini açıkça düzenlemiştir. Maddeye göre suçta katılanlardan birisi 4483 sayılı yasaya tabi ise, memur olmayan diğer suçta katılan memurun yargılandığı mahkemede yargılanacaktır. Suçta katılanlar ast ve üst ilişkisi içinde bulunan memurlarsa ast dereceli memur, üst dereceli memurun yargılandığı mahkemede yargılanacaktır. Aynı kanunun 3. maddesine göre ast dereceli memur için de soruşturma izni üst dereceli memurun bağlı olduğu merciden istenecektir.

(111) "... yokluğunda dinlenen tanık anlatımlarına karşı sanıktan ne diyeceğinin sorulmaması..." 4 CD 03.07.1997 6183/6126, "... keşif tutanağı ve bilirkişi raporlarının okunup sorulmaması..." 2 CD 11.04.1995 3530/4634

(112) "...aralarında çıkar çatışması olan sanıklar... 4. CD 2.10.1995 5209/6199"; "... menfaatleri çatışan her iki sanığın savunmasının aynı müdafiiye yaptırılması ... 2. CD 12.2.1998 401/1216"

Yargılama usulü açısından suçta katılan her kişi için ayrı değerlendirme yapılacaktır. Memur ile memur olmayan iştirak halinde suç işlese memur için 4483 sayılı yasa hükümlerine göre soruşturma yapılırken memur olmayan hakkında genel hükümlere göre soruşturma yapılacaktır. Davaların birlikte açılmasında fayda vardır<sup>(113)</sup>. Davaların ayrı ayrı açılması uygulamada çok sorun çıkarmaktadır. Davalar ayrı açılmış olsa bile mutlaka birleştirilmelidir. 4483 sayılı yasanın 10. maddesinde yer alan “aynı mahkemede” ibaresi “aynı dosyada” şeklinde anlaşılmalıdır<sup>(114)</sup>.

Dava açıldıktan sonra suçta katılanlardan birisinin memur olduğu anlaşılırsa, CMK 223/8 maddesine göre soruşturmanın veya kovuşturmanın yapılması şarta bağlı tutulduğu ve şartın henüz gerçekleşmemesi nedeniyle gerçekleşmesini beklemek üzere, durma kararı verilmelidir. Bu karara itiraz edilebilir. İdarenin kararına göre soruşturma izni verilmemişse dava CMK 223/8 maddesi gereğince düşürülür. Soruşturmaya izin verilirse yargılamaya devam edilir.

Şeriklerden birisi asker kişi ise yargılamaya askeri mahkemede mi bakılacağı yoksa adli mahkemede mi bakılacağı konusuna girmeden önce asker kişi, askeri suç, askeri

mahkemelerin yetkisi sorunlarına değinilmesi gerekmektedir.

Asker kişi : 353 sayılı “Askeri Mahkemeler Kuruluş ve Yargılama Kanunu”nun (AsMKYUK)10. maddesi kimlerin 353 sayılı yasa bakımından asker kişi sayılacağını düzenlemiştir. Bu konuda tereddüt yoktur.

Askeri suç : Askeri cürüm, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanununun 1/2 maddesinde “bu kanunun ölüm, hapis ve ağır hapis cezasıyla cezalandırdığı suçlar, askeri cürümlerdir” diyerek askeri cürümü tarif etmiştir. Erman’ın haklı olarak belirttiği gibi Askeri Ceza Kanununda yer alan bazı suçlar için TCK’ya atıflar yapılmıştır. Atıf yapılan suçlar içinde para cezası gerektiren suçlarda vardır. (AsCK 58. maddesi TCK 155 maddeye atıf yapmaktadır)<sup>(115)</sup>.

Erman’a göre askeri suç, Milli savunmayı sağlamak ve korumak, askerlik hizmetinin aksamadan yerine getirilmesini temin etmek, maksadı ile, yani askeri bir menfaati korumak gayesi ile kabul edilmiş olan kanunlarda yer alan bütün suçlar askeri suçlardır. Bu tarife göre yalnız AsCK’da yer alan suçlar değil, fakat askeri bir menfaati korumak maksadıyla konulmuş olan diğer kanunlardaki suçlar da askeri suç niteliğindedir<sup>(116)</sup>.

(113) “... İl Müdürlüğünde işçi statüsünde çalışan sanıkların, aynı yerde memur olarak çalışan diğer sanıklarla birlikte özensizlik ve önemsizlik sonucu ambarda yangına neden olma suçundan yargılanmaları, -işçi sanıklar hakkında MMHK. hükümleri uygulanamayacağından- genel hükümlere göre ancak memur sanıkların tabi olduğu mahkemede memur sanıklarla birlikte yapılmalıdır. CGK. 22.6.1999 YYB-162167 YKD. KASIM 1999...”

(114) Çetin Erol, Ceza Hukukunda ve Özel Yasalarda Memur, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanma Usulü ve Memur Suçları, Ankara 2000 s. 473

(115) Bkz Erman Sahir Askeri Ceza Kanunu, Umumi Kısım ve Usul İstanbul 1983 s. 141 vd ;

(116) Erman s. 148

Bir başka tarife göre askeri suç “unsurları ve cezaları AsCK’da gösterilen suçlar ile unsur ve cezaları itibariyle AsCK’nın TCK’ya atıfta bulunduğu suçlar, askeri suçlardır, bunların dışında kalan suçlar askeri suç değildir<sup>(117)</sup>”

Uyuşmazlık mahkemesine göre askeri suç ;

a) Unsurları ve cezaların tamamı askeri ceza kanununda yazılı olan, başka bir anlatımla askeri ceza kanunu dışında iç bir ceza yasası ile cezalandırılmayan suçlar

b) Unsurları kısmen askeri ceza kanununda kısmen diğer ceza yasalarında gösterilen suçlar

c) TCK’ya atıf suretiyle askeri suç haline dönüştürülen suçlardır<sup>(118)</sup>

Erman’ın tanımı oldukça geniştir ve bize kabulü mümkün değildir. Bize göre askeri suç, “Gerek AsCK’da düzenlenmiş olsun gerekse AsCK’nın TCK’ya atıfta bulunduğu suçlarda olsun, suçun niteliği, koruduğu değer, doğrudan askerlik hizmeti ile ilgili ise bu sırf suç askeri suçtur.

CGK, AsCK 1. madesinde sayılan suçları ve AsCK’nın TCK’ya atıf yaptığı suçları askeri suç olarak

Kabul etmektedir. CGK’ya göre suçun bizzat AsCK’da düzenlenmemesi, düzenlendiği kanuna atıf yapılması o suçun askeri suç sayılmamasına mani olmadığı gibi suçun mağdurunun sivil kişi olması da bu niteliğini değiştirmez. Bu nedenle askeri bir menfati korumak gayesiyle kabul edilmiş kanunlarda yer almış bütün suçlar askeri suçlardır<sup>(119)</sup>.

Askeri mahkemenin yargılama yetkisi : Burada askeri mahkemelelerin genel yargı yetkisine değil, konumuzla ilgili olarak asker kişinin sivil kişi ile iştirak halinde suç işlemesi durumunda yargılamanın hangi mahkemede yapılacağına ilişkin açıklamalar yapacağız. Kural olarak askeri mahkemeler asker kişileri yargılar. 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluş ve Yargılama Kanunu’nun 12 maddesine göre asker kişi ile sivil kişi iştirak halinde askeri suç işlerlerse davaya askeri mahkemede bakılır. Suç, askeri suç olduğundan suça katılanlar hakkında askeri ceza kanunu uygulanır<sup>(120)</sup>.

353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluş ve Yargılama Kanununun” 12 ve 18. maddelerine göre, suç askeri ceza kanununda yazılı bir suç<sup>(121)</sup>

(117) Erman s. 146

(118) Uyuşmazlık Mhk 24.12.2001 136/141

(119) CGK 19.12.1988 492/542

(120) Erman s. 90 ; “...asker kişiye rüşvet veren sivillerin de askeri mahkemede yargılanmaları gerekir... Uyuşmazlık Mhk 5.7.1996 25/25” ; “... rüşvet almak suçu askeri suç mahiyetinden bulunduğundan mahkemenin kabulü itibariyle (asker kişi) sanığa rüşvet verdikeli iddia edilen ve haklarında ... Ağır Ceza mahkemesinde dava açılan sivil sanıklar hakkında delillerin birlikte değerlendirilmesi için sivil sanıklar hakkındaki .... Ağır ceza mahkemesinden davanın görevsizlik kararı ile istenip davanın birlikte görülmesi gerektiği... As Yar 4. D 10.05.2000 189/323” : “... asker kişi sanık ile bu suça iştirak eden sivil sanıklar hakkında açılan kamu davasının 353 sayılı yasanın 9 ve 12 maddelerine göre askeri yargıda görülmesi gerektiği... As Yar 3. D 9.12.2003 1300/1298” ;

(121) AsMKYK 12. maddesinde belirtilen “Askeri Ceza Kanununda yazılı suç” deyimini askeri suç olarak anlaşılmalıdır.

ise yargılamaya askeri mahkemede, aksi durumda adli mahkemelerde bakılır<sup>(122)</sup>.

Askeri mahkemelerin yargılama yetkisi, suça katılanlardan birinin asker statüsünde olmasıyla doğrudan bağlantılıdır. Bu açıdan ayrıntılarına girmeden 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluş ve Yargılama Kanunu'nun 17. maddesindeki suçun askeri suç olmaması, askeri bir suça bağlı bulunmaması halinde askeri mahkemelerde yargılanmayı gerektiren ilginin kesileceğini, bu nedenle askeri mahkemenin yargılama yetkisinin kalmayacağını hatırlatmak gerekir<sup>(123)</sup>.

Yukarıda anlatılanlar barış halindeki suçlar içindir. 5.7.2006 tarihli ve 26219 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 5330 sayılı kanunla değişik Askeri Mahkemeler Kuruluş ve Yargılama Kanunu'nun 13. maddesi, ASCK'nda yazılı bazı suçları işleyen askerî mahkemelerin yargı yetkisine tâbi olmayan sivil kişilerin, ASCK hükümleri uygulanmak sureti ile adli yargı mahkemelerinde yargılanacağını düzenlemiştir. Bu düzenlemenin, asker kişi-sivil kişi iştiraki ile işlenen suçlar açısından 12 ve 18 maddelerle birlikte okunduğunda çelişki doğurduğu açıktır. Askeri Mahkemeler Kuruluş ve Yargılama Kanunu'nun 12. maddesine göre "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" ve madde bir istisna getirmemiştir. Askeri Mahkemeler Kuruluş ve Yargılama Kanunu'nun 5530 sayılı yasayla değişik 13. maddesine göre "Askeri 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, Askeri Ceza Kanunu hükümleri uygulanmak suretiyle yapılır". Maddeler arasındaki çelişkiyi, 13. maddenin 12 maddeyi açıklaması ve sınırlaması olarak anlamak mümkündür. Bu durumda 13 maddede yazılı suçları iştirak halinde işleyen asker ve sivil kişiler ayrı ayrı tabi oldukları askeri ve adli mahkemelerde yargılanmalıdır.

Savaş halinde asker kişi ile sivil kişinin iştirak halinde işlediği suçlara bakmakla askeri mahkemeler yetkilidir. (Askeri Mahkemeler Kuruluş ve Yargılama Kanunu'nun 12, 14/1-B)<sup>(124)</sup>

(122) "... Askeri ve Adli mahkemelere tabi kişilerin müşterek suç işlemeleri halinde eğer suç askeri suç değilse tüm sanıkların adli yargı yerinde yargılanmaları gerekir...Uyuşmazlık Mahkemesi 26.02.2001 1/1"; aynı yönde 11.6.2001 71/66

(123) "...disiplinsizlik nedeniyle TSK'dan ilişkisi kesilen snığa isnat edilen ... suç, askeri bir suç olmadığından askeri mahkemede yargılanmayı gerektiren ilgi kesilmiştir. As Yar DrI Krl 18.05.2000 104/103..."; "... yargılama sırasında emekli veya terhis edilerek asker kişi sıfatları ortadan kalkan sanıkların, .... Suçları, askeri bir suç olmayıp askeri bir suç ile irtibatı da bulunmadığından askeri mahkemede yargılanmayı gerektiren ilgi kesilmiştir. As Yar DI Krl 27.04.2000 95/91...";

(124) Erman s. 370

Suçta katılanlardan birinin 18 yaşından küçük (çocuk) olması halinde görevli mahkeme 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 17. maddesinde düzenlenmiştir. Çocukların yetişkinlerle birlikte suç işlemesi hâlinde, soruşturma ve kovuşturma kural olarak ayrı yürütülür. Bu hâlde de çocuklar hakkında gerekli tedbirler uygulanmakla beraber, mahkeme lüzum gördüğü takdirde çocuk hakkındaki yargılamayı genel mahkemedeki davanın sonucuna kadar bekletebilir. Davaların birlikte yürütülmesinin zorunlu görülmesi hâlinde, genel mahkemelerde, yargılamanın her aşamasında, mahkemelerin uygun bulması şartıyla birleştirme kararı verilebilir. Bu takdirde birleştirilen davalar genel mahkemelerde görülür.

Suçta katılanlardan biri 18 yaşından küçük diğeri asker kişi olursa mülga 2253 sayılı yasa 6. maddesinde olduğu gibi 5395 sayılı yasada istisna öngörülmemiştir. 5395 sayılı yasanın 17. maddesi genel mahkemelerden bahsettiğine göre askeri mahkemede davanın birleştirilmesi mümkün değildir. 5395 sayılı kanununun 17/1 fıkrasına göre yargılama ayrı yapılmalıdır. 5395 sayılı kanun sonraki kanun olduğundan çocuklar hakkında 353 sayılı yasanın 12 maddesinin uygulanamayacağı görüşündeyiz.

Suçta katılanlardan bakan yada anayasanın 148/3 maddesinde sayılan diğeri kişilerden ise, Anayasa Mahkemesi yüce divan sıfatıyla hukuki ve fiili irtibat nedeniyle tüm sanıkları yargılayabilir<sup>(125)</sup>. Anayasanın 148/3 maddesinde sayılan kişilerden olmayan suçta katılanın yüce divanda yargılanması, savunma hakkını kısıtlamaz. Çünkü anayasa mahkemesi yüce divan sıfatıyla baktığı davaları dosya üzerinden yürütmemez (An md 149/son). Yargılamada Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Teşkilat Kanunu ile CMK'daki hükümler göz önüne alınacaktır.

#### **6) YARGILAMA GİDERİ, MALİ SORUMLULUK<sup>(126)</sup>, BOZMA KARARININ ŞERİKLERE ETKİSİ**

Her suçta katılan, filinin maddi yada manevi zararından kendisi sorumludur. Özellikle manevi tazminatta, tazminat isteyen müdahilin hangi sanıktan hangi eylemi için ne kadar tazminat istediği açık olmalıdır<sup>(127)</sup>. Maddi ve manevi tazminat istekleri her suçta katılan için mahkemece ayrı ayrı göz önünde bulundurulacak, HUMK'a mesele çözülecektir.

İştirak halinde işlenen suçlar için CMK 326/2 maddesine göre yargılama giderlerinden suçta katılanlar ayrı ayrı sorumlu olurlar. CMK müsterek sorumluluğu kabul etmemiştir.

(125) Tıkveş Özkan, *Teorik ve Pratik Anayasa Hukuku İzmir 1982 s. 369 ; Dönmez-Erman 3/261*

(126) *Kaynak Österemesek de MTCK 38 maddenin TCK'da düzenlenmeyişi nedeniyle ceza yargılamasında maddi-manevi tazminat istenemeyeceği, bu taleplerin artık hukuk mahkemelerinde görülmesi gerektiği düşüncesi vardır. Biz bu görüşe katılmıyoruz. TCK 73/7 fıkranın son cümlesinde "...artık hukuk mahkemesinde de dava açamaz" ibaresi yer almaktadır. Özellikle tırnak içindeki ibarede yer alan "de" bağlacı görüşümüzü desteklemektedir. İkinci olarak ceza yargılaması içinde maddi-manevi tazminat istemeyi yasaklayan bir düzenleme yoktur. Yasaklanmamış şeyin yapılması mümkündür.*

(127) *Ayrıntılar için bkz Otacı (genel) s. 197 vd*

Yargılama gideri kararın kesinleşmesine kadar yapılan giderlerdir. İnfaz giderleri yargılama gideri sayılmaz. Bu nedenle infaz için yapılan masraflar her hükümlüden ayrı ayrı tahsil edilir.

Suçta katılanlardan birinin yargılama sona ermeden ölmesi halinde münhasıran bu sanığa isabet eden yargılama gideri hazine üstüne bırakılır.

CMK 306 (CMUK 325) maddeye göre, mahkeme tarafından verilen hüküm, sadece suçta katılanlardan biri tarafından temyiz edilse bile, lehe bozma kararının diğerlerine de uygulanma olasılığı varsa hüküm temyiz etmeyen diğer suçta katılanlara da sirayet edecek, onlar da kararı temyiz etmiş gibi bozma kararından istifade edeceklerdir. Hükmü temyiz etmeyen ancak lehe bozmadan CMK 306 (CMUK 325) madde gereğince istifade eden suçta katılan, bozma sonrası verilen yeni hükmü de temyiz edebilirler. Mahkemenin bozmayla karşı direnmesi halinde hükmü temyiz etmemiş olan sanıklar, direnme kararını temyiz edemeyecektir<sup>(128)</sup>. Selçuk, direnme kararı vermekle mahkemenin ilk karara yollama yapmakla yetinemeyeceğini, yeniden hüküm tesis etmek zorunda olduğunu, bozmayla ilk kararın tümüyle ortadan kalktığını, dolayısıyla hükmü

temyiz etmemiş olan sanık açısından da kararın bozulduğunu, bozulmakla ilk kararın ortadan kalktığını ve direnmeyle yine ilk kararın kesinleştiğini kabul etmenin çelişki olduğu, CMK 306 (CMUK 325) maddenin CMK 307 (CMUK 326) maddede yer alan aleyhe bozma yasağı gözetilerek kaleme alındığı görüşündedir<sup>(129)</sup>.

Mahkeme kararı, suçta katılanlardan biri temyiz ettiği halde CMK 306 maddedeki şartlara uygun olarak bozulsa, bozma kararında açıkça belirtilmiş olmasa bile diğerleri açısından da yeniden karar vermek gerekecektir. Hükmü temyiz etmeyen suçta katılanlar açısından karar kesinleştiğinden bahisle hüküm kurmamak, CMK 306. maddeye aykırı olacaktır<sup>(130)</sup>. CMK 306. maddede yazılı bozmanın sirayeti, kanundan kaynaklanmaktadır. Bozma kararında sirayetin yada sirayetten istifade edeceklerin açıkça belirtilmesi şart değildir<sup>(131)</sup>.

Yargıtay'ca görev yönünden bozmaların sirayet edip etmeyeceği tartışmalıdır. 5. CD'ne göre görev, kamu düzenine ilişkin olduğundan görevsizlik kararı da CMK 306 madde uygulamasında sanık lehine bozma sayılmaktadır<sup>(132)</sup>. CGK ise, görevsizliğe, sübut vasıtalarına, şahsi hakka ilişkin bozmalarda sirayet olanağı bulunmadığı kabul etmiştir<sup>(133)</sup>.

(128) "... Temyiz etmişesine faydalanmanın kabul edilmesi, bu kimselerin bozmadan sonra verilecek yeni son kararı da temyiz edebilmelerinin kabul olunması demektir. Bu görüş öğretilerinde (Kunter) ve CGK 12.04.1948 tarih ve 163/121 sayılı, 7.12.1987 tarih ve 322/588 sayılı kararlarıyla da benimsenmiştir... Bu itibarla bozma kararına uyulmadığı taktire bozmanın hükmü temyiz etmeyen sanığın direnme kararına karşı temyiz yasa yoluna başvurusu olanaksızdır.... CGK 12.11.1990 218/322"

(129) CGK 12.11.1990 218/322 sayılı kararına karşıoy.

(130) 8. CD 14.05.1985 2352/2554

(131) 2. CD 21.12.1986 10194/9829

(132) 5. CD 21.12.1990 5621/5934

(133) "... görevsizliğe, sübut vasıtalarına, şahsi hakka ilişkin bozmalarda da sirayet olanağının bulunmadığı, Yargıtay'ımızın bu güne kadar ki uygulamalarıyla benimsenmiş olduğundan... CGK 28.02.1983 568/87"

CMUK 306 maddenin şartlarını taşıyan bir bozma sonrasında, bozmaya uyulması halinde yargılama giderlerine yeniden hükmetmek gerekir. Yargılama giderleri yönünden bozma olmadığı gerekçesiyle ilk hükmün bu kısmında ısrar edilemez. Çünkü yargılama gideri, müsadere, iade, tazminat, harç vs mahkumiyetin sonucudur. Bunlar asıl ceza hükmünden ayrı olarak düşünülemez ve yasal istisnalar dışında tek başına hükme konu teşkil etmez. Mahkeme kararı ceza ve mahkumiyete bağlı diğer hükümlerle birlikte bütünlük teşkil eder (kül'dür)<sup>(134)</sup>.

### **7) ŞERİKLERDEN BİRİNİN ÖLMESİ**

Suçta katılanlardan birinin ölmesinin yargılama merciinin değişmesi, eski ifadelerin okunması yargılama giderlerine hükmedilememesi, müsadere, para cezalarının infazına olan etkisi gibi bir kısmı TCK 64. maddede düzenlenen sonuçları vardır.

### **8) ÇOK ULUSLU SUÇLAR ve İŞTİRAK**

Gelişen teknoloji, iştirakte suç yerini uluslararası boyutlara taşımaktadır. Özellikle internet yoluyla işlenen suçlar, uyuşturucu suçları, kaçakçılık suçları gibi, suçta katılanların farklı ülkelerde olması halinde iştirak konusunda (yada uluslararası organize suçta) nasıl bir yol takip edileceği tek başına iç hukuk kurallarıyla çözümlenemez.

Sorunun iç hukuk kurallarıyla çözümlenmeye çalışılması bazı sakıncalar doğurabilir.

a) İştirake konu eylem, bir ülkede suç iken diğer ülkede suç olmayabilir.

b) İştirake konu eylem bir ülkede daha az ceza ile cezalandırılıyor olabilir.

Bu konu uluslararası anlaşmalarla çözümlenmelidir.

### **X- GİZLİ SORUŞTURMACI ve İŞTİRAK**

Gizli soruşturmacı, ilk defa 5271 sayılı CMK ile hukukumuzda girmiştir. CMK 139/1 maddesine göre gizli soruşturması, soruşturma konusu suçun işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka surette delil elde edilememesi halinde, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı kararı ile görevlendirilen kamu görevlisidir. Gizli soruşturmacı, suç, delil ve faile ilişkin bilgilerin yetkili makamlara iletilmesini sağlayan "muhbir", "informant" yada "güvenilir adam"dır ama onlardan da farklıdır.

Muhbir<sup>(135)</sup>, bir suçla ilgili olarak suçun nasıl işlendiği, failin kim olduğu ve nerede bulunduğu, delillerin neler olduğu, nasıl ulaşılabileceği gibi hususlarında soruşturma ve kovuşturma makamlarına bilgi ve haber veren kişidir. Muhbir faaliyeti itibarıyla kolluk yada savcılıkla yakın bağlantısı olan kişidir ve

(134) CGK 26.04.1993 4-95/122

(135) Muhbir, doktrinde İnfornant (bilgi veren) yada Güvenilir Adam gibi isimlerle de anılmakta, aralarında da önemsenmeyecek farklardan bahsedilmektedir.

yönüyle CMK 158 maddede düzenlenen ihbarcıdan, özel olarak belirli suçlar nedeniyle görevlendirildiği için de CMK 139 da düzenlenen gizli soruşturmacıdan farklıdır. Muhbirle ilgili kanunlarımızda bazı özel düzenlemeler vardır. 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 16, 35 maddeleri, 2559 sayılı PvSK Ek 9 madde/son maddesi gibi<sup>(136)</sup>.

CMK 139/5 fıkrasına göre Soruşturmacı, görevini yerine getirirken suç işleyemez ve görevlendirildiği örgütün işlemekte olduğu suçlarından sorumlu tutulamaz. Gizli soruşturmacının suç işlemesi halinde genel hükümlere tabi olacaktır.

#### **KAYNAKÇA**

1. Artuk Mehmet Emin-Gökçen Ahmet-Yenidünya A Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler I*, Ankara 2006
2. Bardak Cengiz; *Suçta İştirak Üzerine Bir İnceleme Adalet Dergisi* 1985 sy 2
3. Centel Nur-Zafer Hamide-Çakmut Özlem *Türk Ceza Hukukuna Giriş İstanbul 2005*
4. Çetin Erol, *Ceza Hukukunda ve Özel Yasalarda Memur, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanma Usulü ve Memur Suçları*, Ankara 2000
5. Demirbaş Timur *Ceza Hukuku Genel Hükümler Ankara 2005*
6. Dönmezer Sulhi-Erman Sahir; *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku. İstanbul 1987*
7. Dönmezer Erman *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*
8. Erem Faruk-Danışman Ahmet-Artuk Mehmet Emin; *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara

9. Erdem Mustafa Ruhan, *Yeni TCK'da Faillik ve Suç Ortaklığı, Hukuki Perspektifler Dergisi Aralık 2005 sy 5*

10. Erman Sahir *Askeri Ceza Kanunu, Umumi Kısım ve Usul İstanbul 1983*

11. Gökoğlu Şükrü, *Ceza Yargılamasında Bilgi Toplama İşlemi, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi*

12. İçel Kayıhan-Akıncı Sokullu Füsün-Özgenç İzzet-Sözür Adem-Mahmutoglu S. Fatih-Ünver Yener ; *Yaptırım Teorisi, İstanbul 2000*

13. Kaymaz Seydi -Gökcan Hasan Tahsin; *Uygulamada Sulh Ceza Davaları, Ankara Baskı Tarihsiz*

14. Otacı Cengiz *Türk Kabahatler Hukuku*, Ankara 2005

15. Otacı Cengiz, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklıktan Çekinme Hakkı Adalet Dergisi sy 6*

16. Otacı Cengiz, *Kanunun Hazırlık Çalışmalarının Bağlayıcılığı, Güncel Hukuk Şubat 2006 sy 26*

17. Otacı Cengiz Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı İşlenen Suçlar, Ankara 2000

18. Polatcan İsmet, *Notlu-İçtihatlı Askeri Mahkemelerin Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu, İstanbul 2004 (Askeri mahkeme içtihatları bu kitaptan alınmıştır)*

19. Önder Ayhan; *Ceza Hukuku Genel Hükümler II-III. İstanbul 1991*

20. Özbek Veli Özer *Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (TCK İzmir Şerhi) Ankara 2005*

21. Özgenç İzzet *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler Ankara 2005*

22. Öztürk Bahri-Erdem Mustafa Ruhan-Özbek V. Özer ; *Uygulamalı Ceza Hukuku. Ankara 1998*

23. Taner Tahir; *Ceza Hukuku. İstanbul 1949*

(136) Bkz Gökoğlu Şükrü, *Ceza Yargılamasında Bilgi Toplama İşlemi, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi.*

## **İSTANBUL BAROSU DERGİSİ -CEZA ÖZEL SAYI-**

---

24. Tikveş Özkan, *Teorik ve Pratik Anayasa Hukuku İzmir 1982*

25. Vidal Georges-Magnol Josephe; *Ceza Hukuku, Ankara 1949 Terc Şinasi Z. Devrin*

26. Yekebaş V. *Suçun ve Suçlunun Tad-düdü ve Cürme İştirak Ankara 1952*



## KABAHAHLER KANUNU'NA GÖRE VERİLECEK BELEDİYE İDARİ PARACEZALARI

Av. M. LAMİH ÇELİK<sup>(\*)</sup>

**K**anunun 2. maddesinde suç gibi kabahatinde bir haksızlık oluştuğu belirtilmiştir. Anılan Kanun'un 16. maddesinde, kabahatler karşılığında uygulanacak olan idari yaptırımların "idari para cezası" ve "idari tedbirler"den ibaret bulunduğu; "idari tedbirler"in de mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirler olduğu belirtilmiştir. 5326 sayılı kabahatler kanununda belediye zabıta görevlilerince verilebilecek cezalar düzenlenmektedir.

İdari para cezası, XX. yüzyıl Alman hukukçularınca idari ceza hukukunun genel ceza hukukundan ayrılması akımı ile birlikte kabahatleri suç olmaktan çıkarıp bu eylemlerin cezalandırılması konusunda idareye yetki verilmesi düşüncesi ile doğmuştur.

Anayasa Mahkemesine göre "İdarenin hizmetlerini gereği gibi ve ivedilikle görebilmesi için, yaptırım uygulama yetkilerine gereksinimi vardır. İdare bu yetkilerle, kamu düzeni ve güvenliğini, kamu sağlığını, ulusal servetleri zamanında ve gereği gibi koruyabilir. Bu nedenle, idareye, geniş ve çeşitli yaptırımlar uygulama yetkisi tanınmıştır. Kişilere, idare hukuku alanındaki düzene aykırı davranışları nedeniyle verilen idarî cezalar, idarî yaptırımların en önemlilerinden biridir. Para cezaları, idarî cezalar arasında yer almak-

tadır. İdarî para cezalarını diğer cezalardan ayıran en belirgin nitelik, onların idarî makamlar tarafından verilmesidir." (Anayasa Mahkemesi 15.5.1997 T. E.1996/72 K. 1997/51) İdari para cezaları, kanunla yetkili kılınmış idari organlar tarafından verilmiş olmaları nedeniyle birer idari işlem niteliğinde sayılırlar. İdari para cezası, mahkemelerin yükünü azaltmak ve cezaların hızla uygulanabilmesini sağlamak amacıyla, bir yargı kararı olmadan idare ve idaredeki görevlilerce uygulanan yaptırımlardır. İdari nitelikte bir yaptırım olarak para cezası verilmesi kişinin lehinedir. Çünkü bu cezalar adli sicile kaydedilmez ve ödenmediği takdirde hapis cezasına dönüştürülmez.

Kabahatleri suç olmaktan ceza kanunlarının kapsamı dışına çıkarma eğiliminin bir sonucu ola-

(\*) Şanlıurfa Barosu

rak eski Türk ceza kanununda yer alan kabahatler yeni Türk ceza kanununda yer verilmeyerek ayrı bir kanun olarak düzenlenmiştir. 5326 sayılı kabahatler kanununun 3. maddesi ile bu kanunun genel kanun niteliğinde olduğu belirtilerek, kanunun genel hükümlerinin diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanacağı hükme bağlanmıştı. Ancak 3. madde Anayasa Mahkemesi'nin 22.7.2006 tarih ve 26236 sayılı R.G.'de yayımlanan, 1.3.2006 gün ve E. 2005/108 - K. 2006/35 sayılı Kararı ile, yayımından 6 ay sonra yürürlüğe girmek üzere iptal edilmiştir. İptal gerekçesinde; "Ceza hukukundaki gelişmelere koşut olarak, kimi yasal düzenlemelerde basit nitelikte görülen suçlar hakkında idari yaptırımlara yer verildiği görülmektedir. Daha ağır suç oluşturan eylemler için verilen idari para cezalarına karşı yapılacak başvurularda konunun idare hukukundan çok ceza hukukunu ilgilendirmesi nedeniyle adli yargının görevli olması doğaldır. Ancak, idare hukuku esaslarına göre tesis edilen bir idari işlemin, sadece para cezası yaptırımı içermesine bakılarak denetiminin idari yargı alanından çıkarılarak adli yargıya bırakılması olanaklı değildir. Bu durumda, 3. madde ile diğer yasalarındaki kabahatlere yollama yapılarak, yalnızca yaptırımın türünden hareketle ve idari yargının denetimine tabi tutulması gereken alanlar gözetilmeden, bunları da kapsayacak biçimde başvuru yolu, itiraz, bunlara ilişkin usul ve esasların değiştirilmesi, Anayasa'nın 125. ve 155. maddelerine aykırıdır, Kural'ın iptali gerekir." Görüşüne yer verilmiştir.

Kanunun 2. maddesinde suç gibi kabahatinde bir haksızlık oluşturduğu belirtilmiştir. Anılan Kanun'un 16. maddesinde, kabahatler karşılığında uygulanacak olan idari yaptırımların "idari para cezası" ve "idari tedbirler"den ibaret bulunduğu; "idari tedbirler"ın de mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirler olduğu belirtilmiştir. 5326 sayılı kabahatler kanununda belediye zabıta görevlilerince verilebilecek cezalar düzenlenmektedir. Yazımızda bu cezaların neler olduğunu açıklayacağız;

#### **EMRE AYKIRI DAVRANIŞ (Madde 32);**

1-5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 13.maddesine göre "Belediye sınırları içinde oturan, bulunan veya ilişkisi olan her şahıs, belediyenin, kanunlara dayanan kararlarına ve duyurularına uymakla...yükümlüdür." 15. maddenin(b) fıkrasına göre ".....yönetmelik çıkarmak, belediye yasakları koymak ve uygulamak..." belediyenin yetki ve imtiyazları arasında yer almaktadır."

Belediye Meclisi tarafından kamu güvenliği,kamu düzeni veya genel sağlığın korunması amacıyla hukuka uygun olarak alınmış ve uygun araçlarla halka duyurulmuş kararlara aykırı hareket eden kişilere 109 YTL para cezası verilebilir. (İdari Yaptırım kararı tutanağına ihlal edilen Belediye meclis kararının tarih ve sayılı yazılır.)

Söz konusu kabahatin oluşa- bilmesi için temel koşullar şun- lardır;

a. Yetkili makamlar tarafından hukuka uygun bir biçimde verilmiş bir emir olmalıdır,

b. Bu emir, "*adli işlemler dola- yısıyla ya da kamu güvenliği ve ka- mu düzeni veya genel sağlığın ko- runması düşüncesiyle*" verilmelidir,

c. Kanunda açık bir hüküm bulunmalıdır, Bir diğer ifadeyle, ancak ilgili kanunda açıkça hüküm bulunan durumlarda bu maddeye istinaden yaptırım uygulanabilir.

d. Bu emir, usulen ilân edilme- lidir.

1608 sayılı Yasanın 2. maddesi- ne göre Belediye kamu güvenliği, kamu düzeni veya genel sağlığın ko- runması amacıyla genel düzenleyici işlem niteliğinde emir yayımlayabilir.

Belediye Meclisi belediye yasak ve emirlerini belirlerken kabahatler Kanunu'nun da zaten kabahat ola- rak belirlenmiş bulunan fiillere yer veremez. Bunların dışındakiler için 3-15 gün süre ile ticaret ve sanat ic- rasından men cezası öngörebilecek- tir.Kabahatler kanununun 33-43. maddeleri arasında yer alan fiillerle ilgili kanunda faaliyetten men ceza- sı ön görülmediğinden Belediye Meclis kararıyla da olsa bu fiillere faaliyetten men cezası verilemez.

Belediye Meclisi yasakladığı ve emrettiği fiillere aykırı davrananla- ra verilecek cezayı belirlerken Ka- bahatler Kanununun 32. madde-

sindeki 109 YTL den daha az veya daha yüksek bir para cezasını ön- göremez.

Belediye Meclisi, Kabahatler Ka- nununun 36-38-41. maddeleri gibi alt ve üst limiti olan para cezaları açısından alt ve üst limit dahilinde kalmak kaydıyla fiillere uygulan- cak para cezalarını belirleyebilir.

### **DİLENCİLİK (Madde 33);**

2- Belediye zabıta görevlileri, di- lencilik yapan kişiye 54 YTL idari para cezası verebilir.(md.33/1)<sup>(1)</sup> Ayrıca dilencilikten elde edilmiş bulunan gelire de el koyma yetkisi- ne sahiptir. Ancak el konulan bu gelirin bir idari tedbir olarak mülki- yetinin kamuya geçirilmesine karar verme yetkisi belediye encümenine aittir. Encümen kararı ile dilenci- nin üzerinde bulunan paralar be- diye bütçeye gelir kaydedilebi- lir.(md. 33/2)<sup>(2)</sup>

- Müsadere kavramı yerine mülkiyetin kamuya geçirilmesi ifa- desini kullanılmıştır.(md.16) Müsa- dereden farklı olarak, mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin karar idari nitelikte bir karardır. Ancak kabahatin kusurunu oluşturan ve- ya sonucunda elde edilen eşyanı mülkiyetine el konulabilir. Mülki- yetin kamuya geçirilmesine ilişkin encümen kararı kesinleşmeden uy- gulanamaz, kesinleşinceye kadar tedbiren belediye eşyaya el koyabi- lir.

Mülkiyetin kamuya geçirilme- sine benzer bir düzenleme 5393 sa-

(1) *Polisin de bu maddeye göre idari para cezası verme yetkisi vardır.*

(2) *Çocukları, beden veya ruh bakımından kendini idare edemeyecek durumda bulunan kimseleri dilencilikte araç olarak kullanan kişiler 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK)'nın 229'uncu maddesine göre suç işlemektedirler. Bunlar hakkında 5237 sayılı TCK hükümleri uygulanacaktır.*

yılı Belediye Kanunu'nun 15. maddesinin (m) fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre; "...izinsiz satış yapan seyyar satıcıları faaliyetten men etmek, izinsiz satış yapan seyyar satıcıların faaliyetten men edilmesi sonucu, cezası ödenmeyerek iki gün içinde geri alınmayan gıda maddelerini gıda bankalarına (gıda bankası yok ise, belediyece işletilen aş evlerine, bu da yoksa, kamu kurum ve kuruluşları tarafından işletilen aş evlerine veya sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarına) vermek" belediye yetkileri arasında sayılmıştır. Eğer satılan mal gıda maddesi değil ise cezası ödenmeyecek otuz gün içinde geri alınmazsa belediye bu malları yoksullara verebilir.

### **GÜRÜLTÜ (Madde 36);**

3- Zabıta görevlilerince; Başkalarının huzur ve sukuneti bozacak şekilde gürültüye neden olan kişiye 54 YTL idari para cezası verilebilir. (md. 36/1)<sup>(3)</sup> Bu gürültü bir ticari işletmenin faaliyeti sonucu olmuş ise işletme sahibine en az 1.098 YTL en çok 5.490 YTL idari para cezası verebilir. (md.36/2)

En az ceza olan 1.098 YTL den daha yüksek bir para cezası verildiği takdirde bunun gerekçesi yani ağılaştırıcı sebebi tutanağın açıklamalar kısmında belirtilir.

Şikayet dilekçesi veya ihbar varsa bu konu tutanağın açıklama kısmında belirtilir ve şikayet dilekçesi tutanağa eklenir.

Gürültü yapma kabahati'ni oluşturan eylemlere teşebbüs, mevcut hükümlere göre mümkün değildir. Çünkü kabahatin oluşabilmesi için mutlaka o eylemin yapılması gerekir. Kişinin ses düzeyeklerini kurması kısa seslerle deneme yapması bu kabahate teşebbüs sayılmaz. Ama bir kere de gürültü yapıldıysa bunun kasden ya da taksirle olmasına bakılmaz.

Bir inşaat şirketi meskun mahal içerisinde iş makinalarıyla kazı ya da inşaat yapacaksa bu gürültülü işi ancak günün belli saatlerinde yapabilir. Belli saatler dışında kabahat eylemini oluşturur. Eylemin kabahat oluşturması için o faaliyetin yapılması yeterlidir. Eyleme hazırlık ise buna teşebbüs sayılmaz.

Konuya ilişkin Yargıtay Kararları:

"İlerleyen teknolojiden yararlanılarak bilimsel biçimde, gürültülerin ölçümü ve şiddet derecesinin belirlenmesi mümkün hale gelmiştir. Komşu pastahanede mevcut makinaların çıkarttığı giderilmesi dava edilen gürültünün, hoşgörü ve tahammül sınırları içerisinde kalıp kalmadığının bu yolla tespiti gerekir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 1992/5-202 K. 1992/259 T. 22.4.1992"

"Kat maliklerinin gerek bağımsız bölümlerini, gerek eklentilerini ve ortak yerleri kullanırken özellikle birbirini rahatsız etmemek yükümlülüğünde bulunmalıdır.

(3) Gürültü kabahatinde, polis de idari para cezasını kesmeye yetkili kılınmıştır. Sözgelimi gece vakti, meskun mahalde motosikletiyle kasıtlı olarak gürültü yapan kişiye, oyun eğlence düzenleyene polis de ceza kesebilecektir.

634/18.md) 18. HD. E. 1992/4930 K. 1992/5253 T. 5.6.1992)”

“Kat malikleri ve diğer sakinlerin, hayatın olağan akışı içerisindeki ses ve eylemlerden doğan ve tahammül sınırlarını aşmayan ses, gürültü ve benzeri olgulara karşılık olarak katlanmaları gerekir. Bu bağlamda zihinsel özürülü bir çocuğun bu durumundan kaynaklanacak olan ses ve gürültülerden, makul ve tahammül edilmesi gereken düzeyde kaldığı sürece rahatsız olunduğu iddia edilemez. (18. HD E. 2003/4759 K. 2003/5686 T. 30.6.2003)”

“Bir toplumda birlikte yaşama olanağı sağlayan insancıl, gerçekçi zorunlu temel hukuk kuralına göre hakim somut olayın özelliğini, taşınmazların konumlarını, kullanma amaçlarını, niteliklerini yöresel örf ve adetleri toplumun doğal ihtiyaç ve gerçeklerini göz önünde bulundurarak komşuların birbirlerine göstermekle yükümlü oldukları olağan katlanma ve hoşgörü sınırını aşan bir taşkınlığın bulunup bulunmadığını saptama, zararı giderici önlemlerden en uygununu bulma, kaçınılmaz müdahaleleri yapmak suretiyle özverileri denkleştirme durumunda-  
dır. (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2001/1-429 K. 2001/452 T. 30.5.2001)”

**RAHATSIZ ETME  
(Madde 37);**

4- Mal veya hizmet satmak için başkalarını rahatsız eden kişiye 54

YTL idari para cezası zabıta görevlilerince verilir.<sup>(4)</sup>

Mal veya hizmet satışı sırasında kişilerin taciz edilmesi ve yüksek sesle müşteri daveti gibi uygulamaların önüne geçilmesi amacıyla bu madde konulmuştur.

Umuma açık yerlerde veya işyeri ve konutlara gelmek suretiyle, bu yerlerde bulunan kişileri herhangi bir talebi olmaksızın meşgul ederek malını satmak için rahatsız eden kişilere (örneğin; seyyar veya sabit sebze meyve satıcıları tencere tava satanlar, simit satanlar vs.) bu ceza verilecektir.

**İŞGAL (Madde 38);**

5- Yetkili makamların açık ve yazılı izni olmaksızın meydan, cadde, sokak veya yayaların gelip geçtiği kaldırımları işgal eden veya burarlarda mal satışına arz eden kişiye belediye zabıta görevlileri 54 YTL idari para cezası verebilir.(md. 38/1)

Bu gibi yerlere inşaat malzemesi yığan kişiye belediye zabıta görevlileri 109 YTL – 549 YTL arasında idari para cezası verebilir.(md. 38/2)

En az ceza olan 109 YTL den daha yüksek bir para cezası verildiği takdirde bunun gerekçesi yani ağılaştırıcı sebebi tutanağın açıklamalar kısmında belirtilir.

**KİMLİĞİ BİLDİRMEME  
(Madde 40);**

Kamu görevinin gereği gibi ifa edilebilmesi için, herhangi bir ka-

(4) Bu türlü davranışlar belediye sınırları dahilinde genelde belediye zabıtasını ilgilendirirse de belediye zabıtasının olmadığı yerler ile kırsal kesimde ve köylerde, polis, jandarma ve köy bekçilerini ilgilendiren bir durum olduğundan onlar da idari para cezası kesebilecektir.

mu göreviyle ilişkili olarak, kişiler, gerektiğinde, kimlik ve adresleriyle ilgili bilgileri kamu görevlilerine vermekle yükümlüdür. (Nüfus idaresince verilen nüfus kâğıdı, emniyetçe verilen sürücü belgesi (ehliyet), silah ruhsatı, pasaport vs. gibi şeyler kimlik belgesi sayılır. Kişiye bir kurumca verilen giriş kartı, görevi gösteren kart, kredi kartı gibi şeyler kimlik belgesi sayılmaz.)

Bu bilgileri vermektan kaçınan ya da bu konularda gerçeğe aykırı bilgi verenler hakkında, bilgiyi soran kamu görevlisi bilgiyi soran kamu görevlisi (belediye zabıta görevlisi) tarafından 54 YTL idari para cezası verilir.(md. 40/1) ('kamu görevlisi' kavramı TCK md. 6/1 (c) bendinde açıklanmıştır. )

Kimliği konusunda bilgi vermediği veya yanlış bilgi verdiği için asıl kimliği belirlenemeyen kişi, kimliğinin belirlenebilmesi amacıyla tutulabilecek, gözaltına alınabilecek ve gerektiğinde tutuklanabilecektir.

Kamu görevlisi tarafından tutulan kişi, Cumhuriyet savcısı tarafından gözaltına alınabilecektir. Gözaltı süresi dolmasına rağmen kimliği belirlenemeyen kişinin, bu amaçla sulh ceza hâkimi tarafından tutuklanmasına karar verilecektir. Burada ceza muhakemesi amacıyla başvurulmuş bir koruma tedbirleri söz konusu olmadığından, bu tedbirler için aranan bütün şartlar aranmayacaktır. Ancak bu tedbirlere başvurmayaya karar verme yetkisi ve usulü bakımından Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri uygulanacaktır. Örneğin, kişi özgürlüğü kısıtlaması söz konusu olduğundan, gözaltına almaya Cumhuriyet

savcısı, tutuklamaya ise sulh ceza hâkimi karar verecek, gözaltı süresine uyulacaktır. Buna karşılık, buradaki amaç farklı olduğundan, gözaltı ve tutuklama için aranan nedenler ve şartlar burada aranmayacaktır. Kişinin kimliği belirlenir belirlenmez, özgürlüğü kısıtlayıcı işleme son verilecektir.

### **ÇEVREYİ KİRLETME (Madde 41);**

7- 1-Evsel ve bireysel atık ve artıklar, bunların toplanmasına özgü yerler dışına atan kişiye 21 YTL idari para cezası verilir.(md. 41/1)

2- Söz konusu çevreyi kirletme, yemek pişirme ve servis yerlerinde (lokanta, fırın vs) işlemesi halinde 549 YTL - 5.490 YTL arasında idari para cezası verilir. (md. 41/2)

En az ceza olan 549 YTL den daha yüksek bir para cezası verildiği takdirde bunun gerekçesi yani ağırlaştırıcı sebebi tutanağın açıklamalar kısmında belirtilir.

3- Hayvan kesimine tahsis edilen yerler dışında hayvan kesen veya kesilen hayvan atıklarını sokağa veya kamuya ait bir alana bırakan kişiye 54 YTL para cezası verilir. (md. 41/3)

4- İnşaat atık ve artıklarının bunların toplanmasına ve depolanmasına özgü yerler dışına atan kişiye 109 YTL- 3.294 YTL arasında para cezası verilir. İnşaatı yapan tüzel kişi ise 109 YTL - 5.490 YTL arasında para cezası verilir. Bu kabahat karşılığında idari para cezasından ayrı olarak, atık ve artıkların bulunduğu yerden kaldırılması dolayısıyla yapılan giderlerinde ilgili

kişiden tahsil edilmesi öngörül-  
müştür.(md. 41/4)

En az ve en çok limiti belirlen-  
miş cezalarda, en az cezadan daha  
yüksek bir para cezası verildiği tak-  
dirde bunun gerekçesi yani ağılaş-  
tırıcı sebebi tutanağın açıklamalar  
kısımında belirtilir.

5393 sayılı Belediye Kanu-  
nu'nun 15. maddesinin (o) fıkrası-  
na göre; hafriyat toprağı ve moloz  
döküm alanlarını belirlemek ve...  
taşımalarda çevre kirliliğı oluşma-  
ması için gerekli tedbirleri almak  
belediyenin görevidir.

5- Madde 41/5 de, kullanılmaz  
hale gelen veya ihtiyaç fazlası ev eş-  
yasını bunların toplanmasına iliş-  
kin olarak belirlenen günün dışın-  
da sokağa veya kamuya ait sair ye-  
re bırakan kişiye 54 YTL para ceza-  
sı verileceğı belirtilmiştir. Buna gö-  
re belediyelerin her yıl, örneğın  
ocak, mayıs, eylül ayının belirli bir  
günü gibi veya her ayın son günü  
gibi ve yılda en az üç kez olmak  
üzere bu tür eşyaların toplanma  
günleri önceden belirleyerek uygun  
araçlarla duyurulması gerekir.Be-  
lediye bu günlerde dışarıya bırakı-  
lan eşyaları toplayacaktır. İlan edi-  
len günler dışında dışarıya bu tür  
eşyalarını bırakanlara ceza verile-  
cektir.Günler belirlenip ilan edil-  
medikçe para cezası verilemez.

6- Kullanılamaz hale gelen mo-  
torlu kara ve deniz nakil araçlarını  
sokağa veya kamuya ait herhangi  
bir yere bırakan kişiye bu fiilinden  
dolayı 274 YTL para cezası veri-  
lir.(md.41/6) Ancak ilgilinin bu ka-  
bahatler dolayısıyla meydana gelen  
kirliliğı derhal yok etmesi halinde

idari para cezası verilmeyebilir.  
(md. 41/8)

41. madde de belirtilen bu ce-  
zalara belediye sınırları içinde,bele-  
diye zabıta görevlileri karar verir.  
(md.41/7)

### **AFİŞ ASMA (Madde 42);**

8- Toplumun tüm bireylerinin  
kullanımına tahsis edilmiş bulu-  
nan meydan ve parklara, cadde ve  
ya sokak kenarlarındaki kamuya  
ait duvar veya alanlara; yetkili ma-  
kamlardan açık ve yazılı bir izin  
alınmadıkça, bez,kağıt ve benzeri  
afiş veya ilan asılması 42. madde  
ile kabahat olarak tanımlanmıştır.  
Görüntü kirliliğı oluşturan bu şey-  
ler, özel kişilere ait alanlara da, sa-  
hibinin rızası bulunmadıkça asıla-  
maz. Doğal olarak, bu tür afiş ve  
ilanlar tek nüsha olmayacağından  
aynı içerikte olmak kaydıyla, sayısı  
ne kadar olursa olsun, bütün afiş  
ve ilanlar tek fiil olarak kabul edil-  
mektedir. Yetkili makamdan veri-  
len izne dayalı olarak afiş ve ilan  
asılması durumunda, fiil hukuka  
uygun olacaktır. Ancak bunun sağ-  
lıklı kontrolü için izin yazısında afiş  
ve ilanın asılacağı zaman dilimi  
açıkça gösterilmelidir. İzinde göste-  
rilen sürenin sonunda afiş ve ilan-  
ların, izin alan kişi tarafından der-  
hal toplatılmaması kabahat oluş-  
turmaktadır. Bu kabahatleri işle-  
yenlere zabıta görevlileri 109 YTL-  
3.294 YTL arasında para cezası ve-  
rebilir.(md. 42/1-2) En az ceza olan  
109 YTL den daha yüksek bir para  
cezası verildiğı takdirde bunun ge-  
rekçesi yani ağılaştırıcı sebebi tuta-  
nağın açıklamalar kısmında belirtir-  
lir.

İlgili tarafından toplanmadığı için, bu afiş ve ilanların belediyece toplanması halinde, ayrıca toplama masrafı da tahsil edilir. (md. 42/3)

Seçim dönemindeki afiş ve ilanlar hakkında kabahatler kanunu uygulanmaz. Seçim mevzuatındaki maddeler uygulanır.

### **CEZA VERİLEMEYECEK DURUMLAR (Madde 11-12);**

9- Fiili işleyen gerçek kişinin en azından taksire dayalı kusurunun varlığı gerekir. Fiili işlediği sırada onbeş yaşını doldurmamış çocuğa yada işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan akıl hastasına idari para cezası verilemez.(md. 11/1-2)

- Hakkın kullanılması, görevin yerine getirilmesi, meşru savunma ve ilgilinin rızasının olması, zorunluluk hali, cebir veya tehdit etkisinde olma gibi nedenlerin varlığı halinde idari para cezasına karar verilemez. (md.12)

### **TUTANAĞININ ŞEKLİ (Madde 25);**

10- Kabahatin işlenmesine birden fazla kişinin katılması durumunda, bu "kişilerin her biri hakkında, fail olarak idari para cezası verilecek ve ayrı ayrı idari yaptırım karar tutanağı düzenlenecektir. (m. 15/1)

Bir fiil ile birden fazla kabahatin işlenmesi durumunda, bu kabahatlere ilişkin tanımlarda sadece idari para cezası öngörülmüşse en

ağır idari para cezası verilecek ve en ağır idari para cezası gerektiren kabahat için tek idari yaptırım karar tutanağı düzenlenecektir. (m. 15/2). Bu kabahatlerle ilgili olarak yasada idari para cezasından başka idari yaptırımlar da öngörülmüş ise bu yaptırımların her biri uygulanacaktır.

Aynı kabahatin birden fazla işlenmesi durumunda, her bir kabahatle ilgili ayrı ayrı idari para cezası verilecek ve ayrı ayrı idari yaptırım karar tutanağı düzenlenecektir. Kesintisiz fiile işlenebilen kabahatlerde, bu nedenle idari yaptırım kararı verilmeye kadar fiil, tek sayılacaktır.

Ayrıca, bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmışsa, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanacak bu halde idari yaptırım karar tutanağı düzenlenmeyecektir. (m. 15/3). Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan durumlarda kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanacaktır.

İdari yaptırım karar tutanakları, kabahate ilişkin hazırlanan diğer evrak ve tutulan defterlerin, bu işlemleri yapan yetkili birimde saklanma süresi en az 2 yıldır.

İdari yaptırım kararında yani zabıta görevlisince düzenlenecek tutanakta;

- para cezası verilen kişinin kimlik ve adresi,
- işlediği kabahat fiili ve fiilin işlendiği yer ve zaman
- karar tarihi ve zabıta görevlisinin kimliği
- Bu fiilin işlendiğini ispata yarayacak bütün deliller (tutanak,şi-

kayet dilekçesi, fotoğraf, kamera görüntüleri, teknik cihaz ölçüm sonuçları, vs.)

- tebliğden itibaren Ödemenin 1 ay içinde yapılması gerektiği (Maliye Bakanlığının 437 nolu Tahsilat Genel Tebliğine göre)( özel kanunlarında ödeme süresi varsa o süre belirtilir.)

- İndirimli ödeme hakkının olduğu

- Taksitlendirme hakkının olduğu

- ödememe halinde yapılacak işlemin ne olduğu

- tebliğ tarihi ve kesinleşme tarihi

Ayrıca tutanakta varsa itirazları için, en geç 15 gün içinde Sulh Ceza mahkemesine başvurabilecekleri belirtilir. Çünkü Anayasanın 40. maddesine göre; “Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır. “ Bu tutanak tebligat kanuna göre tebliğ edilir.(md. 26-27)

İdari yaptırım kararlarını tutanak tanzimini suretiyle uygulayan idarelerce düzenlenecek tutanaklarda yukarıda açıklanan tüm bilgilere yer verilmesi yanında tutanakların seri ve sıra numaralarının birbirini takip eder şekilde bastırılması görevli personele zimmetle teslim edilmesi tutanakların iptal edilmesi gerektiğinde, iptal işlemlerinin tutanağın üzeri çizilmek ve iptal şerhi konulmak suretiyle gerçekleştirilmesi ve tutanakların güvenliği konusunda gerekli özenin gösterilmesi gerekmektedir.

İdari yaptırım kararlarını tutanak tanzimi suretiyle uygulayan idareler, düzenlenecek tutanakları 437 Seri No.lu Tahsilat Genel Tebliğinde belirtilen tüm bilgilere yer verecek şekilde kendileri bastıracaktır. Bastırılacak İdari Yaptırım tutanağı 3 nüsha halinde düzenlenmesi gerekir. Bir nüshası kaba-hati işleyen kişiye verilecek, ceza ödenmediği takdirde bir sureti Defterdarlığa gönderilecek, bir sureti de dip koçan olarak Zabıta Müdürlüğünde kalacaktır.

İdari yaptırım kararları, 5326 sayılı Kanununun 26. maddesi uyarınca kararı veren kamu tüzel kişilerinince yani belediye tarafından ilgililerine 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre tebliğ edilecektir.

Vergi dairelerince, idari para cezası vermeye yetkili kamu tüzel kişilerinince verilen idari yaptırım kararlarının, kararı alan idare tarafından tebliğ edilip edilmediği ve kararın kesinleşip kesinleşmediği kontrol edilecektir. Kesinleşmeden ve ödeme süresi geçmeden önce vergi dairelerine intikal ettirilen idari para cezalarına ilişkin idari yaptırım kararları işleme alınmayarak ilgili kuruma iade edilecektir.

#### **PARA CEZASININ TAHSİLİ**

(Madde 17); (Maliye Bakanlığının 437 nolu Tahsilat Genel Tebliği için 16.12.2005 tarih ve 26025 sayılı resmi gazeteye bakınız.)

11- İdari para cezasını bu hususta karar veren zabıta görevlisi de tahsil edebilir. Ancak bunun için, hakkında idari para cezası verilen kişinin rızasının olması gere-

kir. Kişi kanun yoluna baş vurmadan önce yeni tebliğden itibaren 15 gün içinde cezasını ödeyen kişilerden indirimli olarak (3/4=%25) tahsil edilir. Borçlunun talebi aranmaksızın, peşin ödeme indirimi uygulanacaktır.

15 günlük süre geçtikten sonra yapılan ödemelerde indirim yapılmaz. Tahsilat esnasında düzenlenecek alınırlarda/makbuzlarda ve bordrolarda idari para cezası tutarı, indirim tutarı ve tahsilat tutarı ayrı ayrı gösterilecektir. (md.17/4)

Kanuni ödeme süresi ve kararın kesinleşme süresi içinde para cezaları idari yaptırım kararı veren idareye yani belediyeye ödenecektir. Belediye tahsil ettiği idari para cezalarının tahsil ettikleri ayı takip eden ayın 7. günü vergi dairesine yatırılmaktadır. Yatırmadığı takdirde gecikme zammı ile birlikte icra yolu ile belediyeden tahsili söz konusudur.

17/3 maddesine göre kanuni ödeme süresi içinde (1 ay içinde) belediyeye taksitlendirmek için başvurulabilir. Taksit yapıldığında belediyece teminat aranılmayacak ve tecil faizi de işletilmeyecektir. Taksit talebi belediyece kabul edildiği takdirde, birinci taksidi idari para cezasının kanuni ödeme süresi içerisinde, kalan 3 taksidi ise idari para cezasının tebliğ tarihinden itibaren bir yılı geçmeyecek şekilde belediyece tespit edilir. Taksitler zamanında ve tam olarak ödenmemesi halinde idari para cezasının kalan kısmını muaccel hale getirecektir. Bu durumda tahsili için belediye evrakı ile ilgili vergi dairesine gönderilecektir.

Eğer kişi taksitlendirme yaptıktan sonra sulh ceza mahkemesine itiraz ederse, idari para cezasının takibi duracağından taksitlerin ödenmemesi para cezasını muaccel hale getirmez. Eğer sulh ceza mahkemesindeki dava belediyece yapılan taksit süresinden önce biterse kişi hem geçmiş hem de günü gelen taksitleri birlikte ödeyecektir. Buna uyulmadığı takdirde tüm alacak muaccel hale geleceğinden evrakları vergi dairesine gönderilir. idari para cezaları için düzenlenmiş taksitlendirme formları, ilgisine göre iki örnek düzenlenerek bir örneği ceza muhatabına verilecektir. Formun diğer örneği ise idari para cezası ile ilgili diğer belgelerle birlikte muhafaza edilecektir.

Para cezasını ödemek zorunda olan kişinin ölümü halinde Anayasanın 38. maddesindeki "**ceza sorumluluğunun şahsiliği**" ilkesi gereğince para cezası terkin edilir, mirasçılardan talep edilemez.

5335 sayılı yasanın 22. maddesine göre "para cezalarının hesaplanmasında ve ödenmesinde, bir Yeni Türk Lirası'nın (1 YTL) altında kalan tutarlar dikkate alınmaz."

### **CEZALARIN ARTIŞ ORANI (Madde 17);**

12- İdari para cezaları her yıl 1 Ocak'tan geçerli olmak o yıl için 213 Vergi usul kanununun mükerrem 298 inci maddesine göre tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılarak uygulanır. (md.17/7)

- Kamuda idari para cezasının alt ve üst limiti varsa, para cezasının miktarı belirlenirken, işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin

kusuru ve ekonomik durumunun birlikte dikkate alınarak belirlenecektir. (md.17/1)

**CEZADAN VAZGEÇME  
(Madde 30);**

13- Para cezasına yapılan itirazın haklı bulunması üzerine -Sulh ceza mahkemesince karar verilmiş ise-belediye encümeni para cezasını geri alabilir. (md. 30/2)

**CEZAYA İTİRAZ  
(Madde 27-28-29);**

14- Para cezasına veya Encümenin mülkiyetin belediyeye geçirilmesine dair kararına karşı kararın tebliğinden veya tefhiminden itibaren en geç 15 gün içinde sulh ceza mahkemesine başvurulabilir. (md.27/1) Anayasa Mahkemesi'nin 22.7.2006 tarih ve 26236 sayılı R.G.'de yayımlanan, 1.3.2006 gün ve E. 2005/108 - K. 2006/35 sayılı Kararı ve 01 Eylül 2006 Tarih ve 26276 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 12.4.2006 gün ve E: 2006/58 K: 2006/50 sayılı kararında; *"cezai karakteri ağır basan bu eylemler açısından verilen idari para cezası ve/veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımlarına karşı başvurunun sulh ceza mahkemesince kanunda belirtilen usule göre incelenmesinde, Anayasa maddelerine aykırılık bulunmamaktadır."* Denilerek bu maddenin iptal talebini oyçokluğu ile red etmiştir.<sup>(5)</sup>

Başvurunun usulden kabulü halinde mahkeme dilekçenin bir örneğini ilgili kamu kurum ve kuruluşuna tebliğ eder. İlgili kamu kurum ve kuruluşu en geç 15 gün içinde mahkemeye cevap verir. Başvuru konusu idari yaptırım kararına ilişkin işlem dosyasının bir örneği, cevap dilekçesiyle birlikte mahkemeye verilir. Cevap dilekçesi dava açan kişi sayısından bir fazla nüsha olarak verilir. Mahkeme resen veya talep üzerine duruşma yapabilir. Tanıklık, bilirkişi incelemesi ve keşfe ilişkin hususlarda Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri uygulanır. Mahkeme, ilgilileri dinledikten ve bütün delilleri ortaya koyduktan sonra aleyhinde idari yaptırım kararı verilen ve hazır bulunan tarafa son sözünü sorar. Mahkemenin bu aşamada kararını vermesi ve tarafların huzurunda açıklaması kanunda yer almıştır.

Başvuru sonucunda sulh ceza mahkemesi yapılan işlem hukuka aykırı ise **"idari yaptırım kararının kaldırılmasına"** belediyenin yaptığı işlem hukuka uygun ise **"başvurunun reddine"** karar verecektir. (md.28/8) Para cezası 2000 YTL (dahil) az ise Sulh ceza mahkemesinin kararı kesindir. Belediye zabıta görevlilerince verilen ceza 2000 (ikibin) YTL den fazla ise Sulh ceza mahkemesinin kararına karşı en geç 7 gün içinde yargı çevresindeki Ağır ceza mahkemesine itiraz edilebilir. (md.29/1) İtiraz hakkın-

(5) Her iki kararın Karşı oy yazısında :*"Ceza değil idari işlem niteliğinde olan idari yaptırımların, Türk hukuk sisteminin kökleşmiş kurumları ve Anayasa kuralları gereğince, idari yargı denetimine tabi olması gerekir. Adli yargının görev alanını, idari yargı aleyhine genişleten, idari para cezalarına karşı itirazların ceza mahkemesince incelenmesini öngören yasa kuralı, Anayasa'nın 2., 125. ve 155. maddelerine aykırıdır. Bu nedenle iptali gerekir."* Görüşüne yer verilmiştir.

da dosya üzerinden inceleme yapılarak “itirazın kabulüne” veya “itirazın reddine” karar verilir. Kabahatler kanununa göre verilen cezalar da konu Yargıtay’ın önüne gitmediğinden uygulamada içtihat birliği sağlanamamaktadır.

İdari yaptırım kararına karşı mahkemeye itiraz edilmiş ise icra takibi yapılamaz. Ödenmeyen ve kesinleşen idari yaptırım kararlar tahsili için mahallin en büyük mal

memuruna (il merkezinde Defterdarlık Muhasebe müdürlüğüne) gönderilir.(md.17/4)

Vergi daireleri idari para cezasının tamamını tahsil ettikleri tarihten itibaren 1 ay içinde durumu belediyeye bildirecektir.

İdari yaptırım kararı kesinleştikten sonra ödemeler sadece vergi dairesine yapılır. Belediye, karar kesinleştikten sonra cezayı tahsil edemez.



## TCK'DA YER ALAN BİLİŞİM SUÇLARI

Eda SATILMIŞ<sup>(\*)</sup>

**Y**eni Türk Ceza Kanunu'nda bilişim suçları onuncu bölüm altında "Bilişim Alanında Suçlar" başlığı ile ele alınmıştır. 765 Sayılı Eski Türk Ceza Kanunu'na ek olarak banka ve kredi kartlarına karşı işlenen suçlar ve tüzel kişilerin bilişim suçları işlemesine yönelik maddeler getirilmiştir.

**D**ünyada bilişim ve iletişim teknolojilerinde yaşanan değişimler ve gelişmeler günlük yaşantımızda gerek kamu gerekse özel sektörde sıklıkla karşımıza çıkmaktadır. Özellikle internetin yaygınlaşmasından sonra bireysel verilere erişme, bu verileri ele geçirme ve kullanma eylemleri artış göstermiştir. Bu teknolojik gelişmeler kendi içinde bilişim alanını oluşturmuştur. Bununla birlikte "Bilişim Alanındaki Suçlar" adı altında bir suç grubunun ortaya çıkması zorunlu hale gelmiştir.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda bilişim suçları onuncu bölüm altında "Bilişim Alanında Suçlar" başlığı ile ele alınmıştır. 765 Sayılı Eski Türk Ceza Kanunu'na ek olarak banka ve kredi kartlarına karşı işlenen suçlar ve tüzel kişilerin bilişim suçları işlemesine yönelik maddeler getirilmiştir.

Bilişim alanında suçlar başlığı altında yer alan maddelerden 243. maddenin birinci fıkrasında bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına hukuka aykırı olarak giren ve orada kalmaya devam eden kimse- nin hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılacağı kabul edilmiştir. Burada yer alan genel kasttır. Kişinin, ilgiliye zarar verme veya yarar elde etme ya da belirli verileri elde etme amacına sahip olması durumunun suçun oluşumu bakımından önemi yoktur. Bu suç sisteme hukuka aykırı olarak girip orada kalmaya devam etmekle tamamlanır. Sisteme girmeye çalışmak ya da girdikten sonra orada kalmayı başaramamak teşebbüs halini oluşturur. 765 Sayılı TCK'da sisteme salt girilmiş olması ve orada kalınması tamamen suç olarak sayılmamakla birlikte verilerin ele geçirilmesi yok edilmesi veya değiştiril-

(\*) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 4. Sınıf Öğrencisi

mesi durumunda suç gerçekleşmiş oluyordu.

Aynı maddenin ikinci fıkrasında, tanımlanan fiillerin bedeli karşılığı yararlanılabilen sistemler hakkında işlenmesi halinde verilecek cezanın yarı oranında indirileceği kabul edilmiştir. Ancak burada belirtilen bedeli karşılığı yararlanılan sistemlerden ne kastedildiği tam olarak açıklanmamıştır.

Aynı maddenin son fıkrasında ise fiil nedeniyle sistemin içerdiği verilerin yok olması ve değişmesi durumunda cezanın ağırlaştırılacağı kabul edilmiştir. Maddenin gerekçesinde bu hükmün uygulanabilmesi için failin verileri yok etmek veya değiştirmek kastıyla hareket etmemesi gerektiği belirtilmiştir.

Yargıtay'ın 765 Sayılı TCK zamanında vermiş olduğu bir kararın bu konuya örnek teşkil ettiği kanısındayım. Kararda sanığın sahte olarak oluşturulan banka kredi kartlarına yabancı ülke banka kredi kartı sahibi kişilere ait bilgileri, bilişim sisteminde yer alan program ve verilerden yararlanarak zarar vermek ve haksız çıkar sağlamak için nakletme eyleminin bir bütün olarak TCK'nın 525/A-2 ve 80. maddelerine uygun zincirleme tek suç oluşturduğunun gözetilmesi kabul edilmiştir.

Madde 244'ü ele aldığımızda burada seçimlik hareketli bir suçun düzenlendiğini görüyoruz. Maddenin birinci fıkrasında bilişim sistemine girme eylemi gerçekleştikten sonra bilişim sisteminin işleyişinin engellenmesi veya bozulması durumunda kanun koyucu ceza-

landırma öngörmüştür. İkinci fıkrada ise sistemdeki verilerin bozulması, yok edilmesi, değiştirilmesi, kullanılmaz hale getirilmesi, yeni verilerin yerleştirilmesi, var olan verilerin başka yere gönderilmesi cezalandırılmaktadır. Üçüncü fıkrada banka ve kredi kartları ya da kamu kurum ve kuruluşlarına karşı gerçekleştirilen eylem suçun ağırlaştırıcı nedeni olarak kabul edilmiştir. Son fıkrada bu fiillerin işlenmesi suretiyle kişinin kendisinin veya başkasının yararına haksız bir çıkar sağlamasının başka bir suç oluşturmaması halinde hapis veya adli para cezasına hükmolünacağı kabul edilmiştir. Yani burada mevcut suç hırsızlık, dolandırıcılık, emniyeti suistimal suçlarını içerdiği takdirde bu fıkra hükümlerine göre uygulama yapılmayacaktır.

765 Sayılı TCK döneminde Yargıtay'ın bir kararında sanıkların çaldıkları kredi kartı ve şifreyi kullanarak bir banka şubesindeki ATM makinesinden para çekip hukuka aykırı olarak yarar sağlaması eylemi hırsızlık suçunu değil, TCK'nın 525/B. maddesinin ikinci fıkrasında (5237 sayılı TCK m.244) düzenlenen "*bilgileri otomatik işleme tabi tutulmuş bir sistemi kullanarak hukuka aykırı yarar sağlamak*" suçunu oluşturduğu; bu hali ile çalınan kredi kartı ile ATM makinesinden çekilen paranın, hırsızlık suçuna ilişkin maddenin esas alınmayacağı kabul edilmiştir.

Yine Yargıtay'ın 765 sayılı TCK döneminde vermiş olduğu başka bir kararda sanığın haksız olarak

ele geçirdiği bir başkasına ait kart ve şifreyi kullanarak bir bankanın iki farklı şubesindeki ATM makinesinden para çekip hukuka aykırı yarar sağlama eyleminin TCK'nın 525/B-2. maddesinde düzenlenen bilgileri otomatik olarak işleme tabi tutmuş bir sistemi kullanarak hukuka aykırı yarar sağlamak suçunu oluşturduğu kabul edilmiştir.

245. Maddede banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılması suçunun ele alındığını görüyoruz. Madde gerekçesinde, maddenin banka ve kredi kartlarının hukuka aykırı olarak kullanılması suretiyle bankaların veya kredi sahiplerinin zarara sokulmasını bu yolla çıkar sağlamasını önlemek ve failleri cezalandırmak amacıyla kaleme alındığı bildirilmiştir. Bu suç ya başkasına ait 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 ya da aynı fiilin aynı koşullarda sahibine verilmesi gereken bir banka veya kredi kartının bunu elinde bulunduran kimse tarafından kullanılması veya kullandırılması şeklindeki hareketlerle gerçekleştirilir.

Aynı maddenin ikinci fıkrasında da bu fiillerin, oluşturulmuş sahte bir banka veya kredi kartını kullanarak işlenmesi durumunda daha ağır bir ceza ile cezalandırılacağı kabul edilmiştir. Ancak bu hüküm göz önüne alınarak cezaya hükmedilebilmesi için, fiilin daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmaması gerekir.

Bilişim alanında suçlar başlığı altında yer alan son düzenleme 246. madde olup, bu bölümde yer alan suçların işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı düzenlemesini içermektedir.



## YARSAV

HAKAN MURAN<sup>(\*)</sup>

**Y**argının devlet adına soruşturma işlemlerine girişen, dava açan ve davayı, savunmaya karşı yürüten savcılık kurumu ile yargıçların mahkeme dışı bu yakınlığının, iddia makamı lehine olduğu ve/fakat savunma makamının gücünü zayıflattığı açıktır. Hâkimler ve Savcılar kanunu, hâkimlik ve savcılık ile ilgili ortak hükümleri düzenlemektedir. Asıl olan bu kanunu değiştirilmesi ve Yargıç ve savcıya da tıpkı “Avukatlık Kanunu” gibi farklı yasalarla düzenleme getirilmesidir.

**T**ürk yargısında görev yapan, değerli Yargıç ve Savcılar ile emekli olmuş ya da henüz mesleğe aday statüsünde olan yargıç ve savcıları da kapsayacak bir yapılanmayla, sivil örgütlenme gereksinimini karşılamak üzere, 26 Haziran 2006 tarihinde “Yargıçlar ve Savcılar Birliği”ni (YARSAV) oluşturmuşlardır. Birliğin üye sayısı emekli ve adaylar hariç tutularak, görev yapanlar dikkate alındığında 501 ‘dir. (Toplamın yaklaşık % 6’sının katılımı suretiyle kurulmuştur.)

5253 sayılı Dernekler Kanuna tabi olan, birliğin, amacı Yargıçlık ve Savcılık mesleğinin gelişmesine ve Türk Yargısının sorunlarına, olumlu katkı yapmayı hedeflediği açıktır. Diğer yandan, birliğin kurulma zamanlaması, birliğin ilk

etkinlikleri, birlik tüzüğünde yer verilen bazı maddelerin içeriği, birlik kurucu üyelerinin yazılı ve görsel basında yaptıkları söyleşilerdeki kullandıkları üslupları, “Yargının Sorunlarına Çözüm Üretecekleri” söylemleri üzerine endişeler oluşmaktadır. Gerçekten de birliğin tüzüğü ve kuruluş sonrası gelişmeler incelendiğinde, mevcut endişelerde iki önemli noktada haklılık payı olduğu saptanmaktadır. Öncelikle, birliğin “Yargı” kavramına yaklaşımı ve “Yargının Unsurları”nın kimler olduğu anlayışı, ayrımcı ve tek yanlı düşüncelerden bir farklılık göstermemektedir. Diğer konu, birliğin amaçlarını gerçekleştirmedeki yöntemlerine ve duruşuna bakarak, yargıyı hangi temellerde ve nasıl etkileyecekleri noktasındaki görülen endişelerdir.

(\*) Stj. Avukat, İstanbul Barosu.

### Savunma Unsuru Yargıda Dışlanıyor mu?

Yargıyı, salt mahkemelerin varlığı ve yargıçların yargı yetkisini kullanarak, Türk halkı adına karar (hüküm) kurması olarak algılanmaması gerekir. Yargı, günümüzde, tahkim, uzlaşma, alternatif çözüm yolları gibi kurumları da içerecek şekilde genişlemiş, hukuk düzenini korumaya yönelik, yasa- ma ve yürütmeden bağımsız bir fonksiyondur. Yargılama işlemleri sonucunda, amaçlanan, maddi hukuk düzenlemeleri sınırları içinde, somut *hak*ın, hak sahibine verilmesidir.

Yargının daha geniş bir şema içinde yorumlanmasının doğal sonucu olarak "*Yargının Kurucu Unsurları*"nın kimler olduğu sorusunun farklı yanıtları ortaya çıkmaktadır. Yargıçlar ve savcılarda eskiden beri algılanan görüş, yargının ana unsurlarının salt yargıç ve savcılar olduğu yönündedir. Bu yönde bir kanı oluşmasının arkasında bugüne değin hep bireysel davranış ve çıkışların varlığı kabul edilmiştir. Örneğin; Yargıtay'ın en yüksek yargıcının "*Yargıtay, hâkim ve savcılarındır...*" söylemi, Yargıtay üyelerinin, avukatları kastederek "*Dışarıya, karar vermiyoruz*" ifadeleri birer kişisel yaklaşım olarak kabullenebilir. Fakat bugün en az 501 üye adına hareket eden birliğin, söylemlerinde "*yargının kendi sesinin duyurmak için meydana çıktık*" ya da, "*yargı mesleğini bütününü ile temsil eden tüzüğümüz*" yolundaki anlatımları (03.08.2006, Flash televizyonu, Sisler Bulvarı Programına katılan Yarsav kurucu üyeleri-

nin aktarımları) bu hatalı görüşün bireysel değil ama yargıç ve savcılarının bir kısmının hala o tutucu ve kökten bakış açılarının sürdüğünü göstermektedir. Eklenmelidir ki; yasa koyucu 2802 sayılı "*Hâkimler ve Savcılar Kanunda*" yargıçlık ve savcılık mesleklerinin şartlarını aynı kanunda düzenlemiş olması ve hem yargıçlar ve hem de savcılar için tek bir kurul tarafından (HSYK), atama, mesleğe kabul, kademe ilerlemesi işlemlerinin yapılıyor olması bu hatalı görüşün sürmesine katkıda bulunmaktadır.

Bu sakıncalar birliğin tüzüğünde de yer bulmuş ve "*İlkeler*" başlığı altında sayılmıştır. Şöyle ki; tüzük md. 4/39, "*Yargıçların idari konularda Yargıçlar ve Savcılar Yüksek Kurulu'na (HSYK) kast ediliyor, Cumhuriyet savcılarının ise hem adli hem idari konularda Türkiye Cumhuriyet Başsavcılığına bağlı olmasını benimser ve savunur*", devamında md. 4 / 51; "*Yargıçlar ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun yargıçlar ve savcılar olarak iki bölüm halinde çalışmasını, Kurul üyelerinin demokratik ilkeler çerçevesinde belirlenmesini savunur*". demektedir. Görüldüğü üzere olması gereken düzenleme için olumsuzluğun kaynağını oluşturan 2802 sayılı kanunun değiştirilmesi görüşümüze, birlik de katılmaktadır.

Açıkça ifade edilmelidir ki, Türkiye Cumhuriyeti'nin avukatları Türk yargısının her bir değerli yargıç ve savcısı kadar, yargının kurucu unsurudur. Aksi yönde açık ya da zımni çabalar ve birliklikler, mevcut *hatalı yasal düzenlemelerin* ve sığ yaklaşımların bir

ynelenmesi olacağından “Yargının Bağımsızlığına ve Yargının Gelişmesine” katkı sunmaz. Bu yüzden yaklaşık 3 saat süren bahsi geçen televizyon programında, “avukat” kurumuna değinmemek(Danıştay saldırısını kınayan gruplardan biri olarak söz etmek dışında) yargının birliğini temin için yeterli bir tutum olamaz. Bu birlik, yargının 2/3 unsurunu içinde barındırdığına göre, yargının vefa görmeyen ve iş yükü en ağır olan yasal ayağına, yani avukatlara, daha fazla önem vermesi beklenirdi. Savunmanlar ne yazık ki klasik tutum içinde bir kez daha dışlanmıştı.

### **Hâkimlerin Bağımsızlığı “Görüntü” Olarak da Korunacak mıdır?**

Avukatlığı gizlice dışlayabilen, olumsuz tutumların kaynağında, TBB başkanı Özok’un da belirttiği üzere, asıl sakınca, örgütlenme hakkının kullanılmasında değil; fakat Yargıç ve Savcılar “tek bir çatı altında toplama” isteği ile harekete geçilmiş olunması yatmaktadır. Birlik, yargıyı yargıç ve savcıdan ibaret sanmaktadır.

Oysa Yargının temel unsuru savunma olmadan hiçbir yargı faaliyeti olmaz. Yargıyı yargı yapan kutsal savunma hakkı ve onu kullama yetikisi ile görev yapan ise Avukatlardır.

Birliğin tüzüğünün dayanağı olan “Evrensel” (uluslararası anlamında) Kurallar” ve AB düzenlemeleri Yargıç-Savcı birlikteliğinin sonlandırılmasının gereğini ortaya koymaktadır, En son Avrupa Birliği ilerleme raporlarında Türk yargısı-

na bu konu açıkça önerilmektedir. Bu gerekliliğin bilinmesine karşın birlik, yargıç-savcı bloğu şeklinde oluşturulmuştur. Televizyon programında ve tüzük ön sözünde bu yapılanma, Yarsav kurucu üyelerince şu şekilde savunulmaktadır; “Bazı ülkelerde olduğu gibi ülkemizde de yargıçlık ve Cumhuriyet savcılığı eşit statüde kabul edilmiş, 2802 sayılı Yasa’da da bu doğrultuda düzenlemeler yapılmıştır. Yargıçlık ve savcılığın tek bir meslek içinde farklı görevler olarak kabul edilmesi ve karşılıklı geçişlerin de her zaman olası bulunması karşısında; yüksek yargıçlar, yargıçlar, Cumhuriyet savcıları ve savcıların farklı örgütlenmeler yerine, aynı örgütün çatısı altında toplanmaları zorunlu olarak olanaklı kılınmıştır (Tüzük/önsöz md.10)”. Buradaki “zorunluluk” ile “olanaklılık” kavramlarının nasıl bir uygunluk ve bütünlük gösterdiğine şaşmakla birlikte, aslında, bu durum yargıç-savcı bloklaşmasını var etmek için bir olanak arandığı varsayımına destek oluşturan bir anlatım olmuştur.

Bu birliktelik ileriye dönük olarak da “hâkimlerin bağımsızlığı”nın zedeleneceği yönünde, haklı büyük endişeler uyandırmaktadır. Yargıç ve savcıların birlikte, bağımsız iradeleri ile oluşturulmuş meslek örgütü içinde bir blok görüntüsü vermeleri hâkimlerin bağımsızlığına etki edeceği endişesi BM Bangalor Yargı Etiği İlkelerine (2003/43) göre de yorumlanabilir. Uluslararası alanda kabul gören bu ilkeler göre; özetle; “...hâkim, mahkeme dışında yargı tarafsızlığı bakımından kamuoyu güvenini sağlaya-

*çak ve artıracak davranışlar içinde olmalıdır*". Bu doğrultuda değerli hâkimlerimizin tarafsızlığına ve bağımsız hareketlerine etki edilmesini olası görmemekle birlikte unutulmamalıdır ki, adaletin gerçek anlamda sağlanması kadar, görüntü olarak da sağlanması önemlidir. Hâkimin dürüstlük ve dürüstlüğü görüntüsü olarak ortaya konuluşu, bir hâkimin tüm etkinliklerini icrada esaslı bir unsurdur. İkelere göre bir yargıç; "...normal bir vatandaş tarafından sıkıntı verici olarak görülebilecek kişisel sınırlamaları kabullenmelidir". ayrıca, "...tarafgirlik veya bir tarafa meyiletme görüntüsü ya da şüphe doğuracak durumlardan kaçınmalıdır."

Hâkimlerin dernek kurma, inanç, toplanma ve ifade özgürlükleri Bangalor İkellerinde md. 4,6' da yerini bulmuştur. Fakat bu hak şu şekilde de sınırlanmıştır: "*hâkim, bu hakların kullanılmasında, yargı mesleğinin onurunu, yargının bağımsızlığını ve tarafsızlığını koruyacak şekilde davranmalıdır.*" Bu aşamadan sonra Yarsav adı altında savcılar ve hâkimlerin birlikte duruşunun nasıl değerlendirileceğine bakmak gerekir. Çünkü kurucuları, birliğin bu blok yapısını açıklarken, Avrupa Yargıçlar Birliğine üye olan diğer ülkelerdeki yargıç-savcı bloğu şeklinde birlikte üye olunmasını temel destek olarak göstermektedir. Gerçekten, bazı ülkelerde durum bu şekildedir. Örneğin, Hollanda'nın katılımı Yargıçlar ve savcılar topluluğu olarak kayıt edilmiştir. Fakat Hollanda'nın ayrıca "*Uluslararası Savcılar Birliği*"ne

üyeliği de vardır. Hollanda'da avukatların hukuki ve toplum içi değerlendirmeleri ayrıca incelenerek, bu tür örneklemelere gidilmesi gerçekçi olacaktır. Salt bir ölçüt alınarak, örnek oluşturduğu iddia edilemez.

Yargının devlet adına soruşturma işlemlerine girişen, dava açan ve davayı, savunmaya karşı yürüten savcılık kurumu ile hâkimlerin mahkeme dışı bu görüntüsel yakınlığının, iddia makamı lehine olduğu ve/fakat savunma makamının gücünü zayıflattığı açıktır. Hâkimler ve Savcılar kanunu, hâkimlik ve savcılık ile ilgili ortak hükümleri düzenlemektedir. Asıl olan bu kanunu değiştirilmesi ve Yargıç ve savcıya da tıpkı "*Avukatlık Kanunu*" gibi farklı yasalarla düzenleme getirilmesidir. Hatalı olan ortak kanuna dayanarak, başka hatalı görüntü uyandıracak bir birlikteliğin "*zorunluluk*" olduğunu söyleyerek bu özürün arkasına sığınmaktır.

Unutulmamalıdır ki; savcılar yürütme içinde ve hiyerarşik bir düzen çerçevesine Adalet Bakanlığına bağımlı bir görev yapmaktadır. Yargıçlar ise "*Yargı Yetkisini*" Türk Milleti adına kullanılmaktadırlar. Gerektiğinde hukuk yaratan yargıç, hepimizin gözünde, adaleti ve hakkaniyeti, kendi temel haklarının bile üstünde gören, yargının en objektif unsurudur. Bu el ele dernekleşmenin, hâkime olan inancı ve saygınlığı olumlu yönde artıracığı yönündeki beyanlar, hayatın doğal akışına aykırılık oluşturur.

**Hâkim ve Savcıların  
Avrupa'ya İlk Üyelikleri,  
İlk Hedefleri mi?**

Belirtilmelidir ki; yürütme, yargının bu iki mesleğini, tek çatı altında faaliyet göstermesine yönelik özel bir kanun tasarısını ilgili kurumların görüşüne sunduğu günlerde, Yarsav adı ile birlik hızla kurulmuş ve faaliyete geçirilmiştir. Böylece, “*Türkiye Hâkimler ve Savcılar Birliği Kanunu Tasarısı*” tartışılmadan üzerinde görüş ve düşünceler yeterince olgunlaştırılmadan, harekete geçilerek bir adım önde pozisyon alınmıştır. Yarsav kurucu üyelerinin savı, kanun tasarısı ile kurulacak bir birliğin, yürütmenin “*vesayet veya güdümünde*” olacağı yönündedir. Hâlbuki kanun koyucunun tasarısı ve birliğin tüzüğü incelendiğinde, maddelerinde büyük koşutluklar olduğu görülecektir (Tasarı, md.6/1-b). Adalet Bakanlığının idari ve mali vesayetinin etki ve yönlendirmesinin açıkça nasıl olacağı, tam bir sivil oluşum niteliğini nasıl etkilediği, birlik kurulmadan önce kamuoyuna sunulmamıştır. Diğer yandan, “*tam bir sivil örgüt görüntüsü*” ne sahip olma, Avrupa Hâkimler Birliğine “*kabul*” edilme şartı olarak açıklanmakta ve Rusya'nın başvurusunun ret edilmiş olması örnek olarak gösterilmektedir. Rusya'nın ret edildiği bir sonuçtur. Bu sonucun oluşmasına neden olan “*Rus Kanunu*” ve Avrupa Hâkimler Birliğinin gerçek ret nedenleri yeterince bilinmemektedir. Bu örnekten yola çıkıp, kanun kuvvetinde bir düzenleme ile kazanılabilecek olası olumlu

hakları en azından tartışılmamış olmak bir aceleciliktir.

TBB ve barolar bağımsız, ama zorunlu bir mesleki örgütlenmede, yargıya modeldir. Sorunlarını adım, adım kanun koyucu ile kıran kırana demokratik uğraşlar içinde çözmektedir. Kanımca, yargıçlar ve savcılar için yapılacak yasal bir düzenleme ile TBB benzeri örgütlenme, hâkim ve savcılarının en büyük sorunu olan Adalet Bakanlığının “*Teftiş ve Soruşturma*” yetkisinden kurtulmak için daha etkili bir yol olacaktır.

Birliğin, yargı dünyamıza olumlu hizmet niyeti ile hareket ettiği açıkça tüzük ilkelerinden görülmüyor. Diğer yandan harekete geçmelerine neden olan temelleri ise uluslararası (evrensel) kabullere ve özellikle AB ölçütlerine dayandırıyor. Bunun başka bir sonucu olarak, birlik internet sayfasında ilk göze çarpan mesajda; “*Yarsav, 28.07.2006 tarihinde Dünya Yargıçlar Birliğine ve onun bölgesel kuruluşu olan Avrupa Yargıçlar Birliğine (AYB) üye olmak üzere resmi başvuruda bulunmuştur*” duyurusunu yapıyor. “*Önce başvuran kazanır ve Türkiye'nin yargıç-savcılarını temsil eder*”, ereği ise, demokratik ve katılımcılık ilkesi ile bağdaşmıyor. Burada Avrupa'ya üye olup, kurulacak diğer birliklerin önüne geçmek hedef olmamalıdır. Ama AYB'ye başvuru bir yarış havasına sokulduğundan, kurulması muhtemel diğer benzer derneklerin de görüşü alınmamış, birliklilik sağlanamamıştır. AYB'ye üyeliğin olumsuzlukları tartışılmamıştır.

### Atatürk İlkeleri Nerede?

Kanun koyucu tarafından hazırlanan ve Hâkimleri ve Savcılar vesayet ve güdüm altına alacağından korkulan Tasarı incelendiğinde iki maddede; “*Adli ve idari yargı faaliyetlerinin Türkiye Cumhuriyetinin temel ilkeleri doğrultusunda, Atatürk ilke ve inkılâplarına uygun olarak yürütülmesi amacıyla bilimsel çalışmalar yapmak*” (Tasarı, md 5/1-b ve 22/1-b) şeklinde ifadeye yer verilmiş iken, Birliğin tüzüğünde “**Atatürk**” ifadesi yoktur. Tüzük önsöz md. 13’de Anayasa ve yasalara olan bağlılık belirtilmiştir. Anayasa’ya bağlılık tasarıda da ayrıca düzenlenmiştir. Yarsav üyesi değerli yargıç ve savcılarımızın Atatürk ve İlkelerine ve Cumhuriyete bağlılıkları tartışılmaz. Bu konuda kuşku yoktur. Diğer yandan bu gerçekliğin duruşu ve Avrupa’ya sunumu da önemlidir. Cumhuriyeti var eden ilkelerin bir sembol olması, içimizde zaten yaşıyor olması yetmez. Açık ve seçik vurgulamak da gerekirdi.

### İlkeler ve Söylemeler Yüksek Beklentileri Karşılacak Düzeyde midir?

Hâkim ve savcılık, Türk yargısının en güvenilir kurumlarından. Güvenin sürdürülmesi zor bir faaliyettir. Güven duyumsamanın en yüksek derecede olması, yargı mensuplarından beklenen özen ve özveri derecelerini kat kat artırmaktadır.

Önemle vurgulamak istediğimiz bir nokta, birliğin anayasası niteliğinde olan tüzük kavramlarının ve içeriğinin oluşturulmasında salt uluslararası kabul görmüş ifadelerin seçilmiş olmasıdır. Ancak bu

anlaktımların yaratıcı olduğunu söylemek güçtür.

Bu düşünceler ışığında, tüzükte tartışılması gereken önemli bir düzenlemeye md. 13/6’da yer verilmiştir. Maddeye göre; “*Hiçbir üye, bu sıfatlarından hareketle yönetim kurulunun izni veya onayı olmaksızın basına veya kamuoyuna açıklamada bulunamaz; özel veya tüzel kişilere, kurum, kuruluş veya herhangi birime bilgi ve beyan veremez veya işbirliğinde bulunamaz. Aksi halde yapılan iş ve işlemler Birliği bağlamaz.*” denilmiştir. Bu ifadenin düşünce ve anlatım özgürlüğüne olumsuz bir katkısı olacağı doğaldır. Metinde yer alan “*veremez*” ve “*bulunamaz*” ifadelerinin yanısıra yaptırım olarak da birliği bağlamaz kuralının getirilmesi bir güvensizliği başlangıçta vurgulamaktadır.

Tüzük md. 8/2’de; “*Bir başka yer veya kurumda geçici veya süreli görevde bulunmak, üyeliğe engel değildir*” ifadesi HSYK’nın 5 üyesinin de (tahminen asıl üyeler) Yarsav birliği üyeliğine girmelerini sağlamıştır. HSYK, hâkimler ve savcılar için hassas bir kurumdur. Hatta bu hassasiyetin doğurduğu ve kuşkuyla önlemeye yönelik bir önlem bizzat birliğin tüzüğünde şu şekilde vurgulanmıştır; md. 4/52 “*Yargıçlar ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun yüksek yargıdan seçilmiş üyelerinin, Kurul üyelikleri süresince veya bu görevleri sona erdikten sonra belirli bir süre, yüksek yargıdaki seçimlere aday olamamalarını ve aday gösterilememelerini savunur*”. Bu noktada gösterilen özen, üyeliğe kabulde ise gösterilmemiş ve 5 üyenin kazanımı televizyon

programında açıklanmıştır. HYSK'nın gücü, etkisi ve önemini anlatmanın yararı yoktur. Böyle önemli görev icra eden üyelerin olduğu birlikte bulunmak, bir çekicilik unsuru olacak mıdır? Birliğe girmek istemeyen değerli hâkimler ve savcılar ya da başka bir birlik kuracakların HSYK'yı yetkilerini kullanarak aldığı kararlara karşı, objektiflik, tarafsızlık ilkelerinin tam olarak uygulandığına inançları eskisi kadar sağlam olacak mıdır?

Birliğin gelir edinmesi yöntemlerinden biri, tüzük md. 30/d; “Bağışlar ve yardımlar” olarak nitelendirilmiştir. Bağış ve yardımlardan haksız çıkar peşinde olacıklara karşı önceden önlemler de öngörülmüştür. Buna göre; md 31/9; “Üyelerinin görevli olduğu yargı organlarında, kendileri ile ilgili iş veya işlem bulunan kişilerden yardım veya bağış kabul edilemez. Bu koşula aykırılığın yardım ve bağışın yapılmasından sonra anlaşılması durumunda, alınan yardım ve bağış derhal iade edilir” şekline bir düzenleme getirilmiştir. Devamında bu bağışların Yönetim Kurulunca “titizlikle incelenmesi” güvencesi de vurgulanmıştır. Bu maddeki; “...kendileri ile ilgili” ifadesi yetersizdir. İfadenin alt-üst soy, ikinci dereceye kadar kan ve sıhrî hısımları iş ortakları ve klüb, dernek ve birlik üyelerinin tamamını kapsayacak şekilde genişletilmesi hâkimlere ve savcılara olan güvenin görünüşte gölgelenmesini engelleyecek midir? Daha kökten bir düzenleme

yapılması ve bağış kabulünün yasaklanması gerekmeze miydi?

Tartışmaya açmak istediğimiz bir diğer kavram, birliğin “Siyaset Üstü” olmasıdır. Hem tasarıda hem de tüzükte “birliğin siyasi kimliği” olmadığı vurgulanmıştır. Yarsav tüzüğünde, hem “siyaset dışılık” hem de “siyaset üstülük” yinelenmektedir. Yargının 2/3 unsurunun temsilcilerini barındıran bir örgütlenmede, siyaset üstü olunması; olumsuz bir önyargının dışa vurumudur.

### **Yakın Gelecekte, Yeni Birliklerin Oluşumu Beklenmeli midir?**

Öğretide, Dernek kurma hakkı konusunda, eski 2908 sayılı Dernekler Yasası 16. madde sınırlamalarının 5253 sayılı Yeni Dernekler Yasasında yer almaması nedeniyle yargının tüm üyelerine dernek kurma ve üye olma yolunun açıldığı görüşü egemendir.

Bu halde, önümüzdeki günlerde yeni birliklerin oluşması, Yarsav'ın avantajlarına karşın beklenebiler.

Avukatlar-Savcılar ya da Yarğçlar-Avukatlar birer birlik oluşturabilirler. Ancak bu durumun etik ilkelere uygunluğuna katılmak mümkün değil.

TBB Başkanının bu konudaki isabetli bir önerisi; “Hâkim, Savcı, Avukat birliklerinin 3 ayrı birlikte örgütlenmesini tamamlaması sonrası üst bir kurum olarak yargının üçağının birleştirici, tek bir çatı oluşturması.” yönündedir.

**HABERLER...**

**HABER... HABER... HABER... HABER... HABER... HABER... HABER...**

## **KOLCUOĞLU; “AVUKATLIK SINAVININ KALDIRILMASI MESLEKTE CİDDİ SONUÇLAR DOĞURUR”**

*B*ugün somut durum, hukuk fakültelerinin hukukçu yetiştirmekten ötede, giderek avukat yetiştirdiği bir süreci ifade etmektedir. Oysa yargı sistemimizin, hukukçu kimliği taşıyan ara insan gücüne de gereksinimi bulunmaktadır.

İstanbul Barosu Başkanı Av. Kazım Kolcuoğlu, tüm milletvekillerine 27 Kasım 2006 günü gönderdiği iletide, avukatlık sınavının kaldırılmasının sakıncalarına işaret etti. Kolcuoğlunun iletisi şöyle:

*Sayın Milletvekili, TBMM Gündeminde bulunan ve halen görüşülmekte olan Avukatlık Yasasının Bazı Hükümlerinin Değiştirilmesine Dair Yasa Tasarısı ile Avukatlık Sınavının kaldırılması amaçlanmaktadır.*

*Bu girişim, avukatlık mesleği ile ilgili olarak ciddi sonuçlar doğuran bir dizi olumsuzluğu içermektedir.*

*Halen sayıları kırka ulaşan hukuk fakülteleri tarafından yılda yaklaşık 6000 mezun verilmekte olup, bunların çok büyük bir bölümü avukatlık başvurusu yapmaktadır. Açılan Fakültelerin öğretim üyeleri açısından var olan yetmezlikleri dahi, fakülte mezunu hukukçuların yeterli eğitim sürecinden geçmemiş olduklarının temel göstergesi iken,*

*bu düzeyin yükseltilmesi yerine, mezunların otomatik olarak avukatlığa yönlencileri, mesleğimizin saygınlığı açısından bir gerileme sürecinin yaşanması sonucunu doğuracaktır.*

*Bugün somut durum, hukuk fakültelerinin hukukçu yetiştirmekten ötede, giderek avukat yetiştirdiği bir süreci ifade etmektedir. Oysa yargı sistemimizin, hukukçu kimliği taşıyan ara insan gücüne de gereksinimi bulunmaktadır.*

*Avrupa Birliğine giriş çalışmaları yapan ülkemizde, standartların uyumu için yapılan bir dizi değişikliğe karşın, bu yasa ile yapılması planlanan değişiklik, amaçlanan gelecek perspektifine aykırıdır.*

*Avukatlık, yasa gereği yargının kurucu unsurudur. Yurttaşların hak arama özgürlüklerinin avukatlar eliyle kullanılması, mesleğe gösterilmesi gereken özennin ifadesidir. Bilgi eksikliğinin adil yargılanma hakkını ve hak arama özgürlüğünü zedelemesi mutlaka engellenmelidir.*

# **AVUKATLAR VE STAJYER AVUKATLARA UYAP KURSLARI SÜRÜYOR**

*Seminer-kurs programında, UYAP Nedir? Avukatlara ne gibi kolaylıklar ve olanaklar sağlar, Elektronik İmza, elektronik sertifika nedir? Avukat portalına nasıl girilir, nasıl kullanılır, UYAP icra programı nasıl kurulur, nasıl kullanılır gibi konular ele alınmaktadır.*

İstanbul Barosu Bilgi İşlem Servisi Ulusal Yargı Ağı Projesinden (UYAP) yararlanmak isteyen avukatlar ve stajyerler için üç saat süren seminer-kurs programı devam ediyor.

Kurslar hafta içi Perşembe günleri dışında saat 14.00 16.00, 16.00 19.00 arasında

Bilgi İşlem Servisi personeli tarafından Staj Eğitim Merkezindeki Bilgisayar Sınıfında veriliyor.

Seminer-kurs programında, UYAP Nedir? Avukatlara ne gibi kolaylıklar ve olanaklar sağlar, Elektronik İmza, elektronik sertifika nedir? Avukat portalına nasıl girilir, nasıl kullanılır, UYAP icra programı

nasıl kurulur, nasıl kullanılır gibi konular ele alınmaktadır.

Ayrıca seminer-kurs tamamlandığında meslektaşlarımıza bir dosya halinde içinde gerekli programlar bulunan UYAP CDsi ve UYAP dosyası verilmektedir.

Bu seminer-kurs programına katılmak isteyen meslektaşlarımızın, Baromuzun internet sitesine üye olarak giriş yapmaları ve sayfanın sağında bulunan UYAP İçin Bilgisayar Kursu linkini tıklayarak seminer-kurs programına katılmak istedikleri günü belirlemeleri gerekiyor. Kaydını yapan meslektaşlarımıza Bilgi İşlem Servisince kısa iletilerle kurs günü anımsatılacaktır.

## **TBB'NİN CMK KAPSAMINDA MÜDAFİ/VEKİL GÖREVLENDİRİLMESİNDE KARŞILAŞILAN SORUNLARIN ÇÖZÜMÜNE YÖNELİK ÇALIŞMALARI HAKKINDA BİLGİ NOTU**

*Bu kapsamda, zorunlu müdafilik “alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlar” için düzenlenmekte ve “baro tarafından görevlendirilen müdafî ve vekile, avukatlık ücret tarifesinden ayrı olarak, Türkiye Barolar Birliği’nin de görüşü alınarak Adalet ve Maliye Bakanlıkları tarafından birlikte tespit edilecek ücret Adalet Bakanlığı bütçesinde bu amaçla yer alan ödenekten ödenir. Bu ücret yarğılama giderlerinden sayılır. Bu madde uyarınca yapılacak ödeme ve uygulamaya ilişkin usul ve esaslar Türkiye Barolar Birliği’nin görüşü de alınmak suretiyle Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.” düzenlemesi önerilmektedir.*

Önceki bilgi notlarımızda belirttiğimiz gibi soruna çözüm arayışları içinde “Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı” hazırlanmış ve Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne sunulmuş idi. Bu Tasarı’nın hazırlanma ve Adalet Komisyonunda görüşülme aşamalarında karşı olduğumuz maddeleri ayrıntılı olarak belirttik. Söz konusu Tasarı halen Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin gündemindedir.

Adalet Bakanlığı ve Maliye Bakanlığının, görevlendirilen avukatların ücretlerinin bakanlıklarınca belirlenmesi, ödemelerin doğrudan

Maliye Bakanlığı tarafından yapılması gibi girişimler içinde olduklarını bunları gerçekleştirebilmek için “Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı”nın Genel Kurul’da görüşülmesi sırasında milletvekillerine değişiklik önermeleri verdirme hazırlıkları içinde olduklarını gördüğümüzü ve bu tutum karşısında eleştirilerimizi de ilettiğimizi VIII. Bilgi Notumuzda açıklamış idik.

Tasarı’nın Genel Kurul gündeminde görüşülme sırası beklenirken bu kez Tasarı’nın Türk Ceza Kanunu, Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hak-

kinda Kanun, Ceza Muhakemesi Kanunu, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun, Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, Kabahatler Kanunu gibi kanunlarda değişikliği düzenleyen maddeler ayrılarak A.K.P. Yozgat Milletvekili Bekir Bozdağ ve arkadaşları tarafından 10.10.2006 tarihli kırküç maddelik bir Yasa Teklifi'nin T.B.M.M. Başkanlığına sunulduğu öğrenilmiştir.

Bu Yasa Teklifi'nde müdafî/vekil görevlendirmeleri ile ilgili olarak CMK150. maddesinde ve CMK Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'un 13. maddesinde değişiklik önerilmektedir. Bu kapsamda, zorunlu müdafîlik "alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlar" için düzenlenmekte ve "baro tarafından görevlendirilen müdafî ve vekile, avukatlık ücret tarifesinden ayrı olarak, Türkiye Barolar Birliği'nin de görü-

şü alınarak Adalet ve Maliye Bakanlıkları tarafından birlikte tespit edilecek ücret Adalet Bakanlığı bütçesinde bu amaçla yer alan ödenekten ödenir. Bu ücret yargılama giderlerinden sayılır. Bu madde uyarınca yapılacak ödeme ve uygulamaya ilişkin usul ve esaslar Türkiye Barolar Birliği'nin görüşü de alınmak suretiyle Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir." düzenlemesi önerilmektedir.

Teklif metninin resmi olarak tarafımıza gönderilmemesine karşın Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu'nun 17.10.2006 tarihli toplantısında görüşüleceğinin öğrenilmesi üzerine Birlik Başkanımız toplantıya katılarak eleştirilerimizi dile getirmiştir\*.

Konu, TBMM Adalet Komisyonu, Siyasi Parti Grup Başkanlıkları ve milletvekilleri nezdinde takip edilmektedir.

Bilgilerinize sunulur.

**YARGITAY CEZA GENEL KURULU**

**E:** 2006/2-194 **K:** 2006/187 **G:**19.09.2006

**PARA CEZASINA ÇEVİRME • HAFİF HAPİS CEZASI**

(5252 s. TCKYK m. 7; 647 s. CİK. m. 4)

**Özet:** 5252 Sayılı Yasanın 7. maddesindeki düzenleme, 765 sayılı TCK'da yer alan hafif hapis ve hafif para cezasını da kapsamaktadır.

**K**umar oynatmak suçundan sanığın 765 sayılı TCK'nın 567/1, 647 sayılı Yasanın 4. ve 765 sayılı TCK'nın 72. maddeleri uyarınca 321 YTL adli para cezası ile cezalandırılmasına, sanığın erteli cezasının aynen çektirilmesine, kumar oynamada kullanılan oyun kağıdı ve tabela kağıdının aynı Yasanın 567/2. maddesi gereğince müsaderesine ilişkin, (Şırnak Sulh Ceza Mahkemesi)'nce 08.07.2005 gün ve 18-117 sayı ile verilip, yasa yoluna başvurulmaksızın 09.09.2005 tarihinde kesinleşmiş hükümlerle ilgili olarak Adalet Bakanınca yasa yararına bozma isteminde bulunulması üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay İkinci Ceza Dairesince 30.05.2006 gün ve 4911-10942 sayı ile; yasa yararına bozma istemi yerinde görülerek, "Şırnak Sulh Ceza Mahkemesinden verilip kesinleşen 08.07.2005 gün ve 18-117 sayılı kararın 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 309. maddesinin 4. fıkrasının (d) bendi uyarınca bozulmasına, sanığın eylemine uyan 765 sayılı TCK'nın 567/1. maddesi

uyarınca 5083 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Devletinin Para Birimi Hakkında Kanununun 2. maddesine 5335 sayılı Kanunla eklenen fıkra uyarınca mahkemenin takdiri de gözetilerek 1 ay hafif hapis ve 105 YTL hafif para cezası ile cezalandırılmasına, tayin olunan hafif hapis cezasının beher günü 647 sayılı Kanunun 4. maddesi gereğince 1 YTL hesabı ile 30 YTL hafif para cezasına çevrilmesine, aynı cins cezalar toplanarak sanığın sonuç olarak 135 YTL hafif para cezası ile cezalandırılmasına, 5252 sayılı Kanunun 5349 sayılı Kanunla değişik 7. maddesi uyarınca tayin olunan sonuç cezasının 135 YTL idari para cezasına çevrilmesine, infazın bu miktar üzerinden yapılmasına, hükmün sair hususlarının aynen bırakılmasına" karar verilmiştir.

Yargıtay C. Başsavcılığınca 12.07.2006 gün ve 60733 sayı ile itiraz yasa yoluna başvurularak,

5252 sayılı Yasanın 7. maddesinin, 765 sayılı TCY'de yatırım olarak hafif hapis veya hafif para ceza-

ları öngörülen suçlar yönünden uygulanması olanağının bulunmadığı, bu nedenle yasa yararına bozma isteminin reddine, uygulanma olanağının bulunduğu kabulü halinde ise, idari para cezasının 5252 sayılı Yasanın 7. maddesinde belirtilen esaslar çerçevesinde belirlenmesi için dosyanın Özel Dairesine gönderilmesine karar verilmesi, isteminde bulunulmuştur.

Dosya Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilmekle, Ceza Genel Kurulunca okundu, gereği konuşulup düşünüldü.

Sanığın kumar oynatmak suçundan idari para cezasıyla cezalandırılmasına karar verilip, temyiz edilmeksizin kesinleşen kararda Özel Daire ile Yargıtay C. Başsavcılığı arasındaki uyumsuzluklar;

1- 5252 sayılı TCY'nin Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Yasanın 7. maddesi hükmünün, 765 sayılı Türk Ceza Yasasındaki hafif hapis ve hafif para cezalarını da kapsayıp kapsamadığı,

2- Kapsadığının kabulü halinde ise somut olayda hesaplama yönteminin doğru olup olmadığının,

Belirlenmesi noktalarında toplanmaktadır.

1. Uyuşmazlık nedeninin incelenmesinde;

5252 sayılı "*Türk Ceza Yasasının Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Yasa*"nın 7. maddesi ile; Özel ceza yasaları ile ceza içeren yasalardaki, "*hafif hapis*" cezaları, "*hapis*" cezasına; "*hafif para*" cezaları ise, "*adli para*" cezasına, 6. maddesi ile de, yine aynı şekilde, ağır hapis cezaları, "*hapis*", ağır pa-

ra cezaları ise "*adli para*" cezasına dönüştürülmüştür. Ancak her iki maddedeki, "*özel ceza kanunları ile ceza içeren*" ibareleri, 1 Haziran 2005 tarihinden önce işlenip, kesin hükme bağlanmış veya henüz kesinleşmemiş suçlarla ilgili olarak yasal boşluk doğmaması ve madde hükmünün 765 sayılı Yasa kapsamındaki suçları da (kabahat-cürüm), kapsamaması amacıyla, 11.05.2005 gün ve 5349 sayılı Yasa ile madde metninden çıkarılmış, anılan Yasanın 3. maddesi ile; 5252 sayılı Yasanın 7. maddesi, 1 Haziran'dan önce işlenen ve tüm yasalardaki hafif hapis ve hafif para cezasını gerektiren suçları kapsayacak şekilde, düzenlemeye tabi tutulmuş 2. maddesi ile de, 5252 sayılı Yasanın 6. maddesi ağır hapis ve ağır para cezasını gerektiren suçlar yönünden, yeniden düzenlenmiştir.

Görüldüğü gibi başlangıçtaki hüküm, sadece özel ceza yasaları ile ceza içeren yasalardaki hafif hapis ve hafif para cezalarının dönüştürülmesi ile sınırlı iken, sonradan yapılan düzenlemeyle genel ve özel tüm yasaları kapsar hale gelmiştir. 5252 sayılı Yasanın 12. maddesi ile 765 sayılı Türk Ceza Yasasını tüm ek ve değişiklikleri ile yürürlükten kaldıran Yasa Koyucu, yürürlükten kaldırdığı bir yasadaki yaptırım sisteminin değiştirilmesini başlangıçta gereksiz görmüş, ancak, 765 sayılı Yasanın lehe yasa olması nedeniyle uygulandığı hallerde bir kısım duraksamaların doğması üzerine, 5349 sayılı Yasa ile yaptığı değişikliklerle, amacının 765 sayılı yasalardaki yaptırım sistemini dışlamak

olmadığını açıkça ortaya koymuş, yeni düzenleme ile de 6 ve 7. maddede hükümlerini tüm yasalar için uygulanabilir hale getirmiştir.

Bu itibarla Yargıtay C. Başsavcılığının, 5252 sayılı Yasanın 7. maddesindeki düzenlemenin 765 sayılı TCK'daki hafif hapis ve hafif para cezalarını kapsamadığına ilişkin itirazı yerinde değildir.

2- Özel Dairenin, idari para cezasını hesaplama yönteminin doğru olup olmadığına ilişkin ikinci itiraz nedenine gelince;

Ceza yasalarının zaman bakımından uygulanmasına ilişkin kurallar, yürürlükten kalkmış bulunan 765 sayılı Türk Ceza Yasasının 2. maddesinde ve 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan 5237 sayılı Türk Ceza Yasasının "Zaman bakımından uygulama" başlıklı 7. maddesinde benzer şekilde düzenlenmiş, her iki maddede de; ceza hukukunun en önemli ilkesi olan, ceza hukuku kurallarının yürürlüğe girdikleri andan itibaren işlenen suçlara uygulanacağına ilişkin, ileriye etkili olma prensibi ile bu ilkenin istisnasını oluşturan, failin lehine olan yasanın geçmişe etkili olması, "geçmişe etkili uygulama" veya "geçmişe yürürlük" ilkesine yer verilmiştir.

Bu ilke uyarınca, suçtan sonra yürürlüğe giren ve fail lehine hükümler içeren yasa, hükümde ve infaz aşamasında dikkate alınmalı, ancak aleyhe hükümler içeren yasa hiçbir şekilde geriye yürütülmemelidir.

Lehe yasanın tespiti ise değişen ceza mevzuatı karşısında dahi ha-

len geçerliliğini koruyan 23.02.1938 gün ve 23/9 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ve 5252 sayılı Yasanın 9/3. maddesi doğrultusunda, her iki yasanın birbirine karıştırılmadan, ayrı ayrı somut olaya uygulanıp, her iki yasaya göre hükmedilecek cezalar belirlendikten sonra, sonucuna göre lehte olanı uygulamayı gerekli kılmaktadır.

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

Sanın 21.12.2004 tarihinde işlediği kumar oynatmak suçundan Yerel Mahkemece 765 sayılı Yasa'nın 567. maddesi ile 5237 sayılı Yasa'nın 228. maddesi karşılaştırılmak suretiyle, 765 sayılı Yasanın 567/1. maddesi hükmü lehe kabul edilerek, 765 sayılı Yasa'nın 567/1. maddesi uyarınca 1 ay hafif hapis ve 111 YTL adli para cezası ile cezalandırılmasına, cezasının 647 sayılı Yasa'nın 4. maddesi gereğince günlüğü 7 YTL'den paraya çevrilmek suretiyle 210 YTL adli para cezası ile cezalandırılmasına, cezalarının 765 sayılı TCY'nin 72. maddesi uyarınca toplanarak sonuçta 321 YTL adli para cezası ile cezalandırılmasına, zoralıma ve erteli cezasının aynen infazına karar verilmiştir, bu kabulde yasaya aykırılık bulunmamakta ise de, uygulama, 21.04.2005 gün ve 5335 sayılı Yasa'nın 22. maddesi ile, 5083 sayılı Yasa'nın 2. maddesine eklenen 3. fıkrasındaki, "adli ve idari para cezalarının hesaplanmasında ve ödenmesinde bir Yeni Türk Lirası'nın (1 YTL) altında kalan tutarlar dikkate alınmaz" hükmü dikkate alınmaksızın, hafif hapis cezasının günlüğünün 1 YTL yerine 7

YTL'den paraya çevrilmesi nedeniyle isabetsizdir. Özel Dairece bu yasa aykırılığa işaret edilerek hüküm bozulmuş, 5271 sayılı Yasa'nın 309/4(d) maddesiyle verilen yetki kullanılarak, 765 sayılı TCY'nin 567/1. maddesi uyarınca 1 ay hafif hapis ve 105 YTL hafif para cezası ile cezalandırılmasına, tayin olunan hafif hapis cezasının beher günü 647 sayılı Yasa'nın 4. maddesi gereğince 1 YTL hesabı ile 30 YTL hafif para cezasına çevrilmesine, aynı cins cezalar toplanarak sanığın sonuç olarak 135 YTL hafif para cezası ile cezalandırılmasına, 5252 sayılı Yasa'nın 7. maddesi uyarınca tayin olunan sonuç cezanın 135 YTL idari para cezasına çevrilmesine, infazın bu miktar üzerinden yapılmasına karar verilmiştir. Bu hesaplama yöntemi ve uygulaması 5252 sayılı Yasa'nın 7. maddesi hükmüne uygun olduğundan, Yargıtay C. Başsavcılığının bu yöne ilişkin itirazının da reddine karar verilmelidir.

Aksinin kabulü halinde, ya ceza şu an infaz olanağı bulunmayan

135 YTL hafif para cezası şeklinde bırakılacak, ya da açık yasa normuna rağmen, hükmolunan sonuç hafif para cezasının 5252 sayılı Yasa'nın 7. maddesi hükmü uyarınca idari para cezasına dönüştürülmesi yerine, bu kez hükmolunan 1 ay hafif hapis cezasının günlüğü aleyhe olarak 20-100 YTL'den paraya çevrilerek, sanığın 600-3.000 YTL arasında idari para cezasına mahkûm edilmesini sonuçlandıracaktır ki, bu husus aleyhe olan hükmün geçmişe yürütülmesine yol açacaktır. Böyle bir kabul ise, ceza hukukunun temel ilkeleri ve yürürlükteki normlara aykırıdır.

Bu nedenlerle Yargıtay C. Başsavcılığının her iki itiraz nedeninin de reddine karar verilmesi gerekmektedir.

**Sonuç:** Açıklanan nedenlerle;

1- Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının (REDDİNE),

2- Dosyanın mahalline gönderilmek üzere Yargıtay C. Başsavcılığına tedvine, oybirliğiyle 19.09.2006 günü karar verildi.

**YARGITAY 1. CEZA DAİRESİ****E: 2004/4111 K: 2006/115 T: 07.02.2006****EK SAVUNMA HAKKI VERİLMEMESİ***(CMUK m. 258)*

**Özet:** İddianamede TCK 51/1 maddesinin uygulanması istenildiğine göre sanığa ek savunma hakkı tanınmaması kanuna aykırıdır.

**A**'yı birlikte kasten öldürmekten sanıklar BB ile FT'nin yapılan yargılanmaları sonunda: Hükümlülüklerine ilişkin (BAKIRKÖY) 5. Ağır Ceza Mahkemesinden verilen 18.02.2004 gün ve 603/10 sayılı hüküm re'sen temyize tabi olmakla beraber Yargıtay'ca incelenmesi sanık Berkan tarafından da istenilmiş olduğundan dava dosyası C. Başsavcılığından tebliğ name ile Dairemize gönderilmekle: incelendi ve aşağıdaki karar tespit edildi.

**TÜRK MİLLETİ ADINA**

Kayden baba adı R olan sanık F'nin baba adı N olarak celbolunan sabıka kaydı ile yetinilerek hüküm tesisi aleyhe temyiz bulunmadığından bozma sebebi yapılmamıştır.

Toplanan deliller karar yerinde incelenip, sanıkların suçunun sübutu, kabul, oluşa ve soruşturma sonuçlarına uygun şekilde suç niteliği tayin, takdiri cezayı azaltıcı sebebin niteliği takdir kılınmış, incelenen dosyaya göre verilen hü-

kümde bozma sebebi dışında isabetsizlik görülmemiş olduğundan, sanık B müdafininin TCK'nın 65/3. maddesinin tatbiki gerektiğine yönelen ve yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddine,

Ancak;

İddianamede TCK'nın 51/1. maddesinin tatbiki istendiği, C. Savcısının esas hakkındaki mütaalaasının da TCK'nın 51/1. maddesinin tatbiki istemini içerdiği halde sanığa bu maddenin uygulanmama ihtimalinden bahisle CMUK'un 258. maddesi uyarınca ek savunma hakkı tanınmadan yazılı şekilde hüküm kurulması,

Kanuna aykırı olup sanık B müdafininin temyiz itirazları bu itibarla yerinde bulunduğundan sanık B hakkında re'sen de temyize tabi bulunan hüküm ile sanık F hakkında re'sen temyize tabi bulunan hükmün tebliğnamedeki düşüncüce hilafına (BOZULMASINA) 07.02.2006 gününde oybirliği ile karar verildi.

**YARGITAY 1. CEZA DAİRESİ**

**E: 2005/697 K: 2006/1192 T: 05.04.2006**

**HAKSIZ TAHRİK**

**• HUKUKÇA KABUL EDİLEBİLİR EYLEM • LEHE OLAN HÜKMÜN  
BELİRLENMESİ VE UYGULANMASI GEREĞİ**

**Özet:** *Sanık savunması ile tanık beyanlarına göre maktulden sanığa yönelik ve hukukça kabul edilebilir eylem olmadığı halde haksız tahrikin kabulüyle cezadan indirim yapılmaması bozmayı gerektirir.*

**O**ğlu OMK'yı kasten öldürmekten sanık MK'nın yapılan yargılanması sonunda; Hükümlülüğüne ilişkin (BAKIRKÖY) 3. Ağır Ceza Mahkemesinden verilen 17.12.2004 gün ve 194/355 sayılı hüküm resen temyize tabi bulunmakla beraber Yargıtay'ca incelenmesi sanık tarafından da istenilmiş olduğundan dava dosyası C. Başsavcılığından tebliğ name ile Dairemize gönderilmekle; incelendi ve aşağıdaki karar tespit edildi.

**TÜRK MİLLETİ ADINA**

Toplanan deliller karar yerinde incelenip, sanığın kasten oğlunu öldürmek suçunun sübutunda, oluşa ve soruşturma sonuçlarına uygun şekilde suç niteliğinin tayin olunmasında isabetsizlik bulunmamıştır.

Ancak;

1- Sanık savunması ve tanık beyanlarına göre maktulden sanığa yönelik ve hukukça kabul edilebilir eylem olmadığı halde haksız tahrikin kabulüyle cezadan indirim yapılması,

2- Hükümden sonra yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK İle 765 Sayılı TCK'nın olayla ilgili bütün hükümlerinin yargı denetimine olanak verecek biçimde uygulanması, ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması, lehe olan hükmün belirlenmesi ve uygulamanın ona göre yapılmasında zorunluluk bulunması,

Bozmayı gerektirmiş, sanığın temyiz itirazları bu nedenle yerinde görülüş olduğundan ceza miktarı itibarıyla kazanılmış hakka riayet şartıyla hükmün (BOZULMASINA) 05.04.2006 gününde oybirliği ile karar verildi.

**YARGITAY 1. CEZA DAİRESİ**

E: 2005/1457 K: 2006/2115 T: 24.05.2006

**TAKSİRLE ÖLDÜRME SUÇU**

(5237 s TCK m23, 86/2 85)

**Özet:** *Maktulün uğradığı etkili eylem nedeniyle sanık tarafından daha önce bilinmeyen kalp hastalığının aktif hale gelmesi sonucu gelişen solunum ve dolaşım yetmezliğinden öldüğü anlaşılmakla sanığın taksirle öldürme suçundan mahkûmiyeti yerine aklanmasına karar verilmesi doğru değildir.*

**F**ailin iradesinden hariç gayri melhuz esbabın inzimamı sonucu HÇ'nin ölümüne sebebiyet vermekten ve müteceviz sarhoşluktan sanık DŞ'nin yapılan yargılanması sonunda: Beraatına ilişkin (BAKIRKÖY) 3. Ağır Ceza Mahkemesinden verilen 25.06.2004 gün ve 213/165 sayılı hükmün Yargıtay'ca incelenmesi C. Savcısı tarafından istenilmiş olduğundan dava dosyası C. Başsavcılığından tebliğ name ile Dairemize gönderilmekle: incelendi ve aşağıdaki karar tespit edildi.

**TÜRK MİLLETİ ADINA**

Sanık ve maktul arasında hesap yüzünden tartışma çıktığı, tartışma sırasında karşılıklı etkili eylemde buldukları,

maktulün maruz kaldığı müessir fiilin etkisiyle sanık tarafından daha önceden bilinmeyen kendinde mevcut kalp hastalığının aktif hale gelmesi sonucu gelişen solunum ve dolaşım yetmezliğinden öldüğü anlaşılmakla, 5237 Sayılı TCK'nın 23 ve 86/2. maddeleri delaletiyle 85. maddesi gereğince taksirle öldürme suçundan mahkûmiyeti yerine yazılı şekilde beraatına karar verilmesi,

Yasaya aykırı olup, Cumhuriyet Savcısının temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden hükmün kısmen tebliğ namedeki düşünce gibi (BOZULMASINA) 24.05.2006 gününde oybirliği ile karar verildi.

**YARGITAY 1. CEZA DAİRESİ**

E: 2006/1019 K: 2006/3373 T: 18.07.2006

**İÇTİMA • KOŞULLU SALIVERME**

**• SANIK LEHİNE SONUÇ DOĞURAN YASA HÜKMÜNÜN SAPTANMASI**

(765 sayılı TCK m 450/1, 59, 73, 6136 SK m. 13/1)

**Özet:** *İçtima ve koşullu saliverilme açısından sanık lehine sonuç doğuracak yasa uygulaması yerine aleyhe sonuç doğurulan yasanın uygulanması bozmayı gerektirmiştir.*

**O**ğlu ÜA'yı öldürmekten ve izinsiz silah taşımaktan sanık FA'nın yapılan yargılanması sonunda; Hükümlülüğüne ilişkin (BAKIRKÖY) 6. Ağır Ceza Mahkemesinden verilen 21.09.2005 gün ve 93-242 sayılı hükmün duruşmalı olarak Yargıtay'ca incelenmesi sanık müdafii tarafından istenilmiş ve hüküm kısmen resen de temyize tabi bulunmuş olduğundan dava dosyası C. Başsavcılığından tebliğ name ile Dairemize gönderilmekle; duruşmalı olarak incelendi ve aşağıdaki karar tespit edildi.

**TÜRK MİLLETİ ADINA**

Toplanan deliller, karar yerinde incelenip, sanık F'nin oğlunu öldürme ve 6136 sayılı Kanuna muhalefet suçlarının sübutu kabul, oluşa ve soruşturma sonuçlarına uygun şekilde suç niteliği tayin, cezayı azaltıcı takdiri indirim sebebinin niteliği takdir kılınmış, savunması inandırıcı gerekçelerle reddedilmiş, incelenen dosyaya göre verilen hükümde bozma dışında isa-

betsizlik görülmemiş olduğundan, sanık müdafinin temyiz dilekçesi ve duruşmalı incelemede meşru müdafaa şartlarının varlığına, meşru müdafaa sınırının aşıldığına, suç vasfına, eksik incelemeye, tahrik bulunduğu, sanığın akli melekelerinin yerinde olup olmadığına araştırılması gerektiğine vesaireye yönelen ve yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddine,

Ancak;

5237 Sayılı TCK İle 765 sayılı TCK'nın olayla ilgili bütün hükümleri uygulanıp ortaya çıkan sonuçlar birbiriyle karşılaştırıldığında, 5237 sayılı TCK'nın uygulanması durumunda verilebilecek cezalar bakımından içtima olanağı bulunmadığından, 765 sayılı TCK'ya göre verilecek hükmün içtması ve koşullu saliverilme hükümleri dikkate alındığında özgürlüğünü daha az kısıtlayacağından, sanık hakkında 765 sayılı TCK'nın 450/1, 59, 6136 sayılı Kanununun 13/1, TCK'nın 59. maddesi ile hüküm kurulması ve TCK'nın 73. maddesi uyarınca

içtima ettirilmesi gerektiği gözetilmeksizin yazılı şekilde sanık aleyhine sonuç doğuracak şekilde karar verilmesi,

Yasaya aykırı ve sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, sanık hakkında öldürme ve 6136 sayılı Kanuna muhalefet suçlarından kurulan kısmen resen de temyize tabi

olan hükümlerin (BOZULMASINA) 18.07.2006 gününde oybirliği ile karar verildi.

SK'nin huzurunda ve duruşmada savunmasını yapmış bulunan sanık FA müdafii Avukatlar KK ve AT'nin yokluklarında 20.07.2006 gününde usulen ve açık olarak anlatıldı.

## **YARGITAY 1. CEZA DAİRESİ**

**E:** 2005/5128 **K:** 2006/3447 **T:** 22.08.2006

### **YENİ YASAYA UYARLAMA**

#### **• SAVUNMA HAKKININ KISITLANMASI**

(CMK m. 331, 19, 96)

**Özet:** *CMK'nın 193 ve 196. Maddelerine aykırı olarak hükümlü duruşmada hazır edilip savunması alınmadan karar verilmek suretiyle savunma hakkının kısıtlanması bozmayı gerektirir.*

**K**asten öldürmekten sanık CK'nın yapılan yargılanması sonunda: 765 sayılı TCK'nın 448, 51/1, 59, 91/1-3. maddeleri gereğince 15 sene 1 gün ağır hapis cezası verilen ve kesinleşen bu karara karşı hükümlünün 5237 sayılı Yasanın uygulanması ile ilgili uyarılama talebi üzerine 5237 Sayılı Yasanın 81, 29, 62, 53. maddeleri uyarınca 15 sene hapis cezasına dair (BAKIRKÖY) 5. Ağır Ceza Mahkemesinden verilen 13.10.2005 gün ve 376/95 sayılı kararın Yargıtay'ca incelenmesi hükümlü vekili tarafından istenilmiş olduğundan

dava dosyası C. Başsavcılığından tebliğ name ile Dairemize gönderilmekle: Adli ara verme nedeniyle 5271 Sayılı CMK'nın 331. maddesi gereğince acele ve tutuklu işleri görmeye yetkili Nöbetçi Ceza Kurulunca incelendi ve aşağıdaki karar tespit edildi.

### **TÜRK MİLLETİ ADINA**

CMK'nın 19 ve 196. maddelerine aykırı olarak hükümlü duruşmada hazır edilip savunması alınmadan karar verilmek suretiyle savunma hakkının kısıtlanması,

Usule aykırı ve hükümlü müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden sair cihetleri incelenmeksizin öncelikle bu nedenle hükmün tebliğ namedeki

düşünce hilafına CMUK.'nın 321. maddesi uyarınca (BOZULMASINA) 22.08.2006 günü oybirliği ile karar verildi.

**YARGITAY 2. CEZA DAİRESİ**

E: 2004/20665 K: 2005/27687 T: 01.12.2005

**SANIĞIN LEHİNE OLAN HÜKMÜN UYGULANMASI İLKESİ****• UZLAŞMA**

(TCK m.73/8, 5320 S. CMKYUŞHK m. 18)

**Özet:** *Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise failin lehine olan yasa hükümleri uygulanır ve infaz olunur.*

**T**ehdit ve sövme suçundan sanık UA'nın yapılan yargılaması sonucunda; MAHKÛMİYETİNE dair (BAKIRKÖY) 3. Sulh Ceza Mahkemesinden verilen 19.09.2003 tarihli hükmün Yargıtay'ca incelenmesi sanık tarafından istenmekle ve dosya C. Başsavcılığının 11.11.2004 tarihli tebliğ namesiyle dairesimize gelmekle yapılan inceleme sonunda gereği düşünüldü.

Sanık hakkında ölümle tehdit ve sövme suçlarından açılan kamu davasının yapılan yargılaması sonucunda; eylemin TCK'nın 191/1, 80, 482/2, 80. maddelerine uygun gerçekleştiğinin kabulü ile kurulan hükmün sanık tarafından temyizi üzerine yapılan incelemesine;

12.10.2004 gün ve 25611 sayılı resmi Gazete ile yayımlanarak 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun 7. maddesinin 2. fıkrasında "suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri

farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur" şeklinde düzenleme yapılmış, 5252 Sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 9. maddesinde ise, lehe olan hükümlerin uygulanması usulleri belirlenmiş, bu kanunun 12. maddesi ile de 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır. Ayrıca 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile yargılamanın nasıl yapılacağına ilişkin kurallar yeniden düzenlenmiş, 5320 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 18. maddesi ile de, 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu yürürlükten kaldırılmış, 5237 Sayılı TCK'nın 73/8. maddesinde şikâyete bağlı suçlarda mağdur ile failin uzlaşması halinde açılan kamu davasının düşürülmesine karar verileceği, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 253 ve 254. maddelerinde ise uzlaştırma

işlemlerinin nasıl yapılacağına ilişkin kurallar düzenlenmiştir.

Açıklanan tüm bu düzenlemelerin hüküm tarihinden sonra yürürlüğe girmiş olması karşısında, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun 7. maddesi ile 5252 Sayılı Kanunun 9. maddesi uyarınca sanığın huku-

ki durumunun yeniden değerlendirilmesinde zorunluluk bulunması,

Bozmayı gerektirmiş, sanığın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmuş olduğundan sair yönleri incelenmeyen hükmün bu sebepten dolayı BOZULMASINA, 01.12.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

**YARGITAY 3. CEZA DAİRESİ**

E: 2005/8543 K: 2006/2250 T: 23.03.2006

**ORMAN SUÇU • KADASTRO TUTANAKLARININ TAPUYA ŞERHİ**

**Özet:** *Orman idaresi ile tapu kadastro müdürlüğünden ilgili orman ve kadastro tutanaklarının hangi tarihte yapıp kesinleştikleri ve yine tapuya tescil edilip edilmediklerinin açıklaması yapılarak incelenmesiyle sonucuna göre sanığın kastı da değerlendirilerek hüküm kurulmalıdır.*

**M**ahalli mahkemece verilen hüküm temyiz edilmekle evrak okunarak;

**TÜRK MİLLETİ ADINA**

Gereği görüşülüp düşünüldü:

Yerinde görülmeyen sair itirazların reddine, ancak;

Suç tutanağında sanığın duvarla çevrilip zeytin fidanı diktığı iddia olunan dava konusu yerin mahallinde yapılan keşifler sonrası düzenlenen bilirkişi raporlarından tapu kayıtları ile orman kadastro haritası karşılaştırıldığında her iki harita içinde de kaldığının belirlenmesi karşısın-

da, orman idaresi ile tapu kadastro müdürlüğünden ilgili orman ve arazi kadastro tutanaklarının hangi tarihte yapıp kesinleştikleri ve yine tapuya tescil edilip edilmediklerinin de açıklanması yapılarak getirilip incelenmesiyle sonucuna göre sanığın kastı da değerlendirilerek bir hüküm kurulması gerekirken bu yönden eksik inceleme ile karar verilmesi,

Bozmayı gerektirmiş, müdahil vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülüş olduğundan hükmün bu sebepten dolayı istem gibi BOZULMASINA, 23.03.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

**YARGITAY 5. CEZA DAİRESİ**

E: 2006/642 K: 2006/3475 T: 24.04.2006

**• ZİNCİRLEME ZİMMET**

**Özet:** *İlgilinin Başkonsolosluktaki görevi kabul ederek fiilen yürütmesi durumunda görevlendirmenin usulüne uygun olduğunun kabul edilmesi ve eylemin zincirleme zimmet niteliğinde bulunduğu gözetilmemesi yasaya aykırıdır.*

**Z**immet ve hizmet nedeniyle görevi kötüye kullanma suçlarından sanık Saime Sonnur Merdman'ın yapılan yargılanması sonunda; eylemi görevi kötüye kullanma niteliğinde görülerek açılan kamu davasının TCK.'nın 102/4, 104/2. maddeleri gereğince ortadan kaldırılmasına dair (BAKIR-KÖY) 1. Ağır Ceza Mahkemesinden verilen 24.11.2004 gün ve 1998/236 Esas, 2004/418 Karar sayılı hükmün süresi içinde Yargıtay'ca incelenmesi Yerel C. Savcısı tarafından istenilmiş olduğundan dava evrakı C. Başsavcılığından tebliğ name ile daireye gönderilmekle incelenerek gereği düşünüldü:

06.12.1983-21.08.1997 tarihleri arasında sözleşmeli sekreter unvanı ile görev yapan sanığın Frankfurt Başkonsolosluğundaki görevi sırasında, Başkonsolosluğun hesap ve işlemleri ile malzeme alımlarından ve bunların ödemelerinin yapılmasından sorumlu olduğu cihetle para tahsili ve tediyesini de yetkili kılındığı ve dış misyonlar-

da görev dağılımının misyon şefleri tarafından yapılmakta olup verilen görevler konusunda resmi görev yazısı düzenlemesi uygulamasının bulunmadığının Dışişleri Bakanlığı Personel Dairesi Başkanlığının 30 Aralık 1999 gün ve 11046-240 sayılı cevabi yazısından anlaşılması ve Dairemizin istikrar kazanmış muhtelif kararlarında yasal bir engel bulunmadığı taktirde bu kabil görevlendirmelerde ilgilinin görevi kabul ederek fiilen yürütmesi halinde görevlendirmenin usulüne uygun olduğunun kabul edilmesi karşısında eylemin müteselsil zimmet niteliğinde bulunduğu gözetilmeden, sanığın usulen görevlendirilmediğinden ve kendisine yasal tevdi bulunmadığından söz edilerek eylemin yazılı şekilde görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu kabul edilip açılan kamu davasının zamanaşımı nedeniyle ortadan kaldırılmasına karar verilmesi,

Kanuna aykırı, O Yer C. Savcısının temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmuş olduğundan hükmün bu sebeplerden dolayı

5320 Sayılı Yasanın 8/1. maddesi NA), 24.04.2006 tarihinde oybirliği de gözetilerek CMUK.'nın 321. ile karar verildi. maddesi uyarınca (BOZULMASI-

**YARGITAY 5. CEZA DAİRESİ**

E: 2006/3693 K: 2006/5192 T: 08.06.2006

**LEHE UYGULANACAK KANUNUN SAPTANMASINDA YÖNTEM**

(5237 s. CMK m. 101/3, 101/4, 5320 S. CMKYUŞHK m. 8/1)

**Özet:** *Lehe olan hükmün önceki ve sonraki kanunların bütün hükümlerinin olaya uygulanarak ortaya çıkan sonuçlarının birbirleriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenmesi ve her iki kanunla ilgili uygulamaların denetime olanak verecek şekilde kararda gösterilmesi gerekir.*

**Z**orla kaçırıp alıkoyma ve ırza geçme suçlarından sanık Serdar Kuyma'nın yapılan yargılanması sonunda: atılı suçlardan mahkûmiyetine dair Bakırköy 4. Ağır Ceza Mahkemesinden verilen 22.09.2006 gün ve 2004/275 Esas, 2005/122 Karar sayılı hükmün süresi içinde Yargıtay'ca incelenmesi O Yer C. Savcısı ve sanık müdafii tarafından istenilmiş olduğundan dava evrakı C. Başsavcılığından tebliğ name ile daireye gönderilmekle incelenerek gereği düşünüldü:

Sanık hakkında reşit olmayan mağdureyi zorla alıkoymak suçundan kurulan hükmün tetkikinde,

Delillerle iddia ve savunma duruşma göz önündü tutularak tahlil ve takdir edilmiş sübutu kabul olunan fiilin unsurlarına uygun şekilde tavsif ve tatbiki yapılmış bulunduğu yerinde görülmeyen

temyiz itirazının reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükmün tebliğ name gibi (ONANMASINA),

Sanık hakkında zorla ırza geçmek suçundan kurulan hükme gelince,

Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin soruşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya içeriğine göre sanık müdafinin yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddine,

Ancak;

5237 sayılı TCK.'nın 109/5. maddesinin uygulama olanağı nazara alınarak kızlığı bozulan mağdurenin suçun sonucunda beden ve ruh sağlığında bozulma olup olmadığının Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas dairesinden rapor alınarak saptanması ve sonucuna göre de;

5252 sayılı yasanın 9/3 ve CMK'nın 34 ve 230. maddelerine uygun olarak lehe olan hükmün önceki ve sonraki kanunların bütün hükümlerinin olaya uygulanarak ortaya çıkan sonuçlarının birbirleriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenmesi ve her iki kanunla ilgili uygulamaların denetime olanak verecek şekilde kararda gösterilmesi yerine ve 5237 sayılı Yasanın 103/4. maddesinin yalnızca 103/1-a maddesinde düzenlenen çocukla-

ra karşı cebir veya tehdit kullanılarak suçun işlenmesi halinde uygulamasının mümkün bulunduğu da gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması,

Kanuna aykırı, O Yer C. Savcısı ve sanık müdafinin temyiz itirazları da bu itibarla yerinde görül-  
düğünden hükmün 5320 sayılı Yasanın 8/1. maddesi de gözetilerek CMUK'un 321. maddesi uyarınca (BOZULMASINA), 08.06.2006 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

**YARGITAY 6. CEZA DAİRESİ**

E: 2003/14908 K: 2005/9410 T: 24.10.2005

**EKSİK İNCELEME VE YETERSİZ GEREKÇE İLE HÜKÜM KURMA  
• ŞİRKET ADINA DÜZENLENEN ÇEKTE SANIĞIN TEMSİL  
YETKİSİNİN ARAŞTIRILMASI GEREĞİ**

**Özet:** Katılan ile sanıklara ait şirketlerin ticari değerleri ile muhasebe kayıtlarında, uzman bilirkişiler aracılığıyla inceleme yapılarak; suça konu çeklere dayalı ticari alışverişin tarihlerinin ve faturalar ile sevk irsaliyelerinin bu alışverişe dayanak oluşturup oluşturmadıklarının duraksamaya yer vermeyerek biçimde saptanması, çeklerin düzenlendiği tarihlerde sanığın temsil yetkisinin olup olmadığının belirlenmesi ve sonucuna göre sanıkların hukuki durumlarının takdiri gerekir.

**S**ahtecilik ve dolandırıcılık suçlarından sanık MST ve NT haklarında yapılan duruşma sonunda; beraatlarına ilişkin BAKIR-KÖY 4. Ağır Ceza Mahkemesinden verilen 22.11.2002 tarihli hükmün Yargıtay'ca incelenmesi katılan vekili tarafından istenilmiş olduğundan, dava evrakı C. Başsavcılığından onama isteyen tebliğname ile 4.12.2003 tarihinde Daireye gönderilmekle okunarak gereği görüşülüp düşünüldü:

Katılan İ Dış Ticaret Pazarlama Limited Şirketi ile sanıklara ait N Tekstil Gıda İnşaat ve Otomotiv Sanayi Ticaret Limited Şirketi'nin ticari değerleri ile muhasebe kayıtlarında, uzman bilirkişiler aracılığıyla inceleme yapılarak; suça konu çeklere dayalı ticari alışverişin ta-

rihlerinin ve dosyada fotokopileri bulunan faturalar ile sevk irsaliyelerinin bu alışverişe dayanak oluşturup oluşturmadıklarının duraksamaya yer vermeyerek biçimde saptanması, çeklerin düzenlenip katılan şirkete verildiği tarihlerde sanık Mehmet Salih Toprak'ın temsil yetkisinin olup olmadığının belirlenmesi ve sonucuna göre sanıkların hukuki durumlarının takdiri gerekirken, eksik inceleme ve yetersiz gerekçe ile yazılı biçimde karar verilmesi,

Bozmayı gerektirmiş, katılan İnterpa Dış Ticaret Pazarlama Limited Şirketi vekilinin temyiz itirazı bu itibarla yerinde görülmemiş olduğundan, hükmün açıklanan nedenle isteme aykırı olarak BOZULMASINA, 24.10.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

**YARGITAY 6. CEZA DAİRESİ**

E: 2005/12803 K: 2005/10232 T: 15.11.2005

**İŞ YERİ DOKUNULMAZLIĞINI BOZMA • HIRSIZLIK  
• LEHE OLAN YASA HÜKMÜNÜN SAPTANMASI YÖNTEMİ  
• YENİ YASAYA UYARLAMA**

(5275 s. CGİK m. 98, 101/1 5252 s TCKYUŞHK m.9/1)

**Özet:** 5237 Sayılı TCK ile 765 Sayılı TCK da tanımlanan hırsızlık suçunun yeni yasada iş yeri dokunulmazlığını bozma suçunu da oluşturduğu anlaşılacakla sanık lehine hükmün saptanması için önceki ve sonraki kanunların ilgili tüm hükümlerinin olaya uygulanarak ortaya çıkacak sonuca göre karar verilmesi gerekir.

**H**ırsızlık suçundan hükümlü MY hakkında verilen mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesinden sonra 5237 sayılı TCK.'nın lehe hükümlerinin uygulanması talep edilmesi üzerine dosya üzerinde yapılan inceleme sonunda; yeniden uyarılama kararının verilmesi talebinin reddine ilişkin BAKIRKÖY 6. Asliye Ceza Mahkemesinden verilen 28.6.2005 tarihli ek kararın Yargıtay'ca incelenmesi hükümlü tarafından istenilmiş olduğundan, dava evrakı C. Başsavcılığından iade isteyen 26.9.2005 tarihli tebliğ name ile 12.10.2005 tarihinde Daireye gönderilmekle okunarak gereği görüşülüp düşünüldü:

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanununun 98 ve 101/1. maddeleriyle 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanununun 9/1. maddesi uyarınca kural; lehe yasanın belirlen-

mesi ve uyarlanmasına ilişkin kararların dosya üzerinden verilebilmesidir.

Ancak;

a) Önceki yasaya göre sonraki yasa suçun öğelerinde değişiklik yapmışsa,

b) Önceki yasanın türü veya süresi bakımından erteleme dışında bıraktığı ceza, yeni yasa tarafından erteleme kapsamına alınmışsa,

c) Önceki yasaya göre temel ceza alt sınırdan belirlenmişken, yeni yasa uyarlanırken alt sınırın üzerinde ceza saptanması konusunda veya alt ve üst sınırlar konulmuş artırıcı ya da eksiltici bir hükmün uygulanmasında bir oranın belirlenmesi için mahkemece takdir hakkının kullanılması, böylece bireyselleştirme yapılması zorunluysa, duruşma açılmak suretiyle tüm bunların neden ve gerekçeleri de gösterilerek hükmün kurulması gerekir.

İnceleme konusu karara gelince; MY'Nin, 13.12.2002 günü saat 24.00 sıralarında yakınana ait iş yeri camını kırıp, kepengini demir kesme makasıyla keserek içeri girerek, 2.280.000.000 değerinde sigara ve para çaldığı sabit görülüp, Bakırköy 6. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 5.3.2003 gün ve 2003/53-135 sayılı kararıyla; 765 sayılı TCY.'nin 493/1, 522/1, 81/2. maddeleri gereğince 3 yıl 6 ay 9 gün hapis cezasıyla hükümlendirildiği, sanığın temyizi üzerine hükmün Dairemizce onanarak kesinleştiği, 1.6.2005'de yürürlüğe giren 5237 sayılı TCY'nin uyarlanması istendiğinde; hükümlünün eyleminin 5237 sayılı Yasanın 142/1-b, 116/2-4. maddesine uyduğu gözetilmeden, aynı Yasanın 142/1-d maddesi uyarınca alt sınır aşılarak ve yine aynı Yasanın 143. maddesi uyarınca 1/6 oranında artırım yapılarak, bu maddeye göre oran belirlenirken cezanın bireyselleştirme amacına yönelik takdir hakkının nedenleri de gösterilmeden, dosya üzerinden ret kararı verildiğinin anlaşılması karşısında;

5237 sayılı TCY'nin 141 ve 142. maddelerinde tanımlanan hırsızlık suçu ile 765 sayılı TCY'nin

493/1. maddesinde yer alan suçun öğelerinin farklı olduğu, eylemin hırsızlığın yanı sıra 5237 sayılı Yasanın 116/2-4. maddesine uyan işyeri dokunulmazlığını bozma suçunu da oluşturduğu, 5252 sayılı Yasanın 9/3. maddesi uyarınca sanık yararına olan hükmün önceki ve sonraki kanunların ilgili bütün hükümlerinin olaya uygulanarak ortaya çıkan sonuçların birbiriyle karşılaştırılması suretiyle bulunacağı gözetilerek, 5237 sayılı Yasaya göre hırsızlık ve geceleyin işyeri dokunulmazlığını bozma suçlarını oluşturan eylem nedeniyle verilecek temel cezanın ne şekilde saptanacağı belirlenmesi, 765 sayılı Yasada bu tür eylemlerde ağırlaştırıcı neden olmayan "gece" kavramının 5237 sayılı Yasanın 143. maddesine göre cezayı artırıcı neden olmasının ve artırım oranının takdiri için duruşma açılarak hüküm kurulmasının gerektiği gözetilmeden, dosya üzerinden yazılı şekilde karar verilmesi,

Bozmayı gerektirmiş, hükümlü MY'nin temyiz itirazı bu bakımdan yerinde görülmuş olduğundan, hükmün açıklanan nedenlerle isteme aykırı olarak BOZULMASINA, 15.11.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

**YARGITAY 6. CEZA DAİRESİ**

E: 2003/17430 K: 2005/10476 T: 21.11.2005

**HIRSIZLIK SUÇU • SUÇA KONU MALIN GERÇEK DEĞERİNİN  
SAPTANMASI GEREĞİ**

(765 sayılı TCY m. 64, 65/3, 493/1-son, 522, 55/3)

**Özet:** *Yakınanın kolluğa sunduğu faturalar markalı bilgisayar ve tarayıcısına ilişkin olduğu halde, daha sonra çalıntı bilgisayarın toplama ve markasız olduğunu, tutanakla kendisine teslim edilen bilgisayarın da kendisine ait olmadığını açıklamayı karşısında; yakınanın iş yerinden çalınan ve sanıklardan H'ye satılan bilgisayarın aynı olup olmadığı duraksamaya yer bırakmayacak biçimde saptandıktan sonra, suça konu bilgisayarın gerçek değeri belirlenip sonucuna göre TCK'nın 522. maddesinin uygulanması gerekir.*

**H**ırsızlık suçundan sanık Ekrem Güngör hakkında yapılan duruşma sonunda; mahkûmiyetine ilişkin BAKIRKÖY 4. Asliye Ceza Mahkemesinden verilen 9.9.2002 tarihli hükmün Yargıtay'ca incelenmesi sanık savunmasını tarafından istenilmiş olduğundan, dava evrakı C. Başsavcılığından bozma isteyen tebliğ name ile 4.12.2003 tarihinde Daireye gönderilmekle okunarak gereği görüşüldü:

Dosya içeriğine, toplanıp karar yerinde incelenerek tartışılan hukuken geçerli ve elverişli kanıtlara, gerekçeye ve Hâkimin takdirine göre; suçun sanık tarafından işlendiğini kabulde ve nitelendirmede usul ve yasaya aykırılık bulunmadığından, diğer temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.

Ancak;

1- Sanığın, diğer sanıklar SP ve HU ile önceden verdikleri karar doğrultusunda suça doğrudan katıldığı gözetilmeden TCK'nın 64. maddesinin yerine, 65/3. maddesi ile uygulama yapılması,

2- Yakınanın kolluğa sunduğu 4.6.1999/782351 ve 15.3.1999/B373699 gün ve sayılı faturalar markalı bilgisayar ve tarayıcısına ilişkin olduğu halde, 23.3.2001 tarihli oturumda çalıntı bilgisayarının toplama ve markasız olduğunu, 6.7.2000 tarihli tutanakla teslim edilen bilgisayarın da kendisine ait olmadığını açıklamayı karşısında; yakınanın iş yerinden çalınan ve sanık HAG'a satılan bilgisayarın aynı olup olmadığı duraksamaya yer bırakmayacak biçimde saptandıktan sonra, suça konu bilgisayarın gerçek değeri belirlenip sonucuna göre TCK'nın 522. maddesinin

## Yargıtay Kararları

uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi,

3- Sanığın eylemine uyan 765 sayılı TCY'nin 493/1-son, 522, 55/3. maddelerine göre, hükümden sonra 1.6.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCY'nin aynı suça uyan 142/1-b; 31/3. maddelerinde öngörülen özgürlüğü bağlayıcı cezanın türü, alt ve üst sınırları bakımından, anılan Yasanın 7/2, 5252 sayılı Yasanın 9/3. maddeleri ışığında sanık yararına olması ve 5237 sayılı Yasa hükümleri ile

5395 sayılı Çocuk Koruma Yasasının 23 ve 24. maddeleri uyarınca yeniden değerlendirme ve uygulama yapılmasında zorunluluk bulunması,

Bozmayı gerektirmiş, sanık EG'nin savunması, temyiz itirazı ve tebliğ namedeki düşünce bu bakımdan yerinde görülmüş olduğundan, hükmün açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, 1412 sayılı CMUK 326/son maddesinin gözetilmesine, 21.11.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

### YARGITAY 6. CEZA DAİRESİ

E: 2004/6958 K: 2006/2117 T: 07.03.2006

#### ESAS BİLİRKİŞİ YARGIÇTIR İLKESİ

#### • EVRAKTA SAHTECİLİK SUÇU • FOTOKOPİDEN OLUŞAN BELGENİN ALDATMA YETENEĞİNİN ÖNEMİ

(765 s. TCY m. 345, 647 SY 4-6, 23.2.1938 gün ve 1937/23- 1938/9 s. YİBK 5252 s. TCKYUŞHY m. 9/3)

**Özet:** *Nüfus cüzdanı üzerinde soğuk mühür izi bulunduğundan söz edilmeden kandırma yeteneğinin olduğunun bildirilmesi ve mahkeme tarafından belgelenen gözlemlenmemiş olması karşısında sahtecilik suçlarında esas bilirkişinin Yargıç olması ve sahtecilik takdirinin de yargıca ait bulunması nedeniyle sanığın beraatına karar verilmesi yasaya aykırıdır.*

**S**ahtecilik suçundan sanık SVV ve İÇ haklarında yapılan duruşma sonunda; mahkûmiyetlerine ilişkin BAKIRKÖY 4. Asliye Ceza Mahkemesinden verilen 27.6.2003 tarihli hükmün Yargıtay'ca incelenmesi sanıklar savunmanı tarafından istenilmiş olduğundan, dava evrakı C. Başsavcılı-

ğından onama isteyen 1.6.2004 tarihli tebliğ name ile 15.6.2004 tarihinde Daireye gönderilmekle okunarak gereği görüşülüp düşünüldü:

#### TÜRK MİLLETİ ADINA

1- Boğaziçi Elektrik Dağıtım AŞ Sefaköy İşletme Müdürlüğünün

26.12.2002 tarihli yazısında, abonman sözleşmesi yapmak isteyen abonelerden sözleşme sırasında, alman belgelerin fotokopi olup, sözleşme aslının bulunmadığının belirtilmesi karşısında; Anılan Müdürlükten belgenin aslını gördükten sonra mı fotokopisini aldıkları, yoksa fotokopi belgeyle yetinip mi işlem yaptıkları sorulduktan sonra sanıkların hukuki durumunun belirlenmesi gerektiğinin gözetilmemesi,

2- Kabule göre de;

a) Fotokopiden oluşan belgenin aldatma yeteneğinin ne şekilde gerçekleştiğinin karar yerinde tartışılıp, gösterilmemesi,

b) Sanıkların, kira başlangıç tarihi 01.12.1998 olarak düzenledikleri sahte kira sözleşmesi fotokopisini Boğaziçi Elektrik Dağıtım AŞ Sefaköy İşletme Müdürlüğüne sunarak, 08.12.1998 tarihinde sanık İÇ adına elektrik abonman sözleşmesi yapılmasını sağladıkları olayda, suça kona belgenin 8.12.1999 tarihinde kullanılması nedeniyle bu tarih suç tarihi olduğu halde, Mahkemece yakınma tarihinin suç tarihi olarak kabulüyle,

buna göre 647 sayılı Yasanın 4. maddesinin uygulanması,

c) 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCY'nin 7/2 ve 5252 sayılı TCK'nın Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Yasanın 9/3. maddeleriyle Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun 23.2.1938 günlü 1937/23- 1938/9 sayılı, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 25.5.1999 günlü 133/142 sayılı kararları ışığında; somut olayla ilgili 765 sayılı TCY'nin 345, 647 sayılı Yasanın 4-6. maddelerine göre, hükümden sonra 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın aynı suça uyan 207, 50/1-a maddelerinin ayrı ayrı ve bir bütün olarak uygulanması sonucunda, verilen cezanın paraya çevrilip ertelenmesi ve erteleme hukuki sonuçları da gözetildiğinde; Mahkemece 765 sayılı Yasa uyarınca kurulan hükmün sanıklar yararına olduğunun gözetilmesi,

Bozmayı gerektirmiş, sanıklar VV ve İÇ savunmasının temyiz itirazları bu bakımdan yerinde görülmemiş olduğundan hükmün açıklanan nedenlerle isteme aykırı olarak BOZULMASINA, 07.03.2006 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

**YARGITAY 6. CEZA DAİRESİ**

E: 2004/10943 K: 2006/4300 T: 27.04.2006

**SAHTECİLİK SUÇLARININ ASIL BİLİRKİŞİSİNİN  
YARGIÇ OLDUĞU İLKESİ  
•KANDIRICILIK YETENEĞİNİN TAKDİRİNİN DE  
YARGICA AİT BULUNDUĞU**

**Özet:** *Suçta konu nüfus cüzdanı üzerinde soğuk mühür izi bulunduğuundan söz edilmeden kandırma yeteneğinin olduğunun bildirilmesi ve Mahkeme tarafından belgenin gözlemlenmemiş olması karşısında; sahtecilik suçlarının asıl ve öncelikle bilirkişisi hâkim olup, somut olaya göre kandırıcılık yeteneğinin takdirinin de yalnızca hâkime ait bulunduğu gözetilmeden sanığın hükümlülüğüne karar verilmesi bozmayı gerektirir.*

**S**ahtecilik suçundan sanık Serdal Taşoğlu hakkında yapılan duruşma sonunda mahkûmiyetine ilişkin BAKIRKÖY 8. Asliye Ceza Mahkemesinden verilen 10.10.2003 tarihli hükmün Yargıtay'ca incelenmesi sanık tarafından istenilmiş olduğundan, dava evrakı C. Başsavcılığında bozma isteyen 21.12.2004 tarihli tebliğ name ile 30.12.2004 tarihinde Daireye gönderilmekle okunarak gereği görüşülüp düşünüldü:

**TÜRK MİLLETİ ADINA**

Dosyada bulunan İstanbul Kriminal Polis Laboratuvarı'nın 04.04.2003 günlü raporunda, suçta konu nüfus cüzdanı üzerinde soğuk mühür izi bulunduğuundan söz edilmeden kandırma yeteneğinin

olduğunun bildirilmesi ve Mahkeme tarafından belgenin gözlemlenmemiş olması karşısında; sahtecilik suçlarının asıl ve öncelikle bilirkişisi hâkim olup, somut olaya göre kandırıcılık yeteneğinin takdirinin de yalnızca hâkime ait bulunduğu gözetilerek, belge ve fotoğraf üzerinde soğuk mühür izi olmadığının gözlenip belirlenmesi karşısında, sanığın beraatına karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, hükümlülüğüne karar verilmesi,

Bozmayı gerektirmiş, sanık Serdal Taşoğlu'nun temyiz itirazı ve tebliğ namedeki düşünce bu itibarla yerinde görülmuş olduğundan, hükmün açıklanan nedenle BÖZÜLMESİNE, 27.04.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

**YARGITAY 6. CEZA DAİRESİ**

E: 2004/6347 K: 2006/4534 T: 01.05.2006

**SAHTECİLİK VE DOLANDIRICILIK SUÇU • SANIK YARARINA OLAN YASANIN UYGULANMASI**

(765 s. TCY m. 79, 504/7, 522 5237 sTCY m. 158/1-e, 7/2, 5252 SY m. 9/3)

**Özet:** *Tüm reçete sahipleri dinlenerek, reçetelerinde yazılı ilaçları eksiksiz alıp almadıkları sorulup almadıkları ilaçlar varsa bunların kupürünün reçete arkasına yapıştırılıp yapıştırılmadığı belirlendikten sonra oluşa göre 765 Sayılı TCY'nin 79. Maddesinin yollamasıyla aynı yasanın 504/7 maddesine uygun suçun oluştuğu gözetilmeden karar verilmesi hatalıdır.*

**S**ahtecilik ve dolandırıcılık suçlarından sanık AK ve GS haklarında yapılan duruşma sonunda; beraatlarına ilişkin BAKIR-KÖY 1. Ağır Geza Mahkemesinden verilen 04.10.2002 tarihli hükmün Yargıtay'ca incelenmesi katılan vekili tarafından istenilmiş olduğundan, dava evrakı C. Başsavcılığın dan kısmen onama ve kısmen bozma isteyen 03.05.2004 tarihli tebliğ name ile 13.05.2004 tarihinde Daireye gönderilmekle okunarak gereği görüşülüp düşünüldü:

**TÜRK MİLLETİ ADINA**

**1-** Tüm reçete sahipleri dinlenerek, reçetelerinde yazılı ilaçları eksiksiz alıp almadıkları sorulup, almadıkları ilaçlar varsa bunların kupürünün reçete arkasına yapıştırılıp yapıştırılmadığı da belirlendikten sonra, sübutu durumunda sanıkların özel belge niteliğinde bulunan sahte ilaç kupürlerini, usu-

lüne uygun olarak düzenlenmiş hasta reçetelerine ekleyerek bedellerini katılan kurumdan alması biçiminde oluşan eylemlerinin 765 sayılı TCY'nin 79. maddesi yollamasıyla aynı Yasanın 504/7. maddesine uygun suç oluşturduğu gözetilmeden eksik inceleme ile yazılı şekilde beraat karar verilmesi,

**2-** Sanıkların eylemine uyan 765 sayılı TCY'nin 504/7, 522. maddelerine göre, hükümden sonra 1.6.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCY'nin aynı suçta uyan 158/1-e maddesinde öngörülen özgürlüğü bağlayıcı cezanın türü, alt ve üst sınırları bakımından, anılan Yasanın 7/2, 5252 sayılı Yasanın 9/3. maddeleri ışığında sanıklar yararına olması ve 5237 sayılı Yasa hükümleri uyarınca yeniden değerlendirme ve uygulama yapılmasında zorunluluk bulunması,

Bozmayı gerektirmiş, katılan Hazine vekilinin temyiz itirazı ve

tebliğ namedeki düşünce bu bala-  
lamdan yerinde görülmüş olduğun-  
da hükmün açıklanan nedenlerle

BOZULMASINA, 01.05.2006 tari-  
hinde oybirliğiyle karar verildi.

**YARGITAY 6. CEZA DAİRESİ**

E: 2004/6995 K: 2006/3045 T: 15.06.2004

**RESMİ BELGEDE SAHTECİLİK SUÇU**  
**•YALAN BİLDİRİM SUÇU •BİR YTL'NİN ARTIKLARININ DİKKATE**  
**ALINMAYACAĞI**

**Özet:** *Sanıkların sahte faturalar düzenledikten sonra, bu bel-  
gelere dayanarak Noterlikten belge düzenleterek, bu  
belgeyle ihaleye katıldıklarının anlaşılması karşısında, eylem resmi bel-  
gede sahtecilik suçunu oluşturduğu halde yalan bildirim suçundan hü-  
küm kurulması yolsuzdur.*

**Y**alan beyanda bulunmak  
suçundan sanık MK ve  
MŞV haklarında yapılan duruşma  
sonunda; mahkûmiyetlerine ilişkin  
BAKIRKÖY 4. Asliye Ceza Mahke-  
mesinden verilen 04.07.2003 tarih-  
li hükmün Yargıtay'ca incelenmesi  
sanıklar savunmanları tarafından  
istenilmiş olduğundan, dava evrakı  
C. Başsavcılığından onama isteyen  
07.06.2004 tarihli *tebliğname* ile  
15.06.2004 tarihinde Daireye gön-  
derilmekle okunarak gereği görü-  
şülüp düşünöldü:

**TÜRK MİLLETİ ADINA**

1. Bigadiç Cumhuriyet Başsav-  
cılığının 16.10.2002 tarihli ayırma  
kararından, bu suçun sanıklar  
hakkında özel belgede sahtecilik  
suçundan soruşturma ayrıldığı ve  
dosyanın yetkisizlik kararıyla Ba-  
kirköy Cumhuriyet Başsavcılığına

gönderildiğinin anlaşılması karşı-  
sında; Bigadiç Cumhuriyet Başsav-  
cılığının 2001/1365 hazırlık sayılı  
dosyası incelenip, sanıklar hakkın-  
da dava açılıp açılmadığı belirlene-  
rek, dava açıldıysa ve olanaklıysa  
bu dosya ile birleştirildikten sonra  
sanıkların hukuki durumunun be-  
lirlenmesi gerektiğinin gözetilme-  
mesi,

2. Kabule göre de;

a) Sanıkların sahte faturalar  
düzenledikten sonra, bu belgelere  
dayanarak Bakirköy 21. Noterliğin-  
den 10. 5. 2001 tarih ve 17837 yev-  
miye sayılı beyanname başlıklı bel-  
geyi düzenleterek, bu belgeyle iha-  
leye katıldıklarının anlaşılması  
karşısında, eylem resmi belgede  
sahtecilik suçunu oluşturduğu  
halde yalan bildirim suçundan hü-  
küm kurulması,

b) Hüküm tarihinden sonra yürürlüğe giren 5083 sayılı Yasaya 5335 sayılı Yasa ile eklenen 2/3. maddesi uyarınca, para cezalarında bir Yeni Türk Lirasının artıklarının hesaba katılmayacağına gözetilmesi zorunluluğu,

Bozmayı gerektirmiş, sanıklar MŞV ve MK savunmanlarının temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmemiş olduğundan, hükmün açıklanan nedenlerle tebliğ nameye aykırı olarak BOZULMASINA, 28.03.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

### **YARGITAY 6. CEZA DAİRESİ**

E: 2005/17193 K: 2006/6489 T: 22.06.2006

#### **ELEKTRİK HIRSIZLIĞI • ESKİ TÜKETİMLE HIRSIZLIK SONRASI TÜKETİMİN KARŞILAŞTIRILMASI GEREĞİ**

**Özet:** *Abone tüketim bedelleri getirtilip, keşif yapılarak, evdenacak kurulu güçle karşılaştırma yapıp suç tarihi ve öncesinde tüketilerin miktarda bir düşme olup olmadığı araştırıldıktan sonra sonucuna göre karar verilmelidir.*

**H**ırsızlık suçundan sanık Adnan Çimen ve Zeki Çoban haklarında yapılan duruşma sonunda; beraatlarına ilişkin BAKIRKÖY 4. Asliye Ceza Mahkemesinden verilen 25.06.2004 tarihli hükmün Yargıtay'ca incelenmesi katılan vekili tarafından istenilmiş olduğundan, dava evrakı C.Başsavcılığından bozma isteyen 24.11.2005 tarihli tebliğ name ile 12.12.2005 tarihinde Daireye gönderilmekle okunarak gereği görüştülüp düşünöldü:

#### **TÜRK MİLLETİ ADINA**

Kaçak elektrik tüketimi görgü ve tespit tutanaklarında sayaçların bakanlık mühürleri ile oynandığı-

nın belirtilmesi ve tutanak düzenleyicilerinin bu durumu doğrulayan antlı anlatımları karşısında; abone tüketim belgeleri getirtilip, keşif yapılarak, evdeki elektrikli aletler, lamba ve prizler yardımıyla hesaplanacak kurulu güçle karşılaştırma yapıp suç tarihi ve öncesinde tüketilen miktarda bir düşme olup olmadığı araştırıldıktan sonra sonucuna göre hukuksal durumun değerlendirilmesi gerektiğinin gözetilmemesi,

Bozmayı gerektirmiş, katılan vekilinin temyiz itirazı bu bakımdan yerinde görülmemiş olduğundan, hükmün açıklanan BOZULMASINA, 22.06.2006 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

**YARGITAY 7. CEZA DAİRESİ**

E: 1997/3771 K: 1997/4309 T: 13.05.1997

**BASILI ESERİN SAHİP VE YAYINLATANIN SORUMLULUĞU**

(5680 SY m. 16)

**Özet:** 5680 sayılı kanun ile diğer kanunların basılı eserin sahibi veya yayınlattığını cezai veya hukuki bakımdan sorumlu kıldığı hallerde, sahip veya yayınlatan tüzel kişi ise, temsilen bir gerçek kişi gösterilmiş olsa bile sorumluluğun tüzel kişiye ait olduğu gözetilerek suça konu mevketenin sahibi Gün Gazetecilik Ltd. Şti. yerine şirketi temsilen gösterilen kişi hakkında ceza tayini bozmayı gerektirmiştir.

**M**üstehcen neşriyattan sanıklar GE ve SCK haklarında yapılan duruşma sonunda; Hükümlülüklerine ve müsadereye dair BAKIRKÖY 2. Asliye Ceza Mahkemesinden verilen 05.12.1995 tarihli hükmün Yargıtay'ca incelenmesi sanıklar vekili tarafından süresinde istenilerek dava evrakı Cumhuriyet Başsavcılığının bozma isteyen 04.04.1997 tarihli tebliğ namesiyle daireye verilmekle dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Yapılan duruşmaya, toplanan ve karar yerinde açıklanan delillere gösterilen gerekçeye ve takdire göre sanık vekilinin yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle sanık SCK hakkındaki hükmün isteme aykırı olarak ONANMASINA,

Sanık Güneri Elitez hakkındaki hükmün temyiz incelemesinde;

5680 sayılı yasanın 16. maddesine 11.05.1988 gün 3445 sayılı yasa ile eklenen son fıkraya göre, bu kanun ile diğer kanunların basılı eserin sahip veya yayınlattığını cezai veya hukuki bakımdan sorumlu kıldığı hallerde, sahip veya yayınlatan tüzel kişi ise, temsilen bir gerçek kişi gösterilmiş olsa bile sorumluluğun tüzel kişiye ait olduğu gözetilerek suça konu mevketenin sahibi Gün Gazetecilik Ltd. Şti. yerine şirketi temsilen gösterilen GE hakkında ceza tayini,

Yasaya aykırı sanık vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden hükmün isteme uygun olarak BOZULMASINA, 13.05.1997 günü oybirliğiyle karar verildi.

**YARGITAY 7. CEZA DAİRESİ**

E: 2004/2113 K: 2005/21449 T: 19.12.2005

**MÜHÜR BOZMA SUÇU**

(765 s TCK m 274 560 s. KHK m18/A-a, 5179 SK m. 4)

**Özet:** Sanık hakkında ekmek ürettiği fırını işyeri ruhsatı almadan işlettiğinden mühürlenerek kapatılmasına rağmen mühürlerini bozarak işletmeye devam ettiğinden bahisle kamu davası açıldığı, anlaşılacakla sanığın sübuta eren eyleminin TCK'nın 274. maddesinde düzenlenen mühür fekki suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm tesisi bozmayı gerektirir.

**560** sayılı Kanun Hükümünde Kararnameye muhalefetten sanık, FM hakkında yapılan duruşma sonunda; Hükümlülüğüne dair BAKIRKÖY 8. Asliye Ceza Mahkemesinden verilen 3.2.2002 tarihli hükmün Yargıtay'ca incelenmesi sanık müdafii tarafından süresinde istenilerek dava evrakı Cumhuriyet: Başsavcılığının bozma isteyen 17.11.2 303 tarihli tebliğ namesiyle daireye verilmekle dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra Türk Milleti adına gereği görüşülüp düşünüldü.

1- Sanık hakkında ekmek ürettiği fırını işyeri ruhsatı almadan işlettiğinden mühürlenerek kapatılmasına rağmen mühürlerini bozarak işletmeye devam ettiğinden bahisle kamu davası açıldığı, hüküm tarihinde yürürlükte bulunan 560 sayılı KHK'nın 18/A-a maddesinde yer alan düzenlemeye benzer biçimde hükümden sonra 5.6.2004

gün ve 25483 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5179 sayılı yasanın 4. maddesine göre gıda maddesi üreten işyerlerinin çalışma izni ve sicil numarası almak zorunda oldukları, bu hükme aykırı davranışın aynı kanunun 29/a-1.maddesinde öngörülen idari para cezasını gerektirdiği, maddenin 3. bendinde ise çalışma izin ve tescil işlemlerini yaptıran ancak asgari teknik ve hijyenik şartlarını muhafaza etmeden üretim yapan işyerlerinin durumlarını düzeltinceye kadar faaliyetten men edilerek üretilen ürünlere el konulup idari para cezası ile cezalandırılacağına hükme bağlandığı hususu dikkate alınıp sübuta eren eyleminin TCK'nın 274. maddesinde düzenlenen mühür fekki suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm tesisi,

2- Hükümden sonra, 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve

Uygulama Şekli Hakkında Kanununun 12.maddesinin b fıkrası ile 765 sayılı Türk Ceza Kanunu bütün ek ve değişiklikleri ile birlikte yürürlükten kaldırılmış olup, aynı tarihte yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 7. maddesi uyarınca lehe olan yasanın belirlenip sonucuna göre sa-

nığın hukuki durumunun takdir ve değerlendirilmesinde zorunluluk bulunması,

Bozmayı icap ettirmiş, sanık müdafii'nin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden hükmün BOZULMASINA, 19.12.2005 günü oybirliğiyle karar verildi.

### **YARGITAY 7. CEZA DAİRESİ**

E: 2005/3434 K: 2006/12167 T: 19.06.2006

#### **DEFTER VE BELGELERİ GİZLEME SUÇU •ZAMANAŞIMI**

(TCK 102/4 104/2 213 s. VUK m.14/2)

**Özet:** Sanık hakkında "defter ve belgeleri gizlemek" suçundan da kamu davası açıldığı, suç tarihinin 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 14/2. madde ve fıkrası uyarınca 15 günden az olmamak üzere verilen ibraz süresinin sonu olan Temmuz ve Ağustos 2000 tarihleri olup sanığın şirketteki hissesini 30.04.1997 tarihinde devrettiği de gözetilerek bu suçla ilgili bir karar verilmesi gerektiği düşünülmeyen bu suçtan açılan kamu davasının da zamanaşımı nedeniyle ortadan kaldırılmasına karar verilmesi bozmayı gerektirir.

**213** sayılı kanuna muhalefetten sanık ÜS hakkında yapılan duruşma sonunda: Kamu davasının TCK'nın 102/4. ve 104/2. maddeleri gereğince ortadan kaldırılmasına dair BAKIRKÖY 6. Ağır Ceza Mahkemesinden verilen 16.12.2004 tarihli hükmün Yargıtay'ca incelenmesi müdahil vekili tarafından süresinde istenilerek dava evrakı Cumhuriyet Başsavcılığının onama isteyen 2005-31018 sayılı tebliğ namesiyle daireye verilmekle dosyadaki kâğıt-

lar okunduktan sonra Türk Milleti adına gereği görüşülüp düşünüldü:

**1-** Müdahil vekilinin sanık hakkında 1996 takvim yılında sahate fatura düzenlemek suçundan kurulan hükmü yönelik temyiz isteminin incelemesinde;

Yapılan duruşmaya, toplanan ve karar yerinde açıklanan delillere, gösterilen gerekçeye ve takdire göre müdahil vekilinin yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle hüküm istem gibi ONANMASINA,

**2-** Müdahil vekilinin sanık hakkında defter ve belgeleri gizlemek suçundan açılan davaya dair temyiz itirazlarına gelince;

26.11.2001 tarihli iddianame ile sanık hakkında “*defter ve belgeleri gizlemek*” suçundan da kamu davası açıldığı, suç tarihinin 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 14/2. madde ve fıkrası uyarınca 15 günden az olmamak üzere verilen ibraz süresinin sonu olan Temmuz ve Ağustos 2000 tarihleri olup sanığın şirketteki hissesini 30.04.1997 tarihinde devrettiği de gözetilerek bu

suçla ilgili bir karar verilmesi gerektiği düşünülmeden bu suçtan açılan kamu davasının da zamanaşımı nedeniyle ortadan kaldırılmasına karar verilmesi,

Yasaya aykırı, müdahil vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmemiş olduğundan sair yönleri incelenmeyen hükmün bu sebepten dolayı 5320 sayılı yasanın 8/1. maddesi gereğince yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK’un 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, 19.06.2006 günü oybirliğiyle karar verildi.

## **YARGITAY 7. CEZA DAİRESİ**

E: 2003/19870 K: 2006/14779 T: 17.07.2006

### **KAÇAKÇILIK SUÇU •ZAMANAŞIMI NEDENİYLE KAMU DAVASININ ORTADAN KALDIRILMASI**

(765 s. TCK m. 102/4 104/2)

**Özet:** Sanıkların sorgularının yapıldığı 27.07.2000 günü itibariyle temyiz inceleme gününde 765 sayılı TCK’nın 102/4. ve 104/2. maddelerinde öngörülen zamanaşımı tahakkuk etmiş bulunduğu anılan maddeler uyarınca sanıklar hakkındaki kamu davasının ORTADAN KALDIRILMASI gerekirken hüküm kurulması doğru bulunmamıştır.

**K**açakçılık suçundan sanıklar OZY, İÖ ve AE haklarında yapılan duruşma sonunda: Beraatlarına ve iadeye dair BAKIR-KÖY 1. Ağır Ceza Mahkemesinden verilen 21.01.2003 tarihli hükmün Yargıtay’ca incelenmesi hazine vekili tarafından süresinde istenilerek dava evrakı Cumhuriyet Başsavcılığının onama isteyen 09.10.2003 tarihli tebliğ namesiyle

daireye verilmekle dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra Türk Milleti adına gereği görüşülüp düşünüldü:

Sanıkların sorgularının yapıldığı 27.07.2000 günü itibariyle temyiz inceleme gününde 765 sayılı TCK.’nın 102/4. ve 104/2. maddelerinde öngörülen zamanaşımı tahakkuk etmiş bulunduğu anılan hükmün BOZULMASINA, anılan

## **Yargıtay Kararları**

---

maddeler uyarınca sanıklar hakkındaki kamu davasının ORTADAN KALDIRILMASINA, dava konusu eş- yalar ile teminatın gümrük mevzuatı dairesine iadesine 17.07.2006 günü oybirliğiyle karar verildi.

**YARGITAY 8. CEZA DAİRESİ**

E: 2006/2801 K: 2006/5670 T: 26.06.2006

**KORKU KAYGI YA DA PANİK YARATABİLECEK BİÇİMDE SİLAHLA  
ATEŞ ETME SUÇU**

(5237 s.TCY m. 51, 107/1-c 765 s. TCK m.264/7, 5252 SY m.9/1)

**Özet:** 5237 sayılı TCK'nın 51. maddesinin, 647 sayılı Yasa'nın 6. maddesine göre lehe erteleme koşullar taşıdığı kabul edilerek, 765 sayılı TCK'nın 264/7. madde ve fıkrasında düzenlenen "korku, kaygı veya panik yaratabilecek biçimde silahla ateş etme" suçunun karşılığının da 5237 sayılı TCK'nın 170/1-c madde ve fıkrasında düzenlendiği ve ceza miktarı açısından hükümlü lehine olduğu göz önüne alınarak, duruşma açılıp gerekleri yerine getirilmek suretiyle lehe hükümlerin değerlendirilmesi ve bundan sonra bir hüküm kurulması gerektiği, olay ve uygulama itibarıyla burada 5252 sayılı Yasanın 9. maddesinin 1. fıkrasındaki "lehe olan hükümlerin derhal uygulanabileceği" hükmüne dayanılmayacağı gözetilmeden, evrak üzerinde karar verilmesi doğru görülmüştür.

**6136** Sayılı Kanuna aykırılık ve korku, kaygı veya panik yaratabilecek biçimde silahla ateş etme suçlarından hükümlü MA'nın 5237 sayılı TCK'nın lehe hükümlerinden yararlanmak için talepte bulunmakla yapılan inceleme sonunda; hükümlülüğüne dair (BAKIRKÖY) 4. Asliye Ceza Mahkemesinden verilen 14.6.2005 gün ve 476 esas, 616 karar sayılı hükmün süresi içinde Yargıtay'ca incelenmesi hükümlü tarafından istenilmiş olduğundan dava evrakı C. Başsavcılığında tebliğ name ile 7.4.2006 günü daireye gönderilmekle incelenip gereği düşünüldü:

**TÜRK MİLLETİ ADINA**

Gereği görüşülüp düşünüldü:

1.6.2005 tarihinden önce kesinleşen hükmün anılan tarihte yürürlüğe giren 5237, 5252 ve 5271 sayılı Yasaların lehe hükümlerinin değerlendirilmesi ve olaya uygulanması niteliğindeki başvuru üzerine, 5237 sayılı TCK'nın 62. maddesi hükmünün 765 sayılı TCK'nın 59. maddesine göre lehe bir düzenleme olduğu, yine 5237 sayılı TCK'nın 51. maddesinin, 647 sayılı Yasanın 6. maddesine göre lehe erteleme koşullar taşıdığı kabul edilerek, 765 sayılı TCK'nın 264/7 madde ve fıkrasında düzenlenen "korku, kaygı veya panik yaratabilecek biçimde silahla ateş etme" suçunun karşılığının da 5237 sayılı TCK'nın 170/1-c madde ve fıkrasında düzenlendiği ve ceza miktarı açısından hükümlü lehine olduğu göz önüne alınarak, duruş-

## Yargıtay Kararları

---

ma açılıp gerekleri yerine getirilmek suretiyle lehe hükümlerin değerlendirilmesi ve bundan sonra bir hüküm kurulması gerektiği, olay ve uygulama itibariyle burada 5252 sayılı Yasanın 9. maddesinin 1. fıkrasındaki "*lehe olan hükümlerin derhal uygulanabileceği*" hükmüne dayanılmayacağı gözetilme-

den, evrak üzerinde karar verilmesi,

Bozmayı gerektirmiş hükümlü MA'nın temyiz itirazları bu nedenle yerinde görülmüş olduğundan hükmün (BOZULMASINA), 26.6.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

**YARGITAY 9. CEZA DAİRESİ**

E: 2006/3316 K: 2006/4061 T: 02.06.2006

**SANIK YARARINA HUKMUN UYGULANMASI •UZLAŞMA  
•ZAMAN BAKIMINDAN UYGULAMA**

(5271 s. CMK m. 253 5237 s. TCY m. 73/8)

**Özet:** *“lehe olan hüküm, önceki ve sonraki kanunların ilgili bütün hükümleri olaya uygulanarak, ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenir” şeklindeki düzenlemeye ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun "Zaman bakımından uygulama" başlıklı 7. maddesine nazaran öncelikle lehe Kanunun tespit edilerek uygulama yapılması, Ceza Muhakemesi Kanununun "Uzlaşma" başlıklı 253. maddesi hükümlerinin öncelikle uygulanması suretiyle sonucuna göre bir karar verilmesi gerektiğinin dikkate alınmaması bozma nedenidir.*

**T**edbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu yaralamaya sebebiyet vermek suçundan sanık Barış Coşkun'un 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 459/1. 119. maddeleri uyarınca 660,00 Yeni Türk Lirası adli para cezası ile cezalandırılmasına dair, Bakırköy 12. Asliye Ceza Mahkemesinin 28.11.2005 tarihli ve 2004/68 esas, 2005/763 sayılı kararının;

01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 9. maddesi 3. fıkrasında yer alan *“lehe olan hüküm, önceki ve sonraki kanunların ilgili bütün hükümleri olaya uygulanarak, ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenir”* şeklindeki düzenlemeye ve 5237 sayılı Türk

Ceza Kanununun *“Zaman bakımından uygulama”* başlıklı 7. maddesine nazaran öncelikle lehe Kanunun tespit edilerek uygulama yapılması gerektiği gözetilmeden karar verilmesinde,

Dosya kapsamına göre, sanığın tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu mağduru 3 gün iş ve güçten kalacak biçimde yaralamak şeklinde belirlenen eylemi hakkında, suçun işlendiği 11.07.2004 tarihi itibarıyla, 765 sayılı Kanunun 459/1. maddesinde öngörülen temel ağır para cezasının alt ve üst sınırının 440 Yeni Türk Lirası olması karşısında. 765 sayılı Kanunun 119.maddesi uyarınca artırım yapılamayacağı gibi, bilirkişi incelemesi yapılarak kusur durumu tespit edildikten sonra, bu para cezasından TCK.'nın 459/son maddesi gereğince kusur oranında indirim

## Yargıtay Kararları

yapılması gerektiği gözetilmeyerek yazılı şekilde fazla ceza tayin olunmasında,

Sanığın üzerine atılı suçun 5237 sayılı Kanun ile şikâyete tabi suçlardan olması ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 73/8. maddesine göre uzlaşma hükümlerine bağlı bulunması karşısında, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun "Uzlaşma" başlıklı 253. maddesi hükümlerinin öncelikle uygulanması suretiyle sonucuna göre bir karar verilmesi gerektiğinin dikkate alınmamasında, isabet görülmediğinden bahisle, 5271 sayılı CMK.'nın 309. maddesi uyarınca bozulması lüzumu Yüksek Adalet Bakanlığının 05.05.2006 gün ve 19475 sayılı kanun yararına bozma

talebine dayanılarak, Yargıtay C. Başsavcılığının 02.06.2006 gün ve 2006/103824 sayılı tebliğ namesi ile daire ihbar ve dava evrakı tevdi kılınmakla dosya incelenerek gereği düşünüldü.

Kanun yararına bozma talebine dayanılarak düzenlenen tebliğ namedeki bozma isteği incelenen dosya kapsamına nazaran yerinde görüldüğünden, Bakırköy 12. Asliye Ceza Mahkemesinin 28.11.2005 tarih ve 2004/68 esas, 2005/763 sayılı kararının CMK.'nın 309. maddesi uyarınca BOZULMASINA, müteakip işlemlerin mahallinde yapılmasına, dosyanın gereği için Yargıtay C. Başsavcılığına TEVDİİ-NE 07.07.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

**YARGITAY 10. CEZA DAİRESİ**

E: 2004/21030 K: 2005/16669 T: 22.11.2005

**HIRSIZLIK SUÇU • İKRAR**

5328 SK. m. GEÇİCİ 1, 5237 s. TCY m. 7, 5349 SK m. 9)

**Özet:** Müştekinin ifadesinde belirtilen araçlar hakkında ayrıntılı bir arama yapıldıktan ve tutanak düzenleyenler de dinlendikten sonra, sanığın bu olay hakkında ayrıntılı Savunması saptanarak ikrarın suça konu olayla ilgili olup olmadığının saptanması ile kanıtların bir bütün halinde değerlendirilerek sonucuna göre sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerekirken, eksik soruşturma ile yazılı şekilde mahkûmiyet hükmü kurulması bozma nedenidir.

**H**ırsızlık suçundan sanıklar HÖİ, HU ve EG hakkında BAKIRKÖY 4.Asliye Ceza Mahkemesi'nce yapılan yargılama sonunda 07.05.2003 tarih ve 2000/910 esas 2003/453 karar sayı ile hakkında mahkûmiyet karar verildiği; hükmün sanıklar Ekrem Güngör ve Hüseyin Ustabaşı'nın müdafileri ve sanık Özcan İlgin tarafından süresi içinde temyiz edildiği, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nca bozma isteğiyle dava dosyasının tebliğ name ekinde 21.10.2004 tarihinde Dairemize gönderildiği anlaşıldı. Dosya incelendi, gereği görüldü:

İncelenen dosya içeriği itibarıyla; olay tarihinde işyerinden çeşitli miktar ve markalarda çay, yağ ve şampuan çalınması nedeniyle kolluğa müracaat eden müştekinin hırsızlık yapan kişilerin 34 TJ 4167 plaka no'lu kırmızı Şahin marka ve 34 AE 1767 plakalı kırmızı kartal marka araçlarla olay yerinden ay-

rıldıklarının görüldüğünü bildirdiği, olay tarihinden yaklaşık 2 ay sonra başka bir olay nedeniyle yakalanan 18 yaşından küçük sanık Hüseyin'in kollukta yapılan "Ön görüşme" esnasındaki beyanları üzerine hükmü temyiz etmeyen sanık S ile sanıklar Ö ve E'nin yakalanarak, haklarında birden çok işyerinden hırsızlık yapmak suçlarından dolayı başlatılan soruşturma sonucunda bir kısım eşyaların zapt edildiği, sanıklar S, Ö ve H'nin tüm aşamalarda, sanık E'nin ise Savcılık ve kolluk aşamasında atılı suçu inkâr ettikleri, ancak sanık E'nin 18 yaşından küçük olduğu 17.10.2001 tarihli oturumda müdafisi bulunmaksızın alınan ifadesinde ve yine istinabe yoluyla müdafii huzurunda alınan ifadesinde atılı suçu sanık Ö'nün azmettirmesi ile sanıklar S ve H ile birlikte işlediklerini ikrar ettiği, sanık müdafii tarafından dosya içersine sunu-

## Yargıtay Kararları

lan 24.03.2003 havale tarihli dilekçe ile temyiz dilekçesinde söz konusu ikrarın başka bir olaya ilişkin olduğunun iddia edildiği anlaşıl-makla; plakasını bildirdiği araçların rengi ve markasını dahi açıkla-yan müştekinin ifadesi, müştekinin işyerinden çalınan eşyaların miktarı ve çeşitliliği, çalınan eşyaların büyük bir kısmının ele-geçirileme-miş olması, haklarında birden çok hırsızlık suçundan soruşturma ya-pılan sanıkların şifahi beyanları üzerine ele geçirilen eşyalar arasın-da müştekiye ait eşyaların bulunup bulunmadığı hususunun duraksama-yaya yer vermeyecek şekilde belir-lenip, müştekinin ifadesinde belir-tilen araçlar hakkında ayrıntılı bir arama yapıldıktan ve tutanak dü-zenleyicileri de dinlendikten sonra, sanık E bu olay hakkında ayrıntılı Savunması saptanarak ikrarın su-ça konu olayla ilgili olup olmadığının tespiti ile delillerin bir bütün halinde değerlendirilerek sonucuna göre sanıkların hukuki durumları-

nın tayin ve takdiri gerekirken, eksik soruşturma ile yazılı şekilde mahkûmiyet hükmü kurulması, 2-Kabule göre;

5328 sayılı Kanun'un Geçici 1. maddesi gereğince 01.06.2005 tari-hinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 7. maddesi ile 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu-nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 5349 sayılı Ka-nunla değişik 9. maddesi uyarınca; sanıkların hukukî durumunun ye-niden değerlendirilip belirlenme-sinde zorunluluk bulunması,

Bozmayı gerektirmiş, sanıklar EG ve HU'nun müdafilerinin ve sa-nık Öİ'nin temyiz itirazları bu ne-denle yerinde görülmüş olduğun-dan hükmün istem gibi BOZULMA-SINA, bozmadan 5320 sayılı Ka-nun'un 8/1. ve 1412 sayılı CMUK'un 325. maddesi uyarınca hükmü temyiz etmeyen sanık SP'nin de yararlanmasına 22.11.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

**YARGITAY 10. CEZA DAİRESİ**

E: 2005/4484 K: 2006/9231 T: 10.07.2006

**İSTİNABE TALEBİ**

(4814 SK m. GEÇİCİ 1)

**Özet:** 4814 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinde öngörülen açıklamalı davetiyenin, şikâyetçi veya varsa vekilinin bulunduğu yer mahkemesine yazılacak "istinabe talebi" üzerine bu mahkeme tarafından düzenlenip tebliğe çıkarılması gerekirken, yargı çevresi dışında bulunan katılan vekili adına davetiye gönderilmesi ve ayrıca katılan vekilinin 26.05.2003 tarihinde verdiği mazeret dilekçesinde katılma talebinde bulunması ve şikâyetlerinin devam ettiğine ilişkin kanunun aradığı anlamda yakınma istencini belirtmesi karşısında; yargılamaya devamlı sonucuna göre karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması kanuna aykırıdır.

**K**arşılıksız çek keşide etmek suçundan sanık İHİ hakkında BAKIRKÖY 4. Asliye Ceza Mahkemesi'nce yapılan yargılama sonucu. 10.12.2003 tarihinde 2002/1095 esas ve 2003/1339 karar sayı ile düşme kararı verildiği; hükmün katılan vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine, dava dosyasının Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın bozma isteyen tebliğ namesi ile 7.4.2005 tarihinde Dairemize gönderildiği anlaşıldı. Dosya incelendi, gereği görüşülüp düşünüldü:

Yapılan duruşmaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere. Mahkemenin soruşturma sonuçlarına uygun şekilde oluşan inanç ve takdirine, incelenen dosya içeriğine göre, diğer temyiz itirazlarının reddine, ancak;

4814 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinde öngörülen açıklamalı davetiyenin, şikâyetçi veya varsa vekilinin bulunduğu yer mahkemesine yazılacak "istinabe talebi" üzerine bu mahkeme tarafından düzenlenip tebliğe çıkarılması gerekirken, yargı çevresi dışında bulunan katılan vekili adına davetiye gönderilmesi ve ayrıca katılan vekilinin 26.05.2003 tarihinde verdiği mazeret dilekçesinde katılma talebinde bulunması ve şikâyetlerinin devam ettiğine ilişkin kanunun aradığı anlamda şikâyet iradesini belirtmesi karşısında; yargılamaya devamlı sonucuna göre karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması,

Yasaya aykırı, katılan vekilinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde olduğundan, hükmün istek gibi BOZULMASINA, 10.07.2006 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

**YARGITAY 11. CEZA DAİRESİ**

E: 2004/8165 K: 2005/397 T: 07.02.2005

**GASP SUÇU • GÖREVSİZLİK**

(765 s. TCY m. 497/2)

**Özet:** Sanıkların olay günü katılan AG'ye ait ticari aracı kiralarak tüfekle atış yapmak ve bira içmek için ormana gittikten bir müddet sonra katılanın ayrılmak istemesi üzerine, sanık İ'nin alkolün etkisi ile aracın anahtarını zorla alıp ruhsatsız av tüfeği ile katılanın ayaklarının dibine ateş ederek gitmesini engellediği ve arka koltukta oturan diğer sanıklar R ve H'nin de katılanı aralarına alarak etkisiz hale getirdikleri, sanık İ'nin aracı sevk ve idare ederken sigara almak için durduğu sırada katılanın sanıklardan kurtulup orada bulunan kahvehaneye sığındığı ve orada bulunanların katılanı koruyup sanıklar Rifat ve İlhami'yi yakalamaları üzerine sanık H'nin aracı kullanarak oradan kaçtığına iddia ve kabul olunması karşısında; sanıkların eylemlerinin temas ettiği TCK'nın 497/2. maddesindeki gasp suçunu oluşturup oluşturmayacağına ilişkin delilleri tartışıp takdir etmek görevinin üst derececi Ağır Ceza Mahkemesine ait bulunduğu gözetilip görevsizlik kararı verilmesi gerekirken yargılamaya devamla yazılı şekilde hükümler kurulması bozmayı gerektirmiştir.

**H**ırsızlık, Silahlı Tehdit, Nas-ı İzzar, Ruhsatsız Av Tüfeği Bulundurmak ve Saldırgan Sarhoşluk suçlarından sanıklar İV, HK ve RD'nin yapılan yargılamaları sonunda: Sanık H'nin hırsızlık, nas-ı ızzar ve silahlı tehdit, sanık İlhami'nin hırsızlık ve sanık R'nin silahlı tehdit suçlarından beraatlarına, sanık İ hakkında silahlı tehdit suçundan açılan kamu davasının suç vasfındaki vaki değişiklik nedeniyle TCK'nın 191/son ve 119/5. maddeleri gereğince ön ödeme nedeniyle, sanık İlhami hakkında ruhsatsız av tüfeği bulundurmak ve sanıklar haklarında saldırgan sarhoşluk

suçlarından açılan kamu davalarının TCK'nın 102/5 ve 104/2. maddeleri uyarınca zamanaşımı nedeniyle ortadan kaldırılmalarına, Emanetin 1999/76 sırasında kayıtlı bulunan bir adet Vursan marka av tüfeğinin ilgili idareye teslimine dair ÇATALCA 1. Asliye Ceza Mahkemesinden verilen 04.06.2002 gün ve 1999/335 Esas, 2002/214 Karar sayılı hükmün süresi içinde Yargıtay'ca incelenmesi üst C. Savcısı tarafından istenilmiş olduğundan dava evrakı C. Başsavcılığının onama isteyen bila tarihli tebliğ namesi ile daireye gönderilmekle incelenerek gereği görüldü:

Sanıkların olay günü katılan AG'ye ait ticari aracı kiralayarak tüfekle atış yapmak ve bira içmek için ormana gittikten bir müddet sonra katılanın ayrılmak istemesi üzerine, sanık İ'nin alkolün etkisi ile aracın anahtarını zorla alıp ruhsatsız av tüfeği ile katılanın ayaklarının dibine ateş ederek gitmesini engellediği ve arka koltukta oturan diğer sanıklar R ve H'nin da katılanı aralarına alarak etkisiz hale getirdikleri, sanık İ'nin aracı sevk ve idare ederken sigara almak için durduğu sırada katılanın sanıklardan kurtulup orada bulunan kahvehaneye sığındığı ve orada bulunanların katılanı koruyup sanıklar R ve İ'yi yakalamaları üzerine sanık H'nin aracı

kullanarak oradan kaçtığına iddia ve kabul olunması karşısında; sanıkların eylemlerinin temas ettiği TCK'nın 497/2. maddesindeki gasp suçunu oluşturup oluşturmayacağına ilişkin delilleri tartışıp takdir etmek görevinin üst dereceli Ağır Ceza Mahkemesine ait bulunduğu gözetilip görevsizlik karar verilmesi gerekirken yargılamaya devamla yazılı şekilde hükümler kurulması,

Yasaya aykırı, üst C. Savcısının temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmemiş olduğundan sair yönleri incelenmeyen hükümlerin bu sebepten dolayı CMUK.'nın 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, 07.02.2005 gününde oybirliği ile karar verildi.

### **YARGITAY 11. CEZA DAİRESİ**

E: 2006/3530 K: 2006/4899 T: 31.05.2006

#### **DENETİMLİ SERBESTLİK •KANUN YARARINA BOZMA**

(5237 s.TCY m. 7/3, 206, 58/7, 5235 S CGİK m. 108/1-c)

**Özet:** Suç tarihi ve yürürlüğe giren 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun 7/3. m. yer alan "hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrürle ilgili olanlar hariç; infaz rejimine ilişkin hükümler derhal uygulanır" hükmü gözetilmeden hükümlünün mükerrirlere özgü infaz rejimine ve cezanın infazından itibaren denetimli serbestlik tedbirine tabi tutulması yasaya aykırı ise de, lehe hüküm içermeyen yeni yasanın uygulanma olanağının bulunmaması karşısında bu hususa yönelen kanun yararına bozma düşüncesi yerinde görülmemiştir.

**A**dli işlem sırasında memura yalanan beyanda bulunmak suçundan sanık ÖK'nın 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun 206. maddesi uyarınca 3 ay hapis ceza-

sı ile cezalandırılmasına, anılan Kanunun 58/7. maddesi gereğince mükerrirlere Özgü infaz rejiminin ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulan-

masına dair. BAKIRKÖY 8. Asliye Ceza Mahkemesinin 22.07.2005 tarihli ve 2002/758 esas, 2005/803 sayılı kararın,

**1-** Dosya kapsamına göre; sanığın, adli tahkikat sırasında gerçekte var olan kişinin kimlik bilgilerini kullanmak suretiyle kimliği hakkında resmi mercilere yalan beyanda bulunmak olarak mahkemece belirlenen eyleminin, 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun 268/1. maddesi aracılığıyla 267/1. maddesi kapsamında düzenlendiği, sanığın bildirdiği kimlik bilgilerinin gerçekte var olmayan kişiye ait olduğunun anlaşılması durumunda anılan Kanunun 206/1. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekeceği, bu nedenle sanığın eylemine uyan 765 Sayılı Kanunun 343/2. maddesi ile 5237 Sayılı Kanunun 267/1. maddesinin birbiriyle karşılaştırılması suretiyle lehe olan kanunun uygulanması gerekirken, sanığın eylemine uymayan 5237 sayılı Kanunun 206/1. maddesinin uygulanması suretiyle hüküm kurulmasında,

**2-** Kabule göre de, 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun hükümlü lehine düzenleme getirdiği mahkemece verilen kararlar da kabul edildiği, ancak 5237 Sayılı Kanunun 58. maddesinde tekerrür halinde cezadan artırım düzenlenmediği, anılan maddenin 7. fıkrasında *"mahkûmiyet kararında, hükümlü hakkında mükerrirlere özgü infaz rejiminin ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanacağı belirtilir."* Şeklinde infaz

rejimi ile ilgili düzenlemelere yer verildiği,

Diğer taraftan 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin infazı Hakkında Kanununun 108/1-c maddesinde tekerrür halinde süreli hapis cezasının dörtte üçünün infaz kurumunda iyi hâili olarak çekilmesi durumunda, koşullu salıverilmeden yararlanabilecek olması karşısında, infaz yönünden 647 Sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanunun hükümlü lehine olduğu, Nazara alındığında, mahkemece 5237 Sayılı Kanun'a göre tayin olunan 3 ay hapis cezasının, 647 Sayılı Kanun uyarınca yerine getirilmesinin hükümlü lehine olduğu gözetilmeden, 5275 sayılı Kanun kapsamında mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektilmesine ve cezanın infazından itibaren denetimli serbestlik tedbirlerine tâbi tutulmasına dair karar verilmesinde isabet görülmediğinden bahisle 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 309. maddesi uyarınca anılan kararın bozulması lüzumu Yüksek Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü ifadeli 01.03.2006 gün ve 8660 sayılı yazılı emirlerine atfen Yargıtay C. Başsavcılığının 26.04.2006 gün ve YE. 2006040726 sayılı ihbarnamesiyle daireye ihbar ve dava evrakı tevdi-i kılınmakla incelenip gereği görüldü:

Suç tarihi ve 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun 7. maddesinin 3. fıkrasında yer alan *"hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrürle ilgili olanlar hariç; infaz rejimine ilişkin hükümler derhal uygulanır"* hükmü gözetilmeden hükümlünün mükerrirlere özgü infaz rejimine. ve cezanın in-

fazından itibaren denetimli serbestlik tedbirine tabi tutulması yasaya aykırı ise de, gerekçesi aşağıda belirtileceği üzere lehe hüküm içermeyen yeni yasanın uygulanma olanağının bulunmaması karşısında bu hususa yönelen kanun yararına bozma düşüncesi yerinde görülmemiştir.

Dosya kapsamına göre, hükümlünün gerçekte var olan kişinin kimlik bilgilerini kullanmak suretiyle kimliği hakkında resmi mercilere yalan beyanda bulunmak olarak belirlenen eyleminin 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun 268/1. maddesi aracılığıyla 267/1. maddesi kapsamında düzenlendiği yeni TCK'nın 206/1. maddesinin, bildirilen kimlik bilgilerinin gerçekte var olmayan kişile-

re ait olması durumunda, uygulanma olanağının doğabileceği, bu sebeple hükümlünün eylemine uyan 765 Sayılı TCK.'nın 343/2. maddesi ile 5237 Sayılı TCK'nın 267/1. maddesinin birbirleriyle karşılaştırılması suretiyle lehe hüküm içeren 343/2. maddenin uygulanması gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması yasaya aykırı ve kanun yararına bozmaya atfen düzenlenen ihbarnamedeki düşünce yerinde görüldüğünden Bakırköy 8. Asliye Ceza Mahkemesinin 22.07.2005 gün, 2002/758 Esas, 2005/803 sayılı kararının aleyhe sonuç doğurmamak koşuluyla BOZULMASINA, dosyanın mahalline gönderilmek üzere Yargıtay C. Başsavcılığına İADESİNE, 31.05.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

**YARGITAY 11. CEZA DAİRESİ**

E: 2005/740 K: 2006/5450 T: 14.06.2006

**VERGİ KAÇAKÇILIĞI SUÇU**  
• **SAHTE FATURA DÜZENLEME SUÇU**  
(4369 SY m. 213 s. VUY.)

**Özet:** 4369 Sayılı Yasanın vergi yitimini kaçakçılık suçunun unsuru olmaktan çıkarması ve sahte fatura düzenleme suçunun mükellef sıfatı olsun veya olmasın herkes tarafından işlenebileceği gözetilerek söz konusu mükelleflerle ilgili yapılan işlemler araştırılıp, yetkilileri hakkında kamu davası açılmışsa dosyasının getirtilip incelenmesi, özeti duruşma tutanağına geçirilmesi, bu davayı ilgilendiren delillerin onaylı örneklerinin dosyaya intikalinin sağlanmasından sonra toplanan deliller bir bütün halinde değerlendirilerek sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerektiği gözetilmeden, sanığın vergi mükellefi olmadığından bahisle beraatına karar verilmesi.

**V**ergi Kaçakçılığı (VUK'ya muhalefet) suçundan sanık RE'nin yapılan yargılamaları sonunda: Beraatına dair BAKIRKÖY 5. Ağır Ceza Mahkemesinden verilen 04.10.2004 gün ve 2001/398 Esas, 2004/267 Karar sayılı hükmün süresi içinde Yargıtay'ca incelenmesi katılan vekili tarafından istenilmiş olduğundan dava evrakı C. Başsavcılığının bozma isteyen 10.01.2005 tarihli tebliğ namesi ile daireye gönderilmekle incelenerek gereği görüldü:

Sabit bir işyeri olmayan ve vergi dairesine mükellefiyet tesis ettirmeden serbest muhasebe veya mali müşavirlik belgesi de olmadığı halde muhasebecilik faaliyetinde bulunan sanığın işlemlerini yürüttüğü mükellefler Ö Tekstil San. ve

Dış Tic. Ltd. Şirketi MS, Bİ, YB, CY, BK hakkındaki bilgileri içeren 26.06.2001 gün ve 33 Sayılı Vergi Tekniği Raporunda defter ve belgelerini ibraz etmedikleri, işyeri adreslerinde yapılan yoklamalarda bulunmadıkları, KDV beyannamelerinde yüksek tutarda indirilecek KDV beyan ettikleri, kullanılmayan belgelerinin iptalini yaptırmadıkları, sahte belge kullanma ve düzenleme durumlarıyla ilgili olarak mali şubeye bildirimde bulunulduğunun tespit edilmesi sanık hakkında tanzim olunan 26.06.2001 gün ve 32 sayılı kaçakçılık suçu raporunda ise muhakeme işlemlerini yürüttüğü mükelleflere ait belgelerin sahte olarak düzenlenmesi eyleminin sanık tarafından organize edildiğinin belirtilmesi karşısında;

01.01.1999 tarihinde yürürlüğe giren 4369 Sayılı Yasanın vergi ziyanı kaçakçılık suçunun unsuru olmaktan çıkarmasına ve sahte fatura düzenleme suçunun mükellef sıfatı olsun veya olmasın herkes tarafından işlenebileceği gözetilerek söz konusu mükelleflerle ilgili yapılan işlemler araştırılıp, yetkilileri hakkında kamu davası açılmışsa dosyasının getirtilip incelenmesi, özetinin duruşma tutanağına geçirilmesi, bu davayı ilgilendiren delillerin onaylı örneklerinin dosyaya intikalinin sağlanmasından sonra toplanan deliller bir bütün halinde

değerlendirilerek sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerektiği gözetilmeden, sanığın vergi mükellefi olmadığından bahisle beraatına karar verilmesi.

Bozmayı gerektirmiş, katılan vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmuş olduğundan sair yönleri incelenmeyen hükmün bu sebepten dolayı, 5320 Sayılı Yasanın 8/1. maddesi gereğince uygulanması gereken 1412 Sayılı CMUK.'nın 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, 14.06.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

### **YARGITAY 11. CEZA DAİRESİ**

E: 2006/1629 K: 2006/5851 T: 22.06.2006

### **TOPLAMA (İÇTİMA)**

(5275 s CGİK m. 9/i, 107, 5271 S CMK m. 232)

**Özet:** *5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin infazı hakkındaki kanununun 09/i maddesi uyarınca sanık hakkında hükmolunan her bir cezanın diğerinden bağımsız olan varlıklarını ayrı ayrı koruduğu, ancak aynı sanık hakkında başka başka kesinleşmiş hükümlerin varlığı halinde ise aynı yasanın 107. maddesinin uygulanabilmesi yönünden mahkemeden bir toplama kararı istenebileceğinin gözetilmemesi.*

**D**olandırıcılık suçlarından sanık FNA'nın yapılan yargılaması sonunda: Mahkûmiyetine dair BAKIRKÖY 1. Asliye Ceza Mahkemesinden verilen 21.11.2005 gün ve 2005/800 Esas, 2005/1116 Karar sayılı hükmün süresi içinde Yargıtay'ca incelenmesi sanık müdafii tarafından istenilmiş olduğundan dava evrakı

C. Başsavcılığının onama isteyen 3.5.2006 tarihli tebliğ namesi ile daireye gönderilmekle, incelenerek gereği görüldü:

**1-** Ayrıntıları Ceza Genel Kurulunun 15.2.2005 gün. 6-16-14 sayılı kararında da açıklandığı üzere, cezanın belirlenmesi ve kişiselleştirilmesi her bir olay yönünden farklı koşullara tabi olacağı, bu kuralın

aksine davranışın denetim olanağını ortadan kaldıracağı gibi infazda da tereddütlere yol açacağı gözetilmeden sanık hakkında her mağdu- ra yönelik eylemin hüküm fıkrasında ayrı ve bağımsız değerlendirilmesi yerine yazılı şekilde topluca hüküm kurulması suretiyle 5271 sayılı CMK'nın 232. maddesine aykırı davranılması,

**2-** 5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin infazı hakkındaki kanunun 09/i maddesi uyarınca sanık hakkında hükmolunan her bir cezanın diğerinden bağımsız olan varlıklarını ayrı ayrı korudu-

ğu, ancak aynı sanık hakkında başka başka kesinleşmiş hükümlerin varlığı halinde ise aynı yasanın 107. maddesinin uygulanabilmesi yönünden mahkemeden bir toplama kararı istenebileceğinin gözetilmemesi.

Yasaya aykırı sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görelî m üş olduğundan hükmün bu sebeplerden dolayı 5320 Sayılı Yasanın S/I. maddesi gereğince uygulanması gereken 1412 Sayılı CMUK'un 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA. 22.06.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.





**YARGITAY CEZA GENEL KURULU****E:** 2006/9-169 **K:** 2006/184 **İ:** 34001 **G:**11.07.2006**TÜRKLÜĞÜ KÜÇÜK DÜŞÜRMEK SUÇU**  
**• ERMENİ DİASPORASI • ELEŞTİRİ HAKKI**

(5680 SY m.16/1, 765 s. TCY 159/1)

**Özet:** Sanığın yazısında küçültme unsuruyla kullandığı "zehirli kan" sözcüğünün Türklere yönelik olduğu kötü niyetle ve tezyif amacıyla kullanıldığı anlaşılmıştır. Suça konu yazının yayımlandığı mevkute, sanığın konumu, hitap edilen kitle, yazının muhatap kitle tarafından algılanma biçimi gözetildiğinde, kullanılan ibarenin Türklüğü tahkir ve tezyif edici nitelikte bulunduğu, esasen bu amaçla da kaleme alındığı Ermeni toplumunu yüceltirken Türk toplumunu aşağılamanın ifade özgürlüğü ve eleştiri kapsamında değerlendirilemeyeceği sonucuna ulaşılmış, Yerel Mahkeme kararının gerekçesinde yetersizlik bulunmakla birlikte, yapılan hukuki değerlendirmelerde, Özel Dairece belirtilen bozma nedenleri dışında bir isabetsizlik bulunmadığı anlaşılmış, bu nedenlerle Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmiştir.

**T**ürklüğü basın yoluyla tahkir ve tezyif etmek suçundan, sanıkların 5680 SY. 16/1. maddesi yollaması ile TCY'nın 159/1. maddesi uyarınca ayrı ayrı cezalandırılmaları istemiyle açılan kamu davasında;

1- Sanık KK'nın 5237 sayılı Yasanın 7/2 ve 5187 sayılı Yasanın 11. maddeleri uyarınca beraatine,

2- Sanık FD'nin, 765 sayılı TCY'nin 159/1 ve 647 sayılı Yasanın 6. maddeleri uyarınca 6 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına ve cezasının ertelenmesine, 350 YTL vekalet ücretinin sanıktan tahsili ile katılanlar vekiline ödenmesine ilişkin Şişli 2. Asliye Ceza Mahkemesince verilen 07.10.2005 gün ve 184-1082 sayılı hüküm, katılanlar

MÖ, MS, ZH, KK ve sanık FD müdafileri tarafından temyiz edilmekle, dosyayı inceleyen Yargıtay 9. Ceza Dairesince 01.05.2006 gün ve 711-2497 sayı ile;

"Davanın niteliği itibariyle suçtan, doğrudan zarar görmeleri söz konusu olmayan müştekilerin katılmalarına ilişkin karar hukuki değerden yoksun olup yok hükmünde bulunmakla hükmü temyize de yetki vermeyeceğinden katılanlar vekillerinin temyiz isteklerinin CMUK.nun 317. maddesi uyarınca reddine,

Sanık müdafinin temyizine hasren yapılan incelemede,

Suçta konu yazının yayımlandığı mevkute sanığın mevkutedeki konumu, hitap edilen kitle, yayımlanma amacı ile hitap edilen kitle tara-

ından algılanma biçimi de gözetilerek, dava konusu yazı dizisi bir bütün olarak ele alınıp değerlendirildiğinde, suça konu "Türk'ten boşalacak o zehirli kanın yerini dolduracak temiz kan, Ermeni'nin Ermenistan'la kuracağı asil damarında mevcuttur" ibaresinin Türklüğü tahkir ve tezyif edici nitelikte olduğunda kuşku bulunmamakta, bir toplumu yüceltirken başka bir toplumu aşağılamanın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile öngörülen ifade özgürlüğü kapsamında bulunduğunu kabulde mümkün görülmemekte olup, bu nedenlerle tebliğnamedeki bu konuya ilişkin bozma düşüncesi ne iştirak edilmemiştir.

Yapılan duruşmaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere mahkemenin duruşma sonunda oluşan kanaat ve takdirine incelenen dosya kapsamına göre sanık müdafinin yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddine, Ancak;

1- Tefhim edilmekle hükmün esasını oluşturan kısa kararda 647 sayılı Yasanın 4. maddesinin tatbiki ne yer olmadığına karar verildiği halde gerekçeli kararda bu konuya herhangi bir şekilde değinilmemek suretiyle hükümde çelişki yaratılması,

2- Atılı suçun niteliği itibariyle doğrudan zarar görmeleri sözkonusu olmayan şahısların davaya katılmasına karar verilerek lehlerine vekalet ücreti tayini,

3- Kararda yargılama masrafi miktar ve dökümünün gösterilmemesi," isabetsizliğinden bozmuştur.

Yargıtay C.Başsavcılığınca 06.06.2006 gün ve 34001 sayı ile;

"İtirazın açıklanabilmesi için, sanığın konumunun ve hitap edilen

kitlenin ne olduğu, yine suça konu yazı ve yazı dizisi kapsamında yer alan diğer yazılar yanında, düşünce özgürlüğünün uluslararası sözleşmeler ile bu sözleşmeleri yorumlayan yargı kararlarında ve iç hukukta nasıl ortaya konulduğu incelenmeli, davaya konu sözlerin hangi anlamlara gelebileceği ortaya konulup tartışılmalı; suçlama bu açıklamalar ışığında irdelenmelidir.

A- Sanığın konumu ve hitap edilen kitle

Sanık FD, Türkçe ve Ermenice olarak yayın yapmakta olan, yaklaşık beşbin tirajlı haftalık siyasi ve aktüel A Gazetesi'nin genel yayın yönetmeni ve köşe yazarıdır. Yazılarını gazetenin onuncu sayfasındaki Ş isimli köşede yayımlamakta ve bu yazılarında H D adını kullanmaktadır. Gazetenin okuyucu kitlesinin önemli bir bölümünün, Ermeni kökenli yurttaşlardan oluştuğu bilinmektedir.

B- Suça konu yazı

Sanığın, A Gazetesi'nin 13.02.2004 tarihli nüshasında yayımlanan makalesindeki "Türkten boşalacak o zehirli kanın yerini dolduracak temiz kan, Ermeni'nin Ermenistan'la kuracağı asil damarında mevcuttur" cümlesiyle, "Türklüğü alenen tahkir ve tezyif suçunu" düzenleyen 765 sayılı TCY'nın 159 ncu maddesine aykırı hareket edip etmediği, davanın ve itirazın konusunu oluşturmaktadır.

C- Yazı dizisi kapsamındaki diğer yazılar

Atılı suçun oluşup oluşmadığının ortaya konulabilmesi için, dava-

nün konusunu oluşturan yazının yanında, bu yazının da yer aldığı ve toplam sekiz adet makaleden oluşan dizinin, bir bütün halde ele alınması ve sonuca, buradan gidilmesi gerekmektedir. Tebliğname ve Yüksek Daire kararında da bu duruma işaret edilmektedir.

Sanık "Ermeni Kimliği Üzerine" üst başlıklı yazı dizisi kapsamında; 07.11.2003 tarihli yazısı "Kuşaklara Dair",

14.11.2003 tarihli yazısı "Kilisenin Rolü",

05.12.2003 tarihli yazısı "Kaç Vartan'ın Çocukları",

19.12.2003 tarihli yazısı "Pratik Kimliğin Teorisi",

26.12.2003 tarihli yazısı "Batı: Cennet ve Cehennem",

23.01.2004 tarihli yazısı "Ermeni'nin Türk'ü",

30.01.2004 tarihli yazısı "Türk'ten Kurtulmak",

13.02.2004 tarihli yazısı "Ermenistan'la Tanışmak"

başlıkları altındaki yazılarında, konuya ilişkin düşüncelerini aktarmaktadır.

Sanık ilk beş yazısında, Ermeni kimliğinin içeriğinin hangi değerlerle doldurulması gerektiğini sormakta, dağılımı ve kilisenin rolünü sorgulamakta, diasporanın rolüne değinmektedir.

Altıncı yazısında "... Ermeni kimliğinin bugünkü yapısını şekillendiren ve Ermeni kimliğinde bir tür kanserojen tümör işlevi gören asıl etkenin Türk olgusu olduğunu, Ermeni'nin ve Türk'ün asırlardır süren birbirleriyle ilişkilerinde çok iyi

ve çok kötü kimlik donanımlarının bulunduğunu, yaşanan birlikteliğin çok derin olması nedeniyle iki tarafın da bu nedenle ihanet tanımlamasını kullandıklarını, bugün Türklerin paranoyalarıyla, Ermenilerin ise travmalarıyla iki klinik vaka durumunda olduklarını, Türklerin 1915'e bakışlarında empatik bir yaklaşıma girmedikçe Ermeni kimliğinin sancılı kıranışının devam edeceğini, sonuçta Türk'ün Ermeni kimliğinin hem zehiri hem de panzehiri olduğunu, asıl önemli olanın ise Ermeni'nin kimliğindeki bu Türk'ten kurtulup kurtulamayacağı olduğunu" söylemektedir.

Yedinci yazısında "Ermeni kimliğinin Türk'ten azat olmasının görünür iki yolunun bulunduğunu ve bunlardan ilkinin Türkiye'nin Ermeni ulusuna karşı empatik bir tutum içine girmesi ve Ermenilerin acısını paylaştığını belli edecek anlayış sergilemesi olduğunu, bu tutumun zamanla Türk unsurunu Ermeni kimliğinden uzaklaştıracığını, ancak bunun şimdilik gerçekleşmesinin zor bir olasılık olduğunu; ikinci olasılığın ise bizzat Ermeni'nin Türk'ün etkisini kendi kimliğinden atması olduğunu, bu ikinci olasılığın gerçekleşebilirliği yönünden tercih edilmesi gerektiğini, 1915 olayını dünya ve Türkiye nasıl nitelerse nitelersin Ermeni Ulusunun vicdanındaki tanımlamanın değişmeyeceğini, bunu kabul edip etmemenin insanın vicdan sorunu olduğunu, Ermeni kimliğinin sağlığını Fransız'ın, Alman'ın, Amerikalı'nın ille de Türk'ün soykırımı kabul etmesine bağlamak düşüncesinin terk edilmesi gerektiğini ve Türk'ü, Ermeni

kimliğindeki bu etkin rolünden ötelemenin zamanının gelip geçtiğini, kimliksel dinginliğini Türk'e baskı uygulamaya ve soykırımı kabul ettirmeye ayıran Ermeni dünyasının, kendi acısını sırtlayarak, zaman kaybına gitmeden kimliğinin uyanışını ertelememesinin gerektiğini, Ermeni dünyasının kendisini Türk'ten kurtardığında, kimliğinde bir boşluk yaşayacağı ve Ermeni Diasporasının kimliksel çözünürlüğünün hız kazanacağını sanmanın aldatıcı olduğunu, artık Ermeni dünyasının geleceğini minik ülkenin gelecekteki refah ve mutluluğuna endekslemesi ve Türk'le uğraşmayarak Türk'ten kurtulması, bunun yerini de gayri Ermenistan'la uğraşmanın alması gerektiğini" belirtmektedir.

Final niteliğindeki sekizinci yazısında ise, "Türk'ten boşalacak o zehirli kanın yerini dolduracak temiz kan, Ermeni'nin Ermenistan'la kuracağı asil damarında mevcuttur, yeter ki bu mevcudiyetin farkında olunsun diyen sanık, burada asil sorumluluğunun ise Diasporada değil Ermenistan hükümetinde olduğunu vurgulamakta, ancak bağımsızlık dönemine bakılırsa Ermenistan'ın bu sorumluluğun bilincine henüz varamadığını, Ermenistan ve Diaspora ilişkilerinde Ermenistan merkezli bir kurumlaşmaya gidilemediğini, oysa Ermenistan'ın şimdiye kadar güçlü bir Diaspora Bakanlığı kurması gerektiğini, böylece dünyaya dağılan tüm Ermenilerin kucaklanabileceğini, ancak Diasporaya Ermenistan layık olmasına rağmen henüz Ermenistan yönetiminin layık olmadığını, Ermenistan'ın Diasporalı Ermeniyle kuracağı ilişkinin Ermeni kimliğinin

oluşmasına etkisinin çok büyük olacağını, bunun aynı zamanda büyük bir moral okul niteliğinde de olacağını, Diasporalı gence ne türlü eğitim verilirse verilsin o gencin Ermenistan'ı ziyaretinin daha önemli olduğunu, bunu da denemenin pahalı olmadığını, gencin Ermenistan'ı ziyaretiyle kimliğin nasıl damardan absorbe edildiğinin görüleceğini, çünkü o kimliğin ona damardan şırıngalandığını, Ermeni kimliğinin doğrudan Ermenistan'dan edinilecek cümleler ve kazanımlarla zenginleşeceğini, bunun saksıda yetiştirilmeye çalışılan narin bir bitkinin kendi toprağı, kendi suyu ve kendi güneşiyle tanışmasına benzetilebileceğini" ifade etmektedir.

D- Ulusal ve ulusüstü hukukta ifade özgürlüğü

a- Düzenlemeler

765 sayılı TCY'nın 159/5 nci maddesinde "Tahkir, tezyif ve sövme kastı bulunmaksızın, sadece eleştirme maksadıyla yapılan düşünce açıklamaları cezayı gerektirmez" denilerek madde yönünden ifade özgürlüğünün sınırları çizilmiştir.

Anayasa'nın 25 nci maddesinde düşünce, 26 nci maddesinde ifade özgürlüğü, 28 nci maddesinde ise basın özgürlüğü düzenlemiş olup; 26 nci maddenin ikinci fıkrasında ise bu özgürlüklerin sınırları gösterilmiştir.

Düşünce, ifade ve basın özgürlüğü, Anayasamıza göre temel hak ve özgürlükler kapsamında olup; Anayasa'nın 90/son maddesinde ise "Usulüne göre yürürlüğe konul-

muş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır." denilmektedir.

İfade özgürlüğü, BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 19 ncu ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin (İHAS) 10 ncu maddesinde düzenlenmiş ve sınırları da bu maddelerde gösterilmiştir.

Anayasa'nın 14 ncü, BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 5 nci ve İHAS'ın 17 nci maddelerinde ise, hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmasının korunmayacağı ifade edilmiştir.

Bu düzenlemeler yargısal kararlarla yorumlanarak açıklığa kavuşturulmuştur.

### b- Yargı kararları

Makalede yer alan düşünceler ve ileri sürülen görüşler, makalenin bütün halindeki konusu ve hedefi açısından değerlendirilmelidir(1. CD, 01.10.1969, 747/2630).

"Boğazı kuruyan ve kana susayan" faşizan sözleri ile sonunda geçen "onların tankı, tüfeği, panzeri, faşizmi varsa" sözcükleri alınıp, bundan basit kıyas ve istidlal yoluyla hükümetin manevi şahsiyetini tahkir ve tezyif anlamı çıkarmak olanaksız olup, sözlerin hükümetin... manevi şahsiyetine matuf olduğundaki tereddüt ve bildiri içeriğine göre mübalağalı bir anlatım yolunun seçilmesi karşısında... TCK'nun 159 ncu maddesinde tanımlanan suç oluşmaz(CGK, 24.5.1976, 9/247-258).

TCY 159 ncu maddesinde düzenlenen suçun oluşup oluşmadığı yönünden, olayın akışı kül halinde değerlendirilmelidir(CGK, 05.10.1987, 9/167-422).

Konuşmanın içerisinden bazı sözcükler tek tek ele alınarak ve bu sözcüklere olumsuz anlamları açısından bakılarak ve konuşma bütünü değerlendirme dışı bırakılarak sonuca varılamaz(CGK, 24.4.1989, 9/63-165).

Olayın değerlendirilmesi yapılırken, yazının bütünlüğü bozulmamalıdır (CGK, 25.01.1993,8/299-10).

Basın yoluyla işlenen suçlarda hukuka uygunluk halleri, temelini Anayasa'nın 28 nci ve devamı maddelerinden alan haber verme ve eleştirme hakları ile mağdurun rızasıdır. Haber verme ve eleştirme hakkının kabulü için, açıklama veya eleştiriye konu olan haberin, gerçek ve güncel olması, açıklanmasında kamunun ilgi ve yararının bulunması, açıklanış şekliyle konusu arasında düşünsel bir bağ bulunması, haberde veya yazıda küçültücü sözler kullanılmaması gerekmektedir(CGK, 24.02.1998, 4/386-52).

Yüze karşı söylendiğinde sövme teşkil eden sözler, bir köşe yazısında yazılması durumunda eleştiri niteliğinde kabul edilemez (CGK, 15.6.1999,4/152-162).

Sövme içerikli sözler, yakınma ve eleştiri olarak kabul edilemez (CGK; 13.4.2001-9/50-61).

"Eleştirinin sert üslûpla yapılması, kaba olması ve nezaket sınırlarını aşması, eleştirenin eğitim ve kültür düzeyine bağlı bir olgu ise de,

kurumlar eleştirilirken görüş açıklama niteliğinde bulunmayan, küçültücü, aşağılayıcı ifadeler kullanılmamalı, düşünceyi açıklama sınırları içinde kalınmalıdır (CGK, 03.7.2001, 9/132-155).

Düşüncenin oluşabilmesi; kişinin bilgi kaynaklarına özgürce ulaşabilmesi, edindiği bilgileri seçebilmesi ve bunun için de hukuksal olanakların ve güvencelerin bulunmasına bağlıdır. Kuşkusuz ki bunlar da yeterli değildir; ayrıca bunlara uygun davranışlarda bulunabilme hakkının varlığı da bireye/bireylere tanınmalıdır. Öte yandan bu davranışlarından dolayı insanın "kınanmaması" da gerekmektedir... Nitelikli haklar kategorisinde yer alan düşünce özgürlüğü yönünden devlet, biri pozitif diğeri negatif olmak üzere iki yükümlülük altındadır. Pozitif yükümlülüğü uyarınca devlet, bu özgürlüğün yaşanabileceği ortamı hazırlamak; negatif yükümlülüğü uyarınca ise kabul edilen sınırları içerisinde bu özgürlüğün kullanılmasına müdahale etmemek durumundadır... Demokratik toplum olmanın olmazsa olmaz koşulu olan düşünce ve düşünceyi açıklama özgürlüğünü olanca genişliğiyle benimseyen ve güvenceye alan, toplum yaşamının gereği, tüm özgürlükler gibi, düzenleyici sınırlamaları, bireysel hak ve özgürlüklerin kullanılmasında işlevsel kılan ve özgürlüğü kurumsallaştırmayı amaçlayan yapısal, maddi ve içerik olarak da birey-toplum ilişkisinde uzlaşmayı hedefleyen özgürlük anlayışı egemen kılındığında, barışçıl toplumun temellerinden biri de gerçekleştirilmiş olacaktır... "Ceza hu-

kunun görevi ise", ortak özgür yaşamın güvence altına alınabilmesi için konulması kesinlikle zorunlu olan yasaklar koyup, bireylerin, hak ve özgürlüklerden, barış ve güvenlik içinde yararlanmalarını sağlamaktır... İfadenin içeriğine, ifadenin açıklanmasındaki özene, yapıldığı bağlama, açıklamayı yapmanın toplumdaki konumuna ve amacına, açıklamanın konusuna ya da hedef aldığı kişi veya gruba, düşünce açıklamasının potansiyel etkisine, ifadeyi açıklayanın düşüncesini başka kavramlarla dile getirebilmesinin mümkün olup olmadığına, uygulanan yaptırımın oranlılığı ile potansiyel caydırıcı etkisine, yargısal korumanın etkililiğine bakmak gerekmektedir... Toplumsal hayatı düzenleyen kurallar, uygulandığı toplumdaki koşullara göre yargı kararlarıyla anlam bulmaktadır... Bu bağlamda zorlayıcı sosyal gereksinimlerden hareketle konulan kurallar, demokratik toplum ilke ve gereklerine de uygun olmalıdır(CGK, 15.3.2005, 2004/8-201, 2005/30).

İHAS'taki ifade özgürlüğüne ilişkin düzenleme ise, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) kararlarıyla yorumlanarak açıklanmıştır. Buna göre;

İfade özgürlüğüne yapılan müdahalelerin, mutlaka yasa ile öngörülmüş olması, bu müdahalelerin İHAS'ın 10/2 nci maddesindeki yasal bir amaca dayanması, demokratik bir toplumda gerekli ve yaptırımın da orantısız olması gerekmektedir.

İfade özgürlüğü, yalnızca iyi karşılanan veya rahatsız edici bulunmayan veya kayıtsız kalınan bil-

## Yargıtay Kararları

gi ve fikirler için değil, aynı zamanda saldırgan bulunan, sarsıcı bir etki yaratan veya rahatsız eden türdeki bilgi ve fikirler için de geçerlidir. Bunlar demokratik toplumun vazgeçilmez özelliği olan çoğulculuğun, açık fikirliliğin ve hoşgörünün gereğidir. Ancak ifade özgürlüğü de 10/2 nci maddede belirtilen bir dizi sınırlamaya tabidir. Bu istisnalar dar ve ikna edici olarak yorumlanmalıdır. Basın için de bu sınırlamalar geçerli ise de, kamu yararını ilgilendiren bilgi ve fikirlerin açıklanması basının görevidir. Çünkü basın "kamuğun gözü ve kulağıdır". Ancak ifade özgürlüğü, başkalarını küçük düşürücü, incitici, hakaret edici ve onlara saldırgan ifadeler kullanmasını, şiddeti teşvik etmeyi de içermez (Observer-Guardian/Birleşik Krallık; Handyside/Birleşik Krallık; Jersild/Danimarka Kararları).

Basın özgürlüğü bir derece abartmayı, hatta kışkırtmaya başvurmayı da içerir. Gazetecinin yazısında kullandığı deyimler "polemik" niteliğinde olsa da, bu ifadeler nesnel bir açıklamayla desteklendiğinde, bunlar asılsız kişisel saldırı olarak görülemez(Prager ve Oberschlick/Avusturya; Bladet Tromso ve Stensaas/Norveç Kararları).

İfade özgürlüğü, özellikle basın aracılığıyla genel yararı ilgilendiren ve kamuğun edinme hakkı bulunan bilgi ve fikirleri aktarmaya hizmet ettiği durumlarda, çoğulcu demokratik bir toplumda asli öneme sahiptir(Informationsverein Lentia vd/Avusturya Kararı).

Özgür basın, demokratik bir toplumu, totaliter bir toplumdan

ayırt eden en önemli öğelerden birisidir(Sunday Times/Birleşik Krallık Kararı).

İHAS'ın 10 ncu maddesinin kamu yararını ilgilendiren konularda haber vermeye ilişkin olarak gazetecilere sağladığı güvence, gazetecilerin basın etiğine uygun tarzda doğru ve güvenilir haber vermek amacıyla iyi niyetli davranmaları koşulluna bağlıdır(Goodwin/Birleşik Krallık Kararı).

İfade özgürlüğü, kamusal düzeyde her tür kültürel, siyasi ve toplumsal bilgi ve fikir alışverişinde bulunma fırsatını sağlar(Müller vd/İsviçre Kararı).

İfade özgürlüğü, siyasi konulardaki eleştiri ve resmi görevlileri eleştiriye de içermekte olup, eleştiri birey dışında hükümete yönelik olduğu zaman daha geniş bir koruma alanı söz konusudur(Aksoy/Türkiye; Castells/İspanya Kararları).

Makalede kullanılan ifadeler ve makalenin yayımladığı durum da önemli olup; bir makalenin bazı bölümleri Devlet hakkında negatif bir tablo çizse ve metne kin uyandırıcı bir anlam yüklese de, ne şiddet kullanmaya, ne silahlı mücadeleye, ne de ayaklanmaya teşvik edici olmadıkça ifade özgürlüğü korunmalıdır(Türkiye hakkındaki Aksoy, İncal, Sürek, Gerger, Ceylan/2005 kararları).

Düşünce açıklamasına getirilen sınırlama yasal bir amaca dayanmalıdır. Bu amaca dayanan bir sınırlama, düşüncenin açıklandığı yer ve zamandaki durumu daha da kötüleştirmekte, gerilimi iyice tırmandırmakta ise, zorlayıcı toplumsal ih-

tiyaç nedeniyle düşünce açıklamasına müdahale, demokratik toplum gerekleri yönünden uygun ve yeterli ise müdahale haklı görülebilir(Türkiye hakkındaki Zana/1991 kararı).

İfade özgürlüğünün içeriği yönünden olgular ve değer yargıları arasında farklılık bulunmaktadır. Olguların varlığı kanutlanabilir ancak değer yargılarının doğruluğunun kanutlanmasını istemek, gerçekleştirilemeyecek bir şeyi istemektir(Lingens/Almanya Kararı).

Bu açıklamalardan da anlaşıldığı üzere, ifade özgürlüğünün kapsamı ulusal yargı organlarının yanında yukarıda belirtildiği gibi İHAM kararlarıyla ortaya konulmuş olup, sözleşmelerdeki düzenleme ile iç hukuk paralellik arz etmektedir.

Yüksek Daire kararında da vurgulandığı üzere, bir toplumu yüceltirken, diğer bir toplumu aşağılamasının İHAS kapsamında koruma gördüğü elbette söylenemez.

Bu nedenle önemli olan somut olayda ifade özgürlüğü sınırlarının aşılıp aşılmadığı ve atılı suçun oluşup oluşmadığıdır. Bunun saptanabilmesi için sözlerin irdelenmesi ve mevcut kural ve kararların somut duruma uyarlanması gerekmektedir.

E- Davaya konu sözlerin algılanma biçimleri

Sanık, Mustafa Kemal Atatürk'ün "Muhtaç olduğun kudret, damarlarındaki asil kanda mevcuttur" sözünden de çıkarım yaparak; "Türk'ten boşalacak o zehirli kanın yerini dolduracak temiz kan, Ermeni'nin Ermenistan'la kuracağı asil damarında mevcuttur" demektedir.

Sanığın kullandığı cümle anlam yönünden açık ve net olmayıp polemik konusu olabilecek niteliktedir. Anılan cümlelerin iki şekilde algılanması mümkündür:

a- Cümlelerin virgülle bölünen birinci bölümünün Türklere, virgül sonrasındaki bölümünün ise Ermenilere/Ermeni kökenlilere hitap ettiği söylenebilir. Bu durumda Türk ile kastedilenin Türkler olduğu ve Türklerdeki zehirli kanın boşalması, bu zehirli kanın yerini ise, Ermeni'nin Ermenistan'la kuracağı asil damarındaki temiz kanın alması gerektiği söylenebilir. Bu durumda Mustafa Kemal Atatürk'ün "Muhtaç olduğun kudret, damarlarındaki asil kanda mevcuttur" sözü, ustaca bir üslupla değiştirilerek "Türk'ten boşalacak o zehirli kan" olarak değiştirilmekte ve Türklük aşağılanmaktadır.

b- İkinci algılama ise, cümlelerin bütünüyle Ermenilere/Ermeni kökenlilere hitap ettiğidir. Özellikle altıncı ve yedinci makaleler ile bu bağlamda yedinci makalede ikincilik olarak ortaya konulan saptama gözetildiğinde, burada Türk kavramı ile kastedilen Türkler değildir. Özellikle altıncı yazı da gözetildiğinde Ermenilerdeki/Ermeni kökenli-lerdeki "Türk anlayışı, Türk olgusudur". Ermeninin kanına bile işleyen ve sanığın ifadesiyle Ermenileri zehirleyen anlayıştır. Ki bu anlayış, sanık özeleştiri yaparak Ermenileri zehirleyen ve terkedilmesi, ötelenmesi gereken bir anlayış olarak ta ortaya koymaktadır.

İşte Ermenileri zehirleyen bu Türk anlayışı terkedilmeli ve terkedilen anlayışın yerini ise, -kendileri yönünden daha sağlıklı bir kimlik

oluşumu için-, “Ermeni’nin Ermenistan’la kuracağı asil damardaki kanın alması” gerektiği belirtilmektedir. Burada Ermenistanla bağ kuracak olan Ermeniler olduğuna ve bu bağdan yani damardan alınacak kanı da Ermeniler/Ermeni kökenliler alacağına göre, -kendi ifadesiyle- alınacak bu temiz kan ise, yine Ermenilerden boşalacak zehirli kanın yerine geçecektir. Damar Ermeniler/Ermeni kökenlilere ait olduğuna göre, damardan boşalacak zehirli kan da Ermenilerdeki/Ermeni kökenlilerdeki kandır. Yine zehirli kanın yerini alacak temiz kan da Ermeniler/Ermeni kökenlilere ait kandır.

Bu iki algılama biçiminin somut duruma uygun olanı ortaya konulmalıdır. Esasen Yüksek Daire ile Başsavcılığımız arasındaki uyumsuzluk ta bu noktada toplanmaktadır.

F- Dava konusu sözlerin irdelenmesi ve atılı suçun tartışılması

Yazı dizisi bütünlüğü içerisinde, sanığın kavramlara verdiği anlam ortaya konulmadıkça ve cümle yapısı analiz edilmedikçe doğru sonuca varılamaz. Ayrıca bir yazı dizisi kapsamında ortaya konulan bu sözlerin doğru yorumlanabilmesi için, düşüncelerinin başlangıç ve gelişimini sergileyen önceki yedi yazının da irdelenmesi gerekmektedir.

Aynı zamanda genel yayın yönetmeni de olan sanığın bu cümleyi “yazarak” oluşturması karşısında, daha dikkatli hareket etmesi, amaçladığının ötesinde anlamlar çıkabileceğini ve polemik yaratabileceğini

düşünmesi; bunları özellikle yapmayarak yukarıda belirtilen ilk algılamaya, hatta her iki algılamaya bilerek yol açtığı, bu nedenle atılı suçun oluştuğu ileri sürülebilir.

Ancak sanık savunmasında kastının ve amacının bu olmadığını, önceki yazılarında Türk sözcüğü ile Türkleri/Türklüğü değil, Ermenilerdeki/Ermeni kökenlilerdeki Türk anlayışını kastettiğini belirtmektedir. Dolayısıyla varsayımlarla hareket edilip, yazı bütünlüğü ve bu bütünlük içerisinde kavramların algılanma biçimi ortaya konulmadan sonuca gidilecek olursa, dolaylı yöntemlerle sanığın kastının da ötesine geçilerek, atılı suçun oluştuğu söylenebilecektir.

Söylenen sözler polemik yaratırsa da, abartılı, rahatsız edici olsa da; yazı bütünlüğünü gözetmeyen ve cümle yapısını analiz etmeyen bir kısım kitlede farklı ve yanlış anlamalara yol açsa ve bu yanlış anlamının nedeni sanık olsa da, sanığın kastı ortaya konularak sonuca gidilmelidir. Bunun için sanığın kavramları nasıl anlamlandığı incelenecek, sözleri bu doğrultuda amaçsal olarak yorumlanmalı; sözleri, makale ve yazı dizisi bütünlüğü içerisinde ele alınmalı, gerçek amaç ve kastı saptanmalıdır.

Şöyle ki sanık yazı dizisi içerisinde her bir yazısına numara vermiş ve son yazıyı da sekiz olarak numaralandırması, tüm yazıları bir zincirin halkaları olarak ortaya koymuştur. Bu nedenle sanığın kastını ortaya koymak için, son yazıyı kendi içinde değerlendirmek gerektiği gibi, son yazıyı öncekilerle bir bütün

içerisinde de değerlendirmek gerekmektedir.

Tüm yazılara bakıldığında, izlenen her yazının kendisinden önceki yazıya dökülen fikirlerle başladığı da ayrıca görülmektedir. Bu nedenle sekizinci yazının, davaya konu cümleyle başlamasının özel bir kasıtın ürünü olduğu da söylenemez.

Suçta konu yazının yer aldığı sekizinci yazı, final niteliğinde ve önceki yazılarla ortaya konulan düşünceleri sonuca bağlama amacını da taşıyan bir yazıdır. Sekizinci yazının ilk paragrafı, konu bütünlüğü yönünden aynı zamanda yedinci yazının bitiş paragrafı niteliğindedir. Bu nedenle yedinci yazı kapsamında bile değerlendirildiğinde, buradaki "zehirli kan" sözcüğü ile amaçlananın, Ermeni kimliğindeki sağlıklı yapıyı bozan "saplantı" olduğu; Türk sözcüğü ile de Ermenilerdeki "Türk olgusunun" kastedildiği açıkça ortaya çıkmaktadır.

Yine sanık altıncı yazısında, soykırım olarak nitelediği olaylar hakkındaki Ermeni halkının travmatik hastalığının hala sürdüğünü ve Ermeni kimliğini asıl kemiren ve tüketenin bu sağlıksız ruh hali olduğunu, bu konuda Türklerin tutumunun da Ermeni kimliğini tahrip ettiğini ve Türk olgusunun Ermeni kimliğinin bugünkü yapısını hatalı şekillendiren bir "kanserojen tümör" niteliğinde "algılandığını" söylemekte ve bu durumu eleştirmektedir. Yine aynı yazıda Ermeni kimliğinde algılanan bu Türk saplantısından kurtulmak gerektiğini ifade etmektedir.

Yedinci yazısında ise Ermenilerin bu Türk anlayışını kendi kimliğinden ötelediğinde, kimliklerinde adeta bir boşluk doğacağı biçimindeki anlayışın hatalı olduğunu, bu nedenle Türk'le uğraşmayarak, Ermeni kimliğine yerleşen ve Ermenilerin algılandığı Türk anlayışından kurtulmak gerektiğini; sağlıklı yapının, Ermeni kimliğinin varlık nedeni haline gelen Türklere olan bakış açısıyla değil, Ermenistan'la kurulacak diyalogla ortaya çıkacağını ifade etmektedir.

Anlatıldığı üzere, davaya konu sekizinci yazıdaki paragraf gerek kendi bütünlüğü, gerek sekizinci yazı kapsamında; gerekse tüm yazı dizisi kapsamında değerlendirildiğinde, sanığın yazısında küçültme unsuruyla kullandığı ileri sürülen "zehirli kan" Türklere ait kan değildir. Sanığa göre Ermeni kimliğini zehirleyen, Ermenilerin Türklere olan bakış açılarını, kimliklerinin bir parçası haline getirmiş olmalarıdır. Ermeni kimliği yönünden hatalı çıkış noktasını ve zehiri oluşturan bu Türk saplantısı terk edilip, bunun yerinin Ermenistan'la kurulacak bağla dolacak temiz kanla doldurulması durumunda, daha sağlıklı bir kimliğin ortaya çıkacağı belirtilmektedir.

Burada sanığın yazıyı okuyan kitlede özellikle tereddütlere veya yanlış anlamalara neden olduğu, yedinci yazıdaki konu bütünlüğünü kopararak bu ifadeleri sekizinci yazıya aktardığı, ustaca hareket ettiği, ayrıca sekizinci yazıyı okuyanların, önceki yazıları da izlemelerinin gerekmediği, dolayısıyla sanığın ince ve yoğun bir kasıtle hareket ettiği ileri sürülebilir.

## Yargıtay Kararları

Elbette yazının hitap edilen kit-  
lede yaratacağı etkinin, kaleme al-  
nan tarafından normal ölçülerde bi-  
linmesi gerekmektedir. Bu bilinme  
ve bilinen sonucu isteme ise kastı  
oluşturmaktadır.

Atılı suça konu cümledeki  
"Türk'ten boşalacak o zehirli kanın  
yerini dolduracak temiz kan" ibare-  
sinin devamına bakıldığında, boş-  
lacak bu zehirli kanın yerini dol-  
du-racak olan temiz kanın, "Erme-  
ni'nin Ermenistan'la kuracağı da-  
mardan alınacağı" belirtilmektedir.  
Yazıda Ermenistan'la bağ kuracağı  
belirtilen kişilerin Ermeniler olması  
ve bu damarın da Ermenilere ait da-  
mar olması karşısında, bu damar-  
dan boşalacak zehirli kan da kuş-  
kusuz Ermenilere ait kandır. Bu ne-  
denle ilk bakışta Türklerin kastedil-  
diği biçimindeki gerçeği yansıtmay-  
an anlayış, cümlelerin devamıyla ve  
sekizinci yazının diğer bölümleriyle  
bile değişmektedir.

Cümlede geçen Türk sözcüğü ile  
kastedilen ise Türkler olmayıp, Er-  
meniler/Ermeni kökenlilerdeki Türk  
olgusudur. İşte Ermeniler/Ermeni  
kökenlilerdeki hatalı ve onları zehir-  
leyen "Türk anlayışı", kanlarından  
temizlenmeli ve Ermeniler/Ermeni  
kökenlilerden boşalacak bu kanın  
yerini alacak temiz kanın da, Erme-  
nistanla kurulacak damardan alı-  
nacağı belirtilmektedir. Özellikle al-  
tıncı ve yedinci makaleler gözetildi-  
ğinde bu sonuç açıkça ortaya çık-  
maktadır.

Bu nedenlerle, sanık Türk söz-  
cüğü ile Türkleri hedef almayı Er-  
meniler/Ermeni kökenlilerdeki ve  
onların kanına işleyen hatalı, zehir-  
li anlayışı kastetmektedir. Bu ne-

denle davaya konu sözler "Türkleri  
aşağılayıcı, küçültücü ve/veya söv-  
gü içerikli" olmadığı gibi Türklüğe  
kin, nefret ve düşmanlık çağrısı da  
içermemektedir. Bu çıkarım, yukarı-  
da açıklandığı üzere sanığın kastı  
ve yazı bütünlüğü ile uyumludur.

Kaldı ki sanığın yarattığı pole-  
mik ve tereddüt nedeniyle ilk algıla-  
ma biçiminin oluşa uygun olmadığı  
da, kastı araştırılınca ortaya çık-  
maktadır. Üstelik tereddütlü bir du-  
rumda, bu tereddüt giderilemiyorsa,  
yorum yoluyla suç yaratılmamalı,  
tereddüt te sanığın lehine yorumlan-  
malıdır.

Ayrıca mahkemece ifade özgür-  
lüğünün sınırlarının bazen "yasa-  
dan" bazen de "ahlak" kuralların-  
dan kaynaklanacağı belirtilmiştir  
ki, yasal dayanağı olmayan hiç bir  
nedenle ifade özgürlüğü kısıtlanamaz.  
İHAS sisteminde "yasa" kavra-  
mının iç hukuktan özerk olması da,  
iç hukuk yönünden sonucu değiştir-  
mez. Ahlak kurallarına dayalı sınır-  
lama nedeni bile mutlaka yasayla  
öngörülmelidir.

Anayasa'nın Başlangıç bölümü-  
nün yedinci paragrafında vurgulan-  
dığı üzere "Topluca Türk vatan-  
daş-larının millî gurur ve iftiharlar-  
da, millî sevinç ve kederlerde, millî  
varlığa karşı hak ve ödevlerde, ni-  
met ve külfetlerde ve millet hayatı-  
nın her türlü tecellisinde ortak oldu-  
ğu, birbirinin hak ve hürriyetlerine  
kesin saygı, karşılıklı içten sevgi ve  
kardeşlik duygularıyla ve "Yurtta  
sulh, cihanda sulh" arzu ve inancı  
içinde, huzurlu bir hayat talebine  
hakları buldukları"; Anayasa'nın  
66 ncı maddesiyle ise, Türk kavra-  
mının irksal bir temele oturtulmayıp,  
"Türk Devletine vatandaşlık bağı ile

bağlı olan herkesin Türk olarak" nitelendirilmesi karşısında, Türkiye Cumhuriyeti yönünden Türk ve Türk Ulusu kavramlarının, bu Türk tanımlaması ekseninde biçimlendiği açıktır. Bu nedenlerle ülkemizdeki Ermeni kökenli Türk Vatandaşları bağlamında da "eleştiri" boyutunda kalan yazıda, Türklüğü (Anayasa md 66) alenen tahkir ve tezyifte söz konusu değildir.

Sanığın bir takım benzetmelerden hareketle düşüncelerini ortaya koyması ve "Muhtaç olduğun kudret damarlarındaki asil kanda mevcuttur" sözünü, Ermeniler/Ermeni kökenliler için uyarlaması, Türklüğü aşağılamak olarak da değerlendirilemez. Türkler için doğruluğu kabul edilen sözden yola çıkarak Ermeniler/Ermeni kökenliler için de kendince doğru bir söylem geliştirme çabası, Mustafa Kemal Atatürk'ün sözünün Türkler yönünden doğru olmadığı anlamını da içermemektedir.

Ermeni kimliği, Ülkemizde Lozan Antlaşması uyarınca "azınlık kimliği" niteliğinde kabul edilmekte ve bu yönüyle korunmaktadır. Ermeni kimliği bağlamında "bu anlamıyla" Ermeni azınlık kimliğinin korunmasını savunmak, suç olmayacağı gibi bir kastın göstergesi de olmaz.

Tüm bu açıklamalar ve istikrar kazanan yargısal uygulamalar karşısında sanık, uslubüyle polemige yol açsa ve rahatsız edici olsa bile, yazıda geçen "Türk" sözcüğü, Türkleri ya da Türklüğü değil Ermenilerdeki/Ermeni kökenlilerdeki hatalı "Türk anlayışı/olgusu" yerine kullanıldığından; dolayısıyla zehirli kan ile de Türklerdeki kan kastedilmediğinden, Türklüğe yönelik bir tahkir ve tezyiften sözedilemez. Kaldı ki

aksinin kabulü halinde ise, sanığın kastına yönelik tereddüdün de sanık lehine değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu nedenlerle suçun oluştuğuna yönelik gerekçeler, olaya ve dosya içeriğine uygun değildir. Sanığın "eleştiri sınırları" içinde de kalan, hatta mensubu olduğu cemaat/Diaspora yönünden "özeleştiri" niteliği taşıyan sözlerinde atılı suçun maddi ve manevi unsurları oluşmamıştır." gerekçeleriyle itiraz yasayoluna başvurularak, sanığa atılı suçun maddi ve manevi unsurları oluşmadığından, Yüksek 9 ncu Ceza Dairesinin 01.05.2006 tarih ve 711/2497 sayılı kararındaki "suçun oluştuğuna yönelik bölümün" kaldırılarak,

"Türklüğü yayın yoluyla tahkir ve tezyif etmek" suçundan kurulan Şişli 2 nci Asliye Ceza Mahkemesinin 07.10.2005 tarih ve 184/1082 sayılı hükmünün, esastan da bozulmasına karar verilmesi, isteminde bulunulmuştur.

Dosya Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilmekle, Ceza Genel Kurulunca okundu, gereği konuşulup düşünüldü.

### **TÜRK MİLLETİ ADINA CEZA GENEL KURULU KARARI**

Özel Daire ile Yargıtay C.Başsavcılığı arasındaki uyuşmazlık, Sanığın, A Gazetesi'nin 13.02.2004 tarihli nüshasında yayımlanan makalesindeki "Türkten boşalacak o zehirli kanın yerini dolduracak temiz kan, Ermeni'nin Ermenistan'la kuracağı asil damarında mevcuttur" cümlesiyle, "Türklüğü alenen tahkir ve tezyif suçunu" düzenleyen 765 sayılı TCY'nin 159. maddesini ihlal

edip etmediği noktasında toplanmaktadır.

Konunun düşünce (ifade) özgürlüğüyle doğrudan ilgisi nedeniyle, öncelikle bu konu ulusal ve uluslar arası düzenlemeler kapsamında değerlendirilmeli, bu değerlendirmeler ışığında, TCY'nin 159/1. maddesinde düzenlenen, Türklüğü alenen tahkir ve tezyif suçunun öğeleri ve bu doğrultuda, genel, bu suç açısından da özel bir hukuka uygunluk nedenini oluşturan eleştiri hakkı üzerinde durulmalıdır.

Doğal haklardan kabul edilen ifade hürriyeti, çoğulcu demokrasilerde, vazgeçilemez ve devredilemez bir niteliğe sahiptir. Öğretide değişik tanımlara rastlanmakla birlikte, genel bir kabul ile ifade/düşünce hürriyeti, insanın özgürce fikirler edinebilme, edindiği fikir ve kanaatlerinden dolayı kınanmama, bunları meşru yöntemlerle dışa vurabilme imkan ve özgürlüğüdür. Demokrasinin "olmazsa olmaz şartı" olan ifade hürriyeti, birçok hak ve özgürlüğün temeli, kişisel ve toplumsal gelişmenin de kaynağıdır.

İşte bu özelliğinden dolayı ifade hürriyeti, temel hak ve hürriyetler kapsamında değerlendirilerek, birçok uluslararası belgeye konu olmuş, T.C Anayasa'sında da ayrıntılı düzenlemelere tabi tutulmuştur.

Bu bağlamda;

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin

19. maddesinde;

*"Herkesin görüş ve anlatım özgürlüğüne hakkı vardır. Bu hak, karsımsız görüş edinme ve herhangi*

*bir yoldan ve hangi ülkede olursa olsun bilgi ve düşünceleri arama, alma ve yayma özgürlüğünü içerir."*

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin;

10. maddesinin 1. fıkrasında;

*"Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir alma ve verme özgürlüğünü de içerir. Bu madde, devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir."* hükümlerine yer verilmiş,

Anayasa'nın;

25. maddesinde düşünce ve kanaat hürriyeti başlığı altında;

*"Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir. Her ne amaçla olursa olsun kimse düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz. Düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz."*

26. maddesinde, AHİS'in 10. maddesinin 1. fıkrasındaki düzenlemeye benzer şekilde;

*"Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir."* hükümleri yer almış,

28. maddesinde ise basın özgürlüğü ile ilgili düzenlemelere yer verilmiştir.

Görüldüğü gibi, Sözleşmenin 10. maddesinin 1. fıkrası ile Anayasa'nın 25 ve 26. maddelerinde ifade (düşünce) hürriyeti en geniş anlamıyla güvence altına alınmıştır.

Ancak, ifade hürriyetinin sonsuz ve sınırsız olmadığı, kısıtlı da olsa sınırlandırılmasının gerekeceği, uluslararası ve ulusal alanda normlara konu edilmiştir.

Bu cümleden olarak uluslararası alanda;

AİHS'in;

10. maddesinin 2. fıkrasında,

*"Kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler, demokratik bir toplumda, gerekli tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, nizamın sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlâkın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin açığa vurulmasının önlenmesi veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasayla öngörülen bazı merasime, koşullara, sınırlamalara veya yaptırımlara bağlanabilir."*

17. maddesinde ise;

*"Bu sözleşme hükümlerinden hiçbirisi, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesine veya burada öngörüldüğünden daha geniş ölçüde sınırlamalara uğratılmasına yönelik bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkını sağlar*

*biçimde yorumlanamaz."* tarzında düzenlemeler yapılmış,

Ulusal alanda ise Anayasa'nın;

2. Maddesinde;

*"Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir."*

13. Maddesinde;

*"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz"*

14. Maddesinde;

*"Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.*

*Anayasa hükümlerinden hiçbirisi, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.*

*Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir."*

26/2. Maddesinin 2 ve devamı fıkralarında ise;

## Yargıtay Kararları

*“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 sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlandırılabilir.*

*Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellemek kaydıyla, düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlandırılması sayılmaz.*

*Düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir.”*

Hükümlerine yer verilmiştir.

Anayasa'nın 2, 13, 14 ve 26/2. ile AİHS'in 10/2 ve 17. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde; hürriyetlerin demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenlik, toprak bütünlüğü, kamu güvenliği ve düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlâkın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli kalması gereken haberlerin yayılmasına engel olunması veya yargı gücünün otorite veya tarafsızlığının korunması için kanunla öngörülen bazı biçim koşullarına, sınırlama ve yaptırımlara tabii tutulacağı anlaşılmaktadır. Ancak,

ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemelerin dar yorumlanması gerektiği, sınırlandırma için, önemli bir toplumsal ihtiyaç veya zorunluluğun bulunması, bu sınırlandırmanın meşru bir amacı gerçekleştirmek için yapılması, sınırlandırmada aşırıya gidilmemesi ve her halükârda gelişimi zedelemeyecek ölçüde yapılması görüşü genel bir kabul görmüştür.

Sınırlama veya müdahale için; yasal bir düzenleme, sınırlamanın meşru bir amacı, fıkrada sayılan sınırlama nedenlerinin bulunması, sınırlamanın meşru amaçla orantılı ve önlemin demokratik toplum bakımından “zorunlu” olması gerekmektedir.

*“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre; sınırlama için belli bir sınırlama nedeninin varlığı yeterli olmayıp, aynı zamanda demokratik bir toplum bakımından zorunluluk bulunmalıdır. Zorunluluk, ölçüsüz bir sınırlamaya olanak tanımaz. Üye devletlere sınırlamada bir takdir alanı tanınmakla birlikte, ifade özgürlüğünün önemi nedeniyle devletler üzerindeki denetim sıkı olmalı, sınırlandırma zorunluluğu inandırıcı bulunmalıdır. Dolayısıyla, sınırlamalar dar ve sınırlayıcı bir ölçüde yorumlanmalıdır. “Kamu düzeni” genel hükmünde düşünülebilecek sınırlama nedenleri, genel çıkarların, yargı gücünün otorite ve yansızlığının ve başkalarının ünü ya da haklarının korunması amacıyla sınırlamaya konu olabilir.*

*Anılan önlemin izlenen meşru amaçla sınırlı olması şeklinde ifade edilen ölçülülük ilkesi, demokratik bir rejimin dayandığı “değerler”, (ço-*

*ğulcu, hoşgörülü, hukuka ve bireysel özgürlüklere saygılı) öne çıkarılarak titez ve derinleştirilmiş bir denetime tâbi tutulmalıdır.* (Prof. Dr. İ.Özden Kabaoğlu; İnsan Hakları- Avrupa Sözleşmesi'nde İfade Özgürlüğü sh. 111 ve 112)

*“Demokratik bir toplumun zorunlu temellerinden birini ve toplumun ilerlemesi ve bireyin özgüveni için gerekli temel şartlardan birini teşkil eden ifade hürriyeti, sadece kabul gören veya zararsız veya kayıtsızlık içeren bilgiler veya fikirler için değil aynı zamanda kırıcı, şok edici veya rahatsız edici olanlar için de geçerlidir. Bunlar demokratik bir toplumun olmazsa olmaz tölerans ve hoşgörünün gereklidir.”* (Prof. Dr. D. Tezcan, Yrd. Doç. Dr. M. R. Erdem, Yrd. Doç. Dr. O. San-çaktar, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 2. Baskı, sh. 462)

Günümüz özgürlükçü demokrasilerinde, istisnaları dışında, geniş bir yelpazeyle düşünceyi açıklama korunmakta ve ifade hürriyeti kapsamında değerlendirilmek suretiyle özgürlüğün sağladığı haklardan en geniş şekilde yararlandırılmaktadır.

Ne var ki; iftira, küfür, onur, şeref ve saygınlığı zedeleyici söz ve beyanlar, müstehcen içerikli söz, yazı, resim ve açıklamalar, savaş kışkırtıcılığı, hukuk düzenini cebir yoluyla değiş-tirmeye yönelen, nefret, ayrımcılık, düşmanlık ve şiddet yaratmaya yönelik bulunan ifadeler ise düşünce özgürlüğü bağlamında hukuki koruma görmemekte, suç sayılmak suretiyle cezai yaptırımlara bağlanmaktadır.

TCY'nın 159/1. maddesinde düzenlenmiş bulunan, Anayasal kurumları tahkir ve tezyif suçuna gelince;

TCY'nın 159/1. maddesinde, *“Türklüğü, Cumhuriyeti, Büyük Millet Meclisini, Hükümetin manevi şahsiyetini, Bakanlıkları, Devletin askeri veya emniyet muhafaza kuvvetlerini veya Adliyenin manevi şahsiyetini alenen tahkir ve tezyif edenler... cezalandırılır”* hükmü yer almaktadır.

Bu hükümlerle, Devletin siyasal ve hukuki varlığının ve aynı doğrultudaki çıkarlarının korunmaya çalışıldığında kuşku yoktur. Devlet kavramını, diğer bir anlatımla Devletin varlığını oluşturan ve bir sentezin ayrılmaz unsurları sayılan müesseselerin madde metninde ayrı ayrı sayılması ve bunlara yönelen hareketlerin yaptırım altına alınmasıyla güdülen amaç temelde Devletin tüzel kişiliğinin, saygınlığının ve hukuki yararının korunmasıdır. Ancak bu hüküm ile Devlet kavramı ve Devletin varlığını oluşturan ve maddede sayılan kurumlar korunmuş olup bu kurumlarda yer alan kişi veya kişilerin ya da grupların korunması amaçlanmamıştır.

Fıkradaki Türk'lük kavramı devletin insan unsuruyla ilgili olup, bu kavramla Türk Milleti kastedilmektedir. Türklükten maksat, *“Türk milletini oluşturan insani, dini, tarihi değerleri ile milli dil, milli duygular ve milli geleneklerden oluşan milli, manevi değerler bütünü”*dür.

Suçun maddi ögesi, maddede belirtilen kavramların varsayılan tüzelkişiliklerine yönelik, onları aşağılayan, hor gören, küçük düşüren, onurlarını zedeleyici hareketler olup, ne tür fiil ve sıfatların tahkir ve tezyif edici olduğu toplumda hakim olan ortalama anlayış, örf ve adetlere göre belirlenir.

Manevi ögesi ise; tahkir ve tezyif kastı güdülmesi ve yasanın anılan kurumlara sağlamak istediği saygıyla çelişen, bu kurumları koruyup kollama niyetini zedeleyip alçaltmayı hedefleyen amaçla hareket edilmesidir.

Bir eylemin hukuk düzeni tarafından cezalandırılması ancak onu hukuka uygun kılan bir nedenin bulunmamasına bağlıdır. Bu bağlamda kurumlara yönelik tahkir ve tezyif suçlarında hukuka uygunluk nedenlerinden birini oluşturan ve düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlüğünün vasıtalarından olan ve pozitif bir hukuk normu olarak 765 sayılı TCY'nin 159. maddesinin 5. fıkrasında yer alan "*Tahkir, tezyif ve sövme kastı bulunmaksızın, sadece eleştirmek maksadıyla yapılan düşünce açıklamaları cezayı gerektirmez.*" biçiminde düzenlenmiş bulunan, eleştiri hakkı üzerinde de durulmalıdır.

İfade özgürlüğü sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenilmeye değmez görülen haber ve düşünceler için değil, devletin veya toplumun bir bölümünün aleyhinde olan, onları rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır. Bu demokratik toplum düzeninin ve çoğulculuğun gereğidir. Eleştiri de kaynağını bu özgür-

lükten alır. Eleştirinin doğasından kaynaklanan sertlik suç oluşturmaz, eleştiri övgü olmadığına göre, sert, kırıcı ve incitici olması da doğaldır. Eleştirinin sert bir üslupla yapılması, kaba olması ve nezaket sınırlarını aşması, eleştirenin eğitim ve kültür düzeyine bağlı bir olgu ise de; kurumlar eleştirilirken görüş açıklama niteliğinde bulunmayan, küçültücü, aşağılayıcı ifadeler kullanılmamalı, düşüncüyü açıklama sınırları içinde kalınmalı, başka bir anlatımla onların saygınlığını zedeleyici veya yok edici, varlık nedenini tartışılır hale getiren hareketlerden kaçınılmalıdır. Bu kapsamda, her hangi bir düşünce açıklaması olarak değerlendirilemeyecek beyanlar veya açıklamalar, hukukun korumaya aldığı düşünce ve ifade hürriyeti kavramı dışına taşacağından fiile hukuka uygunluk niteliği kazandıracak "eleştiri hakkı" olarak değerlendirilmesi de olanaksız hale girecektir.

Bu açıklamalar ve genel ilkeler ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

Sanık F (H) D, Türkçe ve Ermenice olarak yayın yapmakta olan, yaklaşık beşbin tirajlı haftalık siyasi ve aktüel A Gazetesinin genel yayın yönetmeni ve köşe yazarıdır. Gazetenin onuncu sayfasındaki Ş isimli köşede "*Ermeni kimliği üzerine*" üst başlıklı yazı dizisi kapsamında;

(1) *Kuşaklara Dair (7 Kasım 2003 Sayı 397 A sayfa 10)*

(2) *Kilisenin Rolü (14 Kasım 2003 Sayı 398 A sayfa 10)*

(3) *Kaç Vartan'ın Çocukları* (5 Aralık 2003 Sayı 400-401 A sayfa 10)

(4) *Pratik Kimliğin Teorisi* (19 Aralık Sayı 403 A sayfa 10)

(5) *Batı: Cennet ve Cehennem* (26 Aralık 2003 sayı 404 A sayfa 10)

Başlıklı yazılarında özetle; Ermeni kimliğinin içeriğinin hangi değerlerle doldurulması gerektiğini sormakta, dağılımı ve kilisenin rolünü sorgulamakta, diasporanın rolüne değindikten sonra 6, 7 ve 8. yazılarını Türk-Ermeni ilişkilerine ayırmakta ve bir takım değerlendirmeler ve tespitlerde bulunmaktadır. Konu hakkında sağlıklı bir çözüme ulaşmak ve konu bütünlüğünü gözden kaçırmamak için herhangi bir değerlendirme yapılmadan 6 ve 7. yazılara aynen yer verilmiştir.

Serinin 6. yazısını oluşturan "Ermeni'nin Türk'ü" (23 Ocak 2004 Sayı 408 A sayfa 10) başlıklı yazı;

"Küresel ve Evrensel değerlerin yerel değerleri tahakküm altına aldığı çağımızda kültürel kimliğini tam anlamıyla yaşamak bir yana, kimliğini bir nebze yaşatabilmek dahi Diaspora'nın özel çaba göstermesi gerekir. Bu özel çabanın ise her zaman için özel nedenlere ve araçlara ihtiyacı vardır. Ermeniler ve Yahudiler bu özel nedenlere sahip Diaspora'nın bilinen iki klasik örnekleridir. Her ikisinin de özel nedeni aynıdır...Soykırma uğramış olmak.

Dolayısıyla onlara kimliklerini korumayla ilgili insanlığın tanıdığı hak bir miktar ayrımcı ve pozitif durumda olmalıdır. Hakikaten de, Ya-

hudiler bu pozitif hakkı layıkıyla kullanabilmiş ve kimliklerini korumada onlara bahsedilen toleransı çok iyi değerlendirerek, dini inanışlarından aldıkları "Tanrının Ayrıcalıklı Halkı" ünvanını dünyadan aldıkları "Yeryüzünün ayrıcalıklı halkı" noktasına kadar taşımışlardır. Ne var ki aynı durum Ermeni Halkı için söz konusu olmamıştır.

Dünya Yahudi soykırımına karşı göstermiş olduğu hassasiyeti Ermeniler'den esirgemiş, bu ise Ermeni kimliğinde en büyük tahribatın yaşanmasına sebep olmuştur. "Hakkı esirgenmiş Ermeniler" bundan böyle kimliğini "Gerçekleri talep etme inadı" üzerinden yaşamaya çabalamış, gelinen noktada da bu inat Diaspora Ermeni kimliğinin temel düsturu haline dönüşmüştür. Diasporanın ilk kuşakları için ayakta kalabilmenin, tükenmemenin adı olan bu inat, üçüncü ve dördüncü kuşaklarla birlikte gerçekleri Dünyaya kabul ettirme inadına dönüşmüştür. İşte bu inadın ortaklaşmış hali Ermeni Diasporasının ruhsal pozisyonunu yansıtır. Bu ruhu sürekli tutmak ise Ermeni kimliğini yaşatmanın temel aracı durumundadır. Dünyanın gerçekleri hala kabul etmemiş olması bir yana, Ermeni kimliğini asıl tahrip eden, Türkler'in bu konuda kollarını bile kıpırdatacak bir yaklaşım içinde olmamalarıdır. Nitekim kıyaslandığında görülecektir ki Yahudilerin bugünkü seviyeye erişmesinde asıl etken kendi becerilerinden ziyade onlara soykırım uygulayan Alman Halkının sonradan oynadığı şevkatli yoldur. Soykırım sorumluluğunu üstlenen Almanlar'ın Yahudiler'den özür dile-

mesiyle birlikte bu halk yaşadığı travmayı üzerinden atarak ruh sağlığına kavuşmuş ve ancak bundan sonra kültürel kimliğinin açılımlarını sağlayabilmiştir. Ne var ki Ermeni Halkının travmatik hastalığı hala sürmektedir sonuçta Ermeniler'in bin yılı aşkın süre islamla ve Türklerle yaşanmış biraradalığı mevcuttur, öyleki Ermenileri batılı Hristiyan'lardan ayıran önemli özelliklerinden biri, onların öteden beri islamla birlikte yaşamış olmalarıdır. Batılı Hristiyanlar daha ziyade Hristiyan-Hirisyan'a yaşarken, Ermeniler çoğu kez İslamlarla yan yana kimi zamanda iç içe yaşayarak farklı bir deneyimin sahibi olmuşlardır. Bugünün güncel tartışmalarında çok söylenegeldiği gibi Avrupalı Hristiyanlar, Müslümanlar'ın da içinde yer aldığı çok kültürlü bir yaşam biçimine henüz yeni yeni adapte olurken, Ermeniler Doğudaki Hristiyan milletler gibi (Süryaniler, Keldaniler vs) realiteyi iyi ve kötü yönleriyle uzun süre yaşamışlardır. Dolayısıyla asırlar süren bu islamla bir aradalığın Ermeni kimliğinin şekillenmesinde yadsınamaz bir rolü elbette olacaktır ancak Ermeni kimliğinin bugünkü yapısını şekillendiren ve Ermeni kimliğinde bir tür kanserojen tümör işlevi gören asıl etken "Türk olgusudur".

Ermeni'nin ve Türk'ün birbiri ile ilişkileri ve birbirlerinden etkileşimleri öyle iki kelimeyle geçirilecek bir sıradanlıkta değildir. Asırlar süren ilişkilerde birbirinden alınan o kadar çok iyi ve kötü kimlik donanımları söz konusudur ki, kimi zaman davranış biçimlerinde birini diğerinden ayırmak hayli güçtür. Ya-

şanılan birliktelik öylesine derindir ki bu birlikteliğin bozuluşunu ihanet olarak tanımlamak her iki tarafından kullandığı karşılıklı bir argümandır. Ermeni milletini sadık millet olarak adlandırılan ancak daha sonra ihanet ettiklerini iddia eden Türk görüşü karşısında, Ermeniler 1915'te yaşananları salt bir halkın topluca imhası olarak yorumlamaz, bunun aynı zamanda asırlar süren ilişkiye ihaneti de içinde barındırdığını belirtirler. Türk Ermeni ilişkisinin günümüzde geldiği nokta ise şudur. Ermeniler ve Türkler birbirine bakışlarında klinik iki vaka durumdadırlar. Ermeniler travmalarıyla Türkler paranoyalarıyla. İçinde debelendikleri bu sağlıksız halde kurtulmadıkça-Türkler belki değil ama- Ermenilerin kendi kimliklerini sağlıklı şekilde yeniden yapılandırması mümkün gözükmemektedir. Özellikle Türkler 1915'e bakışlarında empatik bir yaklaşıma girmedikçe Ermeni kimliğinin sancılı kavranaşı devam edecektir. Sonuçta görülüyor ki işte 'Türk', Ermeni kimliğinin hem zehri hem panzehiridir. Asıl önemli sorun ise Ermeni'nin kimliğindeki bu Türk'ten kurtulup kurtulamayacağıdır."

"Türk'ten Kurtulmak" (30 Ocak 2004 Sayı 409 A sayfa 10) başlıklı 7. yazı;

"Ermeni kimliğinin 'Türk'ten azad olmasının görünür iki yolu var. Bunlarda biri Türkiye'nin (devlet ve toplum olarak) Ermeni ulusuna karşı empatik bir tutum içine girmesi ve nihayetinde Ermeni ulusunun acısını paylaştığını belli edecek bir anlayış sergilemesidir. Bu tutum hemen olmasa da zaman içinde 'Türk' un-

surunun Ermeni kimliğinden uzaklaşmasına yol açabilir. Ne var ki bu şıkkın gerçekleşmesi şimdilik zor bir olasılık İkinci yol ise bizzat Ermeni'nin 'Türk'ün etkisini kendi kimliğinden atması. İlkine göre bu ikincisi, daha bir kendi iradesi ve inisiyatifine bağlı olduğundan gerçekleşme ihtimali daha fazla. Esas olarak tercih edilmesi gereken yolda budur. Ermeni Dünyasının bunu nasıl başarabileceği ise tamamiyle mevcut duruma yeni bir anlayışla bakabilmesiyle ilişkilidir 1915'e bakmak örneğin... Ermeni dünyası yaşadığı tarihi dramın gerçekliğinin farkındadır ve bu gerçeklik bugün Dünya ülkelerinin yada Türkiye'nin kabul edip etmemesi ile değişecek değildir. Onlar kabul etmese de Ermeni ulusunun vicdanında olan bitenin adı başından beri kazanmıştır. Dolayısıyla Dünya'dan ne de Türkiye'den bu gerçekliğin tanınmasını beklemek, Ermeni dünyasının yegane hedefi olamaz. Gayrı herkesi kendi vicdansızlığıyla başbaşa bırakma zamanı gelip de geçmiştir. Bu gerçekliği kabul edip etmemek, esasen herkesin kendi vicdani sorunudur, bu vicdan da temelini bizatihi insanlık denilen ortaklığımızdan -'İnsan' kimliğimizden- alır. Dolayısıyla gerçeği kabul edenler asıl olarak kendi insanlıklarını arındırırlar. Ermeni kimliğinin sağlığını Fransız'ın, Alman'ın, Amerikalı'nın ve ille de Türk'ün soykırımı kabul edip etmemesine endeksli bir durumda bırakmak, Ermeni dünyasının artık terk etmesi gereken bir hatadır. Gayrı bu hatadan uzaklaşmanın ve 'Türk'ü Ermeni kimliğindeki bu etkin rolünden ötelemenin zamanı ge-

lip de geçmiştir. Ermeni kimliğinin çektiği bunca sancı artık yeterlidir, sancıyı bundan böyle biraz da insanlık denen aleme terk etmek gerekir. Kimliksel dinginliğini 'Türk'ün olumsuz ve kayıtsız varlığına kilitlenen Ermeni dünyasının tüm ortak performansını dünya üzerinde 'Türk'e baskı uygulamaya ve soykırımı kabul ettirmeye ayırması, ne yazık ki kimliğin uyanışını erteleyen koca bir zaman kaybından başka bir şey değildir. Ermeni Dünyası, kimliğinin geleceğine bundan böyle öylesi kavramlar yüklemelidir ki bu kavramlar bu ulusun körelmiş üretim yeteneğini tekrar fişekleyebilecek itilicilikte olsun. İşte bu nedenle, "kendi acısını sırtlayacak ve gerekirse mahşere kadar da onuruyla kendisi taşıyacak" bir anlayışı ermeni kimliğine hakim kılmak en temel yönelim olmalıdır. Aksi durumda Ermeni dünyası kendini başkalarının gerçeği kabul edip etmeme insafına zincirlemiş olurki... buda gerçek tutsaklığın ta kendisidir.

Ermeni dünyasının kendisini "Türk'ten kurtardığında, kimliğinde bir boşluk yaşayacağını ve özellikle Diaspora Ermenileri'nin kimliksel çözünürlüğünün hız kazanacağını sananlar aldanırlar.

Ermeni kimliğinde 'Türk'ten geriye kalacak boşluğu dolduracak çok daha yaşamsal bir olgu söz konusudur o da bizatihi bağımsız Ermenistan devletinin varlığıdır. Bundan on beş yıl önce varolmayan bu yeni heyecan, artık her türlü etkinin ve etkenin üstünde Ermeni kimliğinin üzerinde büyük bir rol oynamaya namzettir. Ermeni dünyasının geleceği bu minik ülkenin gelecekte-

ki refahına ve içinde yaşayanların mutluluğuna endekslenmesi aynı zamanda kendi kimliğini rahatsız eden sancılardan kurtuluşunun da bir işareti olacaktır. Ermeni kimliğinin 'Türk'ten kurtuluşunun yolu gayet basittir. 'Türk'le uğraşmamak... Ermeni kimliğinin yeni cümlelerini arayacağı yeni alan ise artık hazırdır: Gayri Ermenistan'la uğraşmak."

Düşüncelerine yer verip,

Kamu davasına konu; cümlenin yer aldığı sekizinci yazısında ise,

"Türk'ten boşalacak o zehirli kanın yerini dolduracak temiz kan, Ermeni'nin Ermenistan'la kuracağı asil damarında mevcuttur. Cümlesiyle başlayıp, Ermenistan'ın Diasporalı Ermeniyle kuracağı ilişkinin Ermeni kimliğinin oluşmasına etkisinin çok büyük olacağını, bunun aynı zamanda büyük bir moral okul niteliğinde de olacağını, Diasporalı gence ne türlü eğitim verilirse verilsin o gencin Ermenistan'ı ziyaretinin daha önemli olduğunu, bunu da denemenin pahalı olmadığını, gencin Ermenistan'ı ziyaretiyle kimliğin nasıl damardan absorbe edildiğinin görüleceğini, çünkü o kimliğin ona damardan şıngalandığını, Ermeni kimliğinin doğrudan Ermenistan'dan edinilecek cümleler ve kazanımlarla zenginleşeceğini, bunun saksıda yetiştirilmeye çalışılan narin bir bitkinin kendi toprağı, kendi suyu ve kendi güneşiyle tanışması na benzetilebileceğini" ifade etmektedir.

Sanık, Mustafa Kemal Atatürk'ün "Muhtaç olduğun kudret,

damarlarındaki asil kanda mevcuttur" sözünden de çıkarım yaparak ve bu sözü ustaca bir üslupla değiştirerek "Türk'ten boşalacak o zehirli kanın yerini dolduracak temiz kan, Ermeni'nin Ermenistan'la kuracağı asil damarında mevcuttur" demek suretiyle Türklüğü aşağılamıştır.

Kurulca bu sonuca varılırken, sadece bu cümleye dayanılarak değerlendirme yapılmamış, 8 yazının birbirini takip eden seri yazılar olduğu, özellikle konuyla ilgili olarak, 6, 7 ve 8. yazıların birlikte değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmiş, ayrıca Ermeni kökenli bir Türk vatandaşı olan sanığın, tarihi olaylara bakış açısı, katılmamakla birlikte ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmiştir.

Yine, Anayasasının 66. maddesiyle, vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkesi Türk olarak kabul eden gerek anayasası gerekse ceza yasasıyla her türlü ayrımcılığı red eden, Lozan Antlaşması ile de, Ermeni Kimliğini, azınlık niteliğinde kabul eden bir ülkede, Ermeni kimliğinin korunmasını savunmak, tamamen bu güvenceler kapsamında kabul edilmiş, sanığın bu düşünceleriyle eylemi arasında atılı suç öğeleri veya kastı yönünden düşünsel bağ kurulması yoluna gidilmemiştir.

İzleyen her yazının kendisinden önceki yazıya dökülen fikirlerle başladığı ve dolayısıyla, sekizinci yazının da bu kapsamda bulunduğu kabul edilmiş, ancak gerek savunmalarda gerekse bilirkişi beyanı ile hukuki görüşte ifade edildiği ve Yargıtay C.Başsavcılığınca da itirazın ileri sürüldüğü gibi, "zehirli

kan" sözcüğü ile amaçlananın, Ermeni kimliğindeki sağlıklı yapıyı bozan "saplantı" olduğu; Türk sözcüğü ile de Ermenilerdeki "Türk olgusunun" kastedildiği görüşlerine katılmamış, yazarın, Türk-Ermeni ilişkilerini ve tarihsel süreci kendi bakış açısıyla yorumlarken, Türk'ler için "paranoya", Ermeniler için "travma", sözcüklerini kullanması, 7. yazıda; Ermeni dünyası yaşadığı tarihi dramın gerçekliğinin farkındadır ve bu gerçeklik bugün Dünya ülkelerinin ve Türkiye'nin kabul edip etmemesi ile değişecek değildir. Düşüncelerine yer verdikten sonra, "Gayri herkesi kendi vicdansızlığıyla başbaşa bırakma zamanı gelip de geçmiştir. Bu gerçekliği kabul edip etmemek, esasen herkesin kendi vicdani sorunudur, bu vicdan da temelini bizzatıhi insanlık denilen ortaklığımızdan -'İnsan' kimliğimizden- alır. Dolayısıyla gerçeği kabul edenler asıl olarak kendi insanlıklarını arındırırlar." yönündeki açıklamalar birlikte değerlendirildiğinde, sanığın yazısında küçültme unsuruyla kullandığı "zehirli kan" sözcüğünün Türklere yönelik olduğu kötü niyetle ve tezyif amacıyla kullanıldığı anlaşılmıştır. Suça konu yazının yayımlandığı mevkute, sanığın konumu, hitap edilen kitle, yazının muhatap kitle tarafından algılanma biçimi gözetildiğinde, kullanılan ibarenin Türklüğü tahkir ve tezyif edici nitelikte bulunduğu, esasen bu amaçla da kaleme alındığı Ermeni toplumunu yüceltirken Türk toplumunu aşağılayanın ifade özgürlüğü ve eleştiri kapsamında değerlendirilemeyeceği sonucunu ulaşılmış, Yerel Mah-

keme kararının gerekçesinde yeterlilik bulunmakla birlikte, yapılan hukuki değerlendirmelerde, Özel Dairece belirtilen bozma nedenleri dışında bir isabetsizlik bulunmadığı anlaşılmış, bu nedenlerle Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmiştir.

### **Çoğunluk görüşüne katılmayan Kurul Başkanı Osman Şirin ve Kurul Üyesi Muvaffak Tatar:**

Yerel Mahkemenin, suçun 765 sayılı TCY'nin 159/1. maddesinde tanımlanan "Türklüğü tahkir ve tezyif" niteliğinde sübutuna yönelik hükmünü; TC Anayasası'nın düşünce ve ifade özgürlüğünü düzenleyen 25. ve 26. maddelerine, onaylanmış milletlerarası andlaşmaların üstünlüğü ve öncelikle uygulanması gereğini öngören 90/son maddesine, onaylanmakla mevzuatımıza dahil hale giren İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (AİHS)'in 10. maddesinde düzenlenen düşünce ve ifade özgürlüğü ölçülerine, anılan sözleşmeyi yorumlamaya yetkili, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'in düşünce ve ifade özgürlüğünü ve eleştiri hakkını saptayan içtihatlarına, 765 sayılı Yasanın 159. maddesine 4771 sayılı Yasayla 3.8.2002 ve 4963 sayılı Yasayla 30.7.2003 tarihinde "tahkir, tezyif ve sövme kastı bulunmaksızın sadece eleştirmek maksadıyla yapılan düşünce açıklamaları cezayı gerektirmez" ifadelili normu ekleyen, gerek bu yasal değişikliklerin ve gerekse bilahare yürürlüğe giren 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Yasasının muadil 301. maddesinin gerekçesinde "Yargıtay ve AİHM kararlarında da belirtildiği üzere ağır, sert veya incitici nitelikte de olsa eleştiri hakkı kullanıldığında kişiye yaptırım uygulanamayacağı çoğunluk demokrasinin

vazgeçilmez bir gereğidir. Kuşkusuz ki;eleştiri hakkının kullanıldığı bütün hallerde suç oluşmayacağı başka bir deyişle sözkonusu hakkın sadece bu maddedeki suçlar için değil tüm suçlar için geçerli olduğu açıktır.” görüşünü vurgulayan Yasa Koyucu'nun iradesine, suç teorisi ilkelerine ve nihayet kuşkunun sanık yararına yorumlanacağı evrensel ilkesine aykırı buluyor, sanık yazar F (H) D tarafından sekiz bölümlük dizi halinde yazılan ve düşünce açıklaması ve eleştiri hakkının tipik bir kullanım türü olan yayının, 765 sayılı TCY'nın 159/1. maddesi kapsamında “Türklüğü tahkir ve tezyif” olarak değerlendirilmesinin kabul edilemez olduğunu ifade ediyor, açılan temyiz davası üzerine Yerel Mahkeme kararını isabetli bulan Yargıtay 9. Ceza Dairesi görüşüne ve suçun sübuta ermediği savıyla itiraz yasayoluna başvuran Yargıtay C.Başsavcılığının itirazını isabetsiz kabul ederek sübutu benimseyen Yargıtay Ceza Genel Kurulu çoğunluğunun düşünce ve değerlendirmesine katılmıyoruz.

Şöyle ki;

1- Yerel Mahkeme konu olayı değerlendirmede hataya düşmüştür.

Sanık yazar F (H) D imzasıyla İstanbul'da haftalık olarak Ermenice ve Türkçe yayın yapan A Gazetesi'nin 397., 398., 400., 403., 404., 408. ve 409. sayılarında Ş adlı köşede yayınlanan yazı bütünlüğünü gözetmek yerine sadece 409. sayıda yayınlanan sekizinci yazının başlangıç cümlesinden esinlenip etkilenecek kasti yorumlamış, böylece Yargıtay Ceza Genel Kurulunun yazının bütünü'nün gözetilmesini zorunlu gören yerleşik içtihatlarına ters düşmüştür.

Yazının, 8 bölümlük bir yazı bütünlüğü olduğu ve “Ermeni Kimliği Üzerine” ortak başlığı altında 1 den 8'de dek numara taşıdığı açık iken ve;

a) “Kuşaklara Dair” başlıklı ilkyazının son paragrafını oluşturan “Oysa Ermeni kimliğinin içini doldurmada kilisenin payı büyüktür. Kilisenin güçsüzleşmesi Ermeni kimliğinin güçsüzleşmesine yetiyor da artıyordu.” cümlesi “Kilisenin Rolü” başlıklı ikinci yazının ilk paragrafı olan “Gerçi kilisenin varlığı dört bin yıllık kadim ermeni tarihinin ancak son bin yediyüz yılını kapsar. Neredeyse tarihi Ermeni kimliğinin tamamını o doldurur gözüktür.” sözüyle,

b) İkinci yazının son paragrafını oluşturan “Çağın gereği olarak o kişi de Ermeni kimliğine kendi özelliğini oturtmak isteyecektir.” cümlesi “Kaç Vartanın Çocukları” başlıklı üçüncü yazının ilk paragrafı olan “Sonuçta Ermeniler de tam anlamıyla tipik bir şark milleti olma özelliği taşırlar.” sözüyle,

c) Üçüncü yazının son paragrafı olan “Kimlikteki çeşnilik artmamaktadır ve kimliğin tarihine de yeni cümleler gerekmektedir.” sözü “Pratik Kimliğin Teorisi” başlıklı dördüncü yazının ilk paragrafını oluşturan “Ermeni kimliğindeki çeşniliğin artmasının en önemli sebeplerinden biri Diaspora olgusudur.” sözüyle,

d) Dördüncü yazının son paragrafı olan “Ermenistan kimliğin yaşadığı, Diaspora ise kimliğin yaşatılmaya çalışıldığı alandır.” sözü “Batı : Cennet ve Cehennem” başlıklı beşinci yazının ilk paragrafının başlangıcını oluşturan “Yaşadığımız çağda bir Diaspora'ya sahip olmak sadece 'kaderin sillesini yemiş' halkların değil hemen hemen yer-

yüzündeki tüm ulusların yaşadığı bir gerçekliktir.” sözüyle,

e) Beşinci yazının son paragrafı olan “Görünen o ki, Batı’nın özgürlükler cenneti kimliklerin cehennemine dönüşmekte, çokkültürlülük adına kimliklere tanınan kolaylıklar ise ne yazık ki bu cehennemin ateşini söndürmeye yetmemektedir.” sözü “Ermeni’nin “Türk’ü” başlıklı altıncı yazının ilk paragrafı olan “Küresel ve evrensel değerlerin yerel değerleri tahakküm altına aldığı çağımızda, kültürel kimliğini tam anlamıyla yaşamak bir yana, kimliğini bir nebze yaşatabilmek için dahi Diasporanın özel çaba göstermesi gerekir.” sözüyle,

f) Altıncı yazının son paragrafı olan “Sonuçta görülüyor ki işte “Türk” Ermeni kimliğinin hem zehiri, hem de panzehiridir;Asıl önemli sorun ise Ermeni’nin kimliğindeki bu Türk’ten kurtulup kurtulamayacağıdır.” sözü “Türk’ten kurtulmak” başlıklı yedinci yazının ilk paragrafını oluşturan “Ermeni kimliğinin Türk’ten azad olmasının görünen iki yolu var. Bunlardan biri, Türkiye’nin (devlet ve toplum olarak) Ermeni ulusuna karşı empatik bir tutum içine girmesi ve nihayetinde Ermeni ulusunun acısını paylaştığını belli edecek bir anlayış sergilemesidir.” sözüyle,

g) Ve nihayet yedinci yazının son paragrafı olan “Ermeni kimliğinin “Türk’ten kurtuluşunun yolu gayet basittir. Türk’le uğraşmamak... Ermeni kimliğinin yeni cümlelerini arayacağı yeni alan ise artık hazırdır. Gayrı Ermenistan’la uğraşmak.” sözü, “Ermenistan’la tanışmak” başlığını taşıyan ve suçlamaya konu ifadeyi kapsayan sekizinci ve son yazının ilk paragrafını oluşturan “Türk’ten boşalacak o zehirli

kanın yerini dolduracak temiz kan, Ermeni’nin Ermenistan’la kuracağı asil damarında mevcuttur. Yeter ki bu mevcudiyetin farkında olsun.” sözüyle açık bir bağlantı oluştururken, Yerel Mahkeme sadece, 409. sayıda yayınlanan sekizinci yazının başlangıç ifadesi olan “Türk’ten boşalacak o zehirli kan” sözcüğünün etkisi ile yazı bütünlüğünü değerlendirmiş ve hükmünde bu sınırlandırmayı “mahkememizce suç kastı sanık H D tarafından 13.2.2004 tarihinde A Gazetesinde Ermeni kimliği üzerine Ermenistan’la tanışmak başlıklı yazısı dikkate alınarak belirlenmiştir” ifadesiyle netleştirmiştir.

Esasen bu tek cümlelik etki, suç duyurularına hakim olmanın yanı sıra gerek Yerel Cumhuriyet Savcısı’nın Adalet Bakanı’ndan takibat izni talep eden tezkeresinde, gerek Adalet Bakanı’nın takibat izninde ve gerekse iddianamede açıkça şekillenmekte ve sekiz bölümlük dizi bütünlüğünün dışlandığı, sadece ve yalnız “Türk’ten boşalacak o zehirli kan” sözcüğünün ölçü alındığı gözlenmektedir.

2- Yerel Mahkeme suçlamaya konu cümleyi değerlendirmede de hataya düşmüş;

“Zehirli kan” tanımlamasının önünde yer alan “O” tanımlamasını gözetmemiş, zehirli kan sözünün etki ve yönlendirmesi ile yazarın asıl kastının ne olduğunu sorgulamamıştır.

Oysa “Türk’ten boşalacak “O” “zehirli kan” tanımlamasıyla kastedilenin, altıncı yazının sonuncu paragrafında; “sonuçta görülüyor ki işte Türk, Ermeni kimliğinin hem zehiri hem panzehiridir. Asıl önemli sorun ise Ermeninin kimliğindeki bu Türkten kurtulup kurtulamayacağıdır.” İfadeleriyle açıklandığı ve “zehirli kan” benzetmesiyle;

Türklük ya da Türklerin değil 1915 olayları nedeniyle Ermeni toplumunda oluşan ve artık kurtulmak gereken hatalı anlayışın kastedildiği görülmektedir. Yerel mahkeme ise bu bağı kurma gereğini duymamıştır.

3- 1412 sayılı CYUY'nın 66. maddesi hükmü "hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişi dinlenemez" buyruğunu içerdiği ve suçlama konusu yazı bu tanıma uygun düştüğü halde, Yerel Mahkeme, bilirkişi incelemesine gereksinim duymuş, ancak ne var ki, isabetli bir hukuki sonuca varılablmesini sağlayacak bu bilimsel görüşten de yararlanmamıştır.

Oysa İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Öğretim Görevlileri Selman Dursun, Serdar Talas ve Hasan Smar'ın hukuki mütalasında, sanıkça neşredilen yazı bütünlüğü ayrıntılı düzeyde değerlendirilmekte, Türklüğü tahkir ve tezyif suçunun yasal öğeleri de incelenerek maddi olayda neden gerçekleşmediği isabetle irdelenmektedir.

Bilirkişi Heyeti özetle;

"Dava konusu yayın sanık F (H) D tarafından A gazetesinde kaleme alınan bir yazı dizisinin 8 numaralı yazısıdır. Bilindiği gibi bu tür yayınlara ilişkin yargılamalarda suçun tespit edilebilmesi için bütünü ve bağlamın dikkate alınması gerekmektedir."

"Dava konusu yayın Ermeni kimliği başlığı altında yazılan bir dizi yazının içerisinde yer almaktadır. Bu dizi çerçevesinde yazar; (1) Kuşaklara Dair (7 Kasım 2003), (2) Kilisenin Rolü (14 Kasım 2003), (3) Kaç Vartan'ın Çocukları (5 Aralık 2003), (4) Pratik Kimliğin Te-

orisi (19 Aralık 2003), (5) Batı : Cennet ve Cehennem (26 Aralık 2003) (6) Ermeni'nin Türk'ü (23 Ocak 2004), (7) 'Türk'ten Kurtulmak (30 Ocak 2004), (8) Ermenistan'la Tanışmak (13 Şubat 2004) başlıklı yazıları "Ermeni Kimliği" üst başlığı altında incelemektedir. Bilindiği üzere milletler bakımından kimlik sorunu siyasi ve sosyolojik bir kavramdır. Milletler tanımları gereği ortak bir kültür ve amaç çerçevesinde bir araya gelmiş insan topluluklarıdır. Bu kısa tanımlamada pek çok unsur yer almamakla birlikte ortak kültür, aranan dil, din, yaşam tarzı, ortak tarih, coğrafya gibi pek çok unsuru bünyesinde barındırmaktadır. Milletlerin kimliği dendiğinde ise anılan sosyolojik ve siyasi pek çok kavramın bir bütünü, o milletin ortak değerleri ifade edilmektedir. Milletlerin kimliği kullanılan dilden tarihe, siyasi olaylardan dine, ortak amaçlardan coğrafi birlikteliğe kadar pek çok kavram ve kurumdan etkilenmektedir. Örneğin Türk kimliği dendiğinde kabul edilen dinin, yaşanan siyasal süreçlerin, savaşların, kültürün, milleti oluşturan bireylerce benimsenen ortak amaçların -ki örneğin bunlar Anayasamızın başlangıç bölümünde ifade edilmektedir- etkisi tartışılmazdır. Milletler bakımından kimliğin ortaya konması ve ana unsurların belirlenmesi hayati önemdedir. Zira kimlik, milletlerin varlık ve devamlılıkları bakımından son derece önemlidir. Ermeni kimliğine ilişkin sanıkça yazılan yazıda da bu bağlamda Ermeni kimliğinin bir değerlendirmesi yapılmaktadır. Bu çerçevede sanık kuşaklar arasındaki farklılıklara, farklı ülkelerde yaşayan Ermenilerin kimlik bakımından durumlarına, 1915 yılında yaşanan olaylara, batıya göç eden Ermenilere, Ermenis-

tan dışında yaşayan Ermenilerin Ermenistan'la ilişkilerine değinmektedir. Sanık bakımından kaleme alınan yazılardan sadece sonuncusu iddianamenin konusunu oluşturmaktadır.

Sanığın müsnet suç bakımından söz konusu ifadeleriyle anlatmak istediği husus, tüm yazıları ardı ardına okunduğunda ortaya çıkmaktadır. Buna göre 1915 yılında yaşanan olaylar soykırım niteliğindedir. Bu olaylar Ermeni kimliğinde gerek oluşları gerekse daha sonra dünyanın ilgisizliği nedeniyle ciddi tahribatlara yol açmıştır. Sonrasında Ermeni toplumu bu olayı ayakta kalmak için kullanmış, zamanla ise bu olayların gerçekliği ve dünyaya kabul ettirilmesi bir inada dönüşmüştür. Bu inat yani soykırım ve dünyaya kabul ettirme sorunu zamanla Ermeni kimliğinin asıl unsuru haline gelmiştir. Bu durum Ermeni kimliğine zarar vermekte ve Ermeni kimliğini tüketmektedir, sağlıksız bir ruh halinin göstergesidir. Ermenilerin ruhsal hayatında, ulusal kimliklerinde Türk unsuru, bu anlamda -1915 olayları anlamında- ciddi etkiler doğurmaktadır ve Ermenilerin sağlıklı bir kimlik oluşturabilmeleri için bu etkiden kurtulmaları gerekmektedir. Bu kurtulma, Türklerin devlet ve toplum olarak Ermenilerin acılarını paylaştığını ifade etmesi ile mümkün olacaktır ki bu olasılığın gerçekleşmesi zor görünmektedir. İkinci yol olarak ise Ermeniler kendi kimliklerinden bu etkiyi çıkarmalıdır. Bu yol hem daha kolaydır ve yapılması gereken de budur. Ermeniler 1915'te yaşanan olayların gerçekliğinin farkındadır. Türkiye'nin ya da dünyanın bu olayları tanınması ya da tanınaması bir şeyi değiştirmeyecektir. Dolayısıyla Ermenilerin tek hedefi bu olayları Türkiye'ye ve

dünyaya kabul ettirmek olamaz. Ermeni kimliğinin sağlığı başka ülkelerin soykırımı kabul edip etmemesine bağlı olamaz. Bu yaklaşım hatalıdır. Bu hatalı yaklaşım artık terk edilmelidir. Ermeni kimliğinin oluşumu bu bağlamda Türk'e bağlı kalmamalıdır. Ayrıca Ermenilerin tüm çabalarını dünya üzerinde Türk'e baskı uygulamaya ve soykırımı kabul ettirmeye ayırması, kimliğin oluşumunu engelleyen bir zaman kayıdır. Bu anlamda Ermeni dünyası kendini Türk'ten kurtarmalıdır. Bu yapıldığında Ermeni kimliğinde Türk'ten geriye kalacak boşluk sorun oluşturmayacaktır. Zira bu boşluk Ermenistan devletine gösterilecek ilgi ve devlet için harcanacak çaba ile doldurulmalıdır. Ermeni kimliğinin Türk'ten kurtuluşunun yolu, Türk'le uğraşmamaktır. Türk'ten boşalacak o zehirli kanın yerini dolduracak temiz kan, Ermeni'nin Ermenistan'la kuracağı asil damarında mevcuttur. Yeter ki bu mevcudiyetin farkında olsun.

159. maddede düzenlenen Türklüğü tahkir ve tezyif suçunun oluşumu için dava konusu yayında Türk kimliğine ve Türklüğe yönelik bir tahkir ve tezyifin bulunması, tahkir ve tezyifin tahkir etmek özel kastıyla yapılması ve ifadelerin düşünce özgürlüğü kapsamında yer almaması gerekmektedir. Sanık yazılarında Türk'ten bahsetmekte ve Ermeni kimliğindeki bu Türk olgusundan kurtulmak gerektiğini ifade etmektedir. Türklüğü tahkir ve tezyif suçunun oluşabilmesi için, Türk kimliğinin, Türklüğün tahkir ve tezyife konu olması gerekmektedir. Sanığın ifadelerinde sürekli olarak bir Türk olgusundan bahsedilmekte ve bu Türk olgusunun Ermeni kimliğini olumsuz etkilediği ve Ermeni kimliğinden çıkarılması

gerektiği söylenmektedir. Sanığın bu Türk olgusu ile ne anlatmak istediği ise önceki yazılarından anlaşılmalıdır. Şöyle ki; sanık Ermeni Kimliği Üzerine (6) Ermeni'nin Türk'ü Ermeni Kimliği Üzerine (7) "Türk'ten Kurtulmak, Ermeni Kimliği Üzerine (8) Ermenistan'la Tanışmak başlıklı yazıda bir olgu olarak Türk'le neyi anlatmak istediğini ifade etmektedir. Sanığın bütün yazıları birlikte incelendiğinde yazıya konu olan Türk ifadesi ile anlatılmak istenenin; 1915 olayları sebebiyle Ermeni kimliğinde yer alan anlayış ve bakış açısı olduğudur. 159. maddede düzenlenen suçun oluşabilmesi için fail Türk kimliğine, Türklüğe yönelik eylemlerde bulunmalıdır. Oysa dava konusu yayında bu yönde bir eylem bulunmamaktadır. Yayında geçen "Türk'ten boşalacak o zehirli kanın yerini dolduracak temiz kan, Ermeni'nin Ermenistan'la kuracağı asil damarında mevcuttur." İfadeleri incelendiğinde ise ortaya çıkan sonuç, sanığın Ermeni kimliğinde bir ruhsal sorun olarak ifade ettiği Türk olgusunu, yani 1915'te yaşananları Ermeni kimliğinin hayati bir unsuru olarak benimseyip, tüm çabaların ve birlikteliğin bu olgu üzerine kurulmasını, 1915 olaylarını soykırım olarak dünyaya kabul ettirme çabası ve inadından kurtulmak gerektiğini söylemektedir. Sanık daha önceki yazılarında da bu anlayış ve çabayı Ermeni kimliğini kemiren bir husus, ruhsal bozukluk ve zaman kaybı olarak nitelendirmektedir. "Zehirli kan" olarak ifade edilen husus, "Türklük ya da Türkler değil, Ermeni kimliğinde yer alan sanığın ifadesi ile-hatalı anlayıştır." Tüm bu açıklamalar bir arada değerlendirildiğinde, sanığın ifadelerinin 159. maddede düzenlenen anlamda Türklüğü tahkir ve tezyif ola-

rak nitelendirilmesi mümkün değildir. Bir kere ifadeler Türklere ya da Türk kimliğine yönelik değildir. Aksine ifadeler Ermeni toplumunun oluşturduğu Türk anlayışına ve olgusuna yöneliktir. İkinci olarak sarf edilen sözlerde tahkir, aşağılama, küçük düşürme, zayıflatmak anlamına gelebilecek bir husus bulunmamaktadır. Salt 1915 olaylarını soykırım olarak nitelendirmek de bu anlamda 159. maddede düzenlenen suçun oluşturmayacaktır. Ermeni soykırımı iddiaları halen tartışılmakta olup bu konuda gerek Ermenilerden gerekse Türklerden farklı bakış açıları ve görüşler ifade edilmektedir. Dolayısıyla bu açıklamalar tarihi bir olaya ilişkin görüş açıklamalarıdır.....

Demektedir.

Yerel Mahkeme gereksinim duyarak derlediği bu hukuki görüşü her nedense nazara almamış, "zehirli kan" deyiimiyle "Türk kanının zehirli oluşu"nun değil, Ermenide yer alan hatalı ve saplantılı anlayışın kastedildiğini, zehir sözcüğünün gerçek anlamda değil istiare yöntemiyle mecazi manada kullanıldığını saptayamamış, bunun kaçınılmaz sonucu olarak da hatalı sonuca varmış, sübuta karar vermiştir.

4- Yerel Mahkeme suç teorisi yönünden de isabet kaydedememiştir.

Oysa bilirkişi heyet raporu bu yönden de doyurucu ayrıntılar içermekte, Türklüğü tahkir ve tezyif suçunun oluşumu için tipe uygun eylem, hukuka aykırılık ve kusurluluk öğelerinin birlikte gerçekleşmesi zorunluluğuna işaret etmekte ve özetle ;

TCK.m. 159'da "tahkir ve tezyif etmek ifadesine yer verilmek suretiyle suçun oluşu bakımından sadece tahkir yeterli görülmemiş, bunun yanında

“tezyif”de aranmıştır. Bu itibarla tipe uygun eylem unsurunun oluşması için söz, işaret veya yazının sadece tahkiri içermesi yetmez, ayrıca bunun tezyif edici bir karakterde olması da lazımdır. “Tahkir”, kelime olarak hakaret etme, hor görme, küçük düşürme, onur kırma, aşağılama, gurur kırıcı davranış ve hareketlerde bulunma anlamına gelmektedir. “Tezyif” tabiri ise, bayağı, adi, küçük düşürücü ve mağdurun şeref ve haysiyetini pek büyük ölçüde rencide edici bir kelime ile hakir görücü tahkirleri içermektedir. Diğer bir ifadeyle, tezyif, tahkirden kemiyet ve vahamet itibarıyla daha ağırdır. Kanun Türklüğü, ancak bu gibi pek ağır ve alçaltıcı hakaretlere karşı korumuş, tahkir edici olmakla beraber tezyif edici, adileştirici, istihkar edici ve ağır bir mahiyet arz etmeyen söz ve yazıları cezalandırmıştır

.....

Bundan başka tahkir ve tezyif hareketinin, Türklüğe yönelik olması gerekmektedir. Türklükle kastedilen ise Türk olmak manevi duygusu ve Türk kimliğidir. Bu bağlamda Türklere yönelik genel ve kapsayıcı hakaretler bu suç kapsamında değerlendirilebilir.

.....

Tipe uygun olan bir eylem, kural olarak hukuka aykırılık unsurunu da bünyesinde taşır. Bununla birlikte hukuka uygunluk nedenlerinin bulunması durumunda eylem tipe uygun olsa da hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmeyecektir. Soruşturma konusu suç açısından üzerinde durulması gereken hukuka uygunluk nedeni, “hakkin icrası” şeklindeki hukuka uygunluk nedeninin bir görünümü olarak kabul edilebilecek olan “eleştiri yapma hakkı”dır. Bu hak Anayasada, kişinin hak

ve ödevleri başlığı altında yer alan “Düşünce açıklama ve yayma hürriyeti”nin bir parçası ve uzantısıdır. Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti, Anayasanın 26. maddesinde güvence altına alınmış, böylece 25. maddede öngörülen “düşünce ve kanaat hürriyeti” statik olmaktan çıkarılarak, ona dinamik bir fonksiyon kazandırılmıştır...Eleştiri hakkı da kaynağını bu hürriyetten almaktadır. Eleştiride çeşitli olaylar açıklanmakla yetinilmemekte, hadiseler ve bunlar içinde adı geçen kişi ve kurumların tutum ve davranışları hakkında olumlu ya da olumsuz değerlendirmelerde bulunmaktadır. Açıklanan düşünce ve kanaatler olumsuz eleştiri niteliğinde olunca, onun bir övgü olması, sert bir üslupla olması doğal bir sonuçtur.

Düşünce açıklama ve yayma hürriyeti, Anayasa m. 90 gereği iç hukukumuzda kanunla çatışması durumunda daha üstün norm olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (İHAS). 10. maddesinde de güvence altına alınmıştır. Buna göre söz konusu hürriyet, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ulusal sınırlara bakılmaksızın, bir görüşe sahip olma, haber ve düşünceleri elde etme ve bunları yayma hakkını da içermektedir. Sözleşmeyi yorumlama hakkına sahip olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM.), düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetine ilişkin soyut madde metinlerinin uygulama alanını açıklığa kavuşturmuş ve genişletmiştir. AİHM., 10. maddeyi içerik, şekil ve araç bakımından geniş olarak yorumlamaktadır. Bu bakımdan yazılı basın, radyo, TV ve sinema gibi düşünceyi açıklama ve yayma araçları 10. madde kapsamı içinde olduğu gibi düşünce açıklamasının politik, ekono-

mik ve sanatsal gibi değişik şekilleri de bu madde kapsamına dahildir. Bundan başka düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyeti, ifadenin niteliği açısından, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen haber ve düşünceler için değil, ayrıca devletin veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, şaşırtıcı ve onları rahatsız eden haber ve düşünceleri de kapsamına almaktadır.

AİHS'de güvence altına alınan ifade hürriyetinin en geniş koruma sağladığı alan, politik içerikli düşünce açıklamalarıdır... Mahkemeye göre, "politik ifade" teriminden, kamu yararı bulunan siyasi sorunlarda, sadece siyasetle uğraşanların değil, bütün vatandaşların politik içerikli düşünce açıklamaları anlaşılması gerekir ve bu konuda herkesin düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyetinden en geniş şekilde yararlanma hakkı vardır.

Bir cürüm olarak Türklüğü tahkir ve tezyif suçuna ilişkin tipik eylem, ancak kasten gerçekleştirildiğinde kusurluluk niteliğine de sahip olacaktır. Uygulamada Yargıtay, istikrarlı olarak bilme ve isteme unsurlarından ibaret genel kastı yeterli görmemekte, kastı hazırlayan bir düşünce olarak özel kastı yani, "tahkir ve tezyif amacını" aramaktadır. Nitekim, 4771 sayılı Kanunla (RG. 9.8.2002) TCK. . 159 eklenen fıkraya göre, "Birinci fıkrada sayılan organları veya kurumları tahkir ve tezyif kastı bulunmaksızın, sadece eleştirmek maksadıyla yapılan yazılı, sözlü veya görüntülü düşünce açıklamaları cezayı gerektirmez." görüşlerine yer verilmiştir.

Ancak bu bilimsel görüş Yerel Mahkemece itibar görmemiş, neden ve

hangi gerekçelere dayanıldığı da karar yerinde açıklanmamıştır.

Oysa kolaylıkla anlaşılmaktadır ki yazı bütünlüğü; Türk kimliğini Ermeni kimliğine baskın saymakta, ona hükmeden, benliğini bulmayı engelleyen üst bir etkinlik telakki etmekte, Ermeninin benliğini bulmasına yönelik öğüdünü de Atatürk'ün Türk gençliğine seslenişinin başat cümlelerinden olan "muhtaç olduğun kudret damarlarındaki asil kanda mevcuttur." özdeyişini benimseyip sahiplenerek adapte yöntemiyle seslendirmektedir.

Böyle bir düşünce ve anlatım yöntemini, Türk'ü ve Türklüğü aşağılamak, hakir görmek, zayıflatmak ve küçük düşürmek kastıyla irtibatlandırmak olanaklı görülmemektedir.

Yerel mahkeme; "Türklük" kavramını ırkçı bir ulusçuluk anlayışıyla özdeşleşen gerekçelerle izaha yeltenmiş, tarihin derinliğinden bu yana süregelen birliktelikle oluşmuş bu üst ve birleştirici değer, sadece Türk ırkını değil değişik dil, din ve ırklara mensup olanları da kapsadığını, Ermenilerin de bu oluşumda aynı devlet ve aynı bayrak altında "millet-i sadıka" adlandırılmasıyla yerini aldığını gözden kaçırmıştır.

Asıl göz ardı edilemeyecek bir diğer husus; 765 sayılı TCY.nın 159. maddesine 3.8.2002 gün ve 4771 ve 30.7.2003 gün ve 4963 sayılı yasalarla eklenen ve "tahkir, tezyif ve sövme kastı bulunmaksızın, sadece eleştirmek maksadıyla yapılan düşünce açıklamaları cezayı gerektirmez." biçimindeki ilavelerdir.

Bu ilavelerin esasen "olmazsa olmaz" gereksiz bir tekrardan ibaret bulunduğu doktrinde açıklanarak,

eleştiri hakkının evrensel ve anayasal boyutuna işaret olunmuş ise de ifade özgürlüğünün Türk Ceza Yargısı uygulamasında yeterince korunamaması ve özellikle milli değerler söz konusu olduğunda, evrensel bakışa uygun bir korumaya kavuşturulamaması nedeniyle, Avrupa Birliğine üyelik sürecinde, üçüncü uyum paketi kapsamında 4771 sayılı Yasanın, yedinci uyum paketi kapsamında da 4963 sayılı Yasanın şekillendirildiği hatırlanmalıdır.

Ancak üzücüdür ki; Türk ceza hukuku uygulaması, bu değişim ve gelişimi de yeterince kavrayamamış ve eleştiri hakkının vazgeçilmezliğini kararlarına yansıtamamıştır.

Oysa ifade özgürlüğü İHAS'nin 10. maddesi kapsamında genişlikle yerini almış, AİHM de sözleşmeyi yorumlama ve kapsamını saptamada en yetkili mahkeme olarak bunun hudutlarını genişleten içtihatlar üretmiş, özellikle hukuka uygunluk ölçüsü olan "eleştiri hakkını" duraksamaları giderecek düzeyde ortaya koymuştur.

Türk Ceza yargısı, artık bundan böyle, AİHM'nin kararlarını uyulması ve örnek olarak gözetilmesi gerekli içtihatlar cümlesinden saymak ve kendi uygulamalarını bu içtihatlara uyarlamak zorunluluğundadır.

İHAS, onaylanarak iç mevzuatımız haline geldiğine, TC Anayasası'nın 90. maddesinin son fıkrasında "usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuş-

mazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır" kuralı yer aldığına, iç hukukumuz haline dönüşen İHAS'ın 10. maddesinde düşünce ve ifade özgürlüğünün genişletilmiş çerçevesi çizildiğine, AİHM'nin İHAS'nin 10. maddesini yorumlama, uygulama ve tüm üye ülkelerce gözetilecek düzeyde içtihatlarını oluşturma yetkisine sahip üst mahkeme durumunda bulunmasına ve Türkiye Devletinin de AİHM'nin denetim yetkisini kabullenmiş bulunmasına göre, anılan mahkemenin ifade özgürlüğüne ve eleştiri hakkına ilişkin içtihat istikrarını gözetmek zarureti tartışılmaz hale gelmektedir.

Bu içtihatlar, düşünceyi açıklama özgürlüğünün ve onun vazgeçilmez durumundaki "eleştiri hakkı"nın, bireyin ve toplumun gelişimi için "olmazsa olmaz"lığını gerekçe ve dayanaklarıyla ortaya koymakta ve "eleştiri hakkının herkesce hoşgörülen sıradan görüşlerin yanı sıra toplumu veya bir kesimini üzen, rahatsız eden ve hatta şok eden düşünce ve anlatımları da kapsadığını anlatım biçimlerini" de koruma kapsamına aldığı süreklilik arzeder biçimde belgelemektedir.

Bu çerçeve, AİHM kararlarında hiçbir koşulda daraltılmamakta ve hatta her geçen zamanda özgürlük lehine biraz daha genişletilmektedir. Alanı daralan sadece ve yalnız kısıtlamalar olmaktadır.

Açıkça ve duraksamadan belirtmek gerekir ki; suçlanan ve yargılamaya konu edilen yazının gerek bütünlüğü ve hatta gerekse tahkir ve tezyif sayılan cümlesi, İHAS'ın 10. maddesine ve AİHM'nin süreklilik kazanan içtihatlarınca eleştiri kapsamı dışında değerlendirilebilmeye elverişli ölçülere varmamaktadır.

Yerel mahkeme, konu yazıyı değerlendirenken AİHM içtihatlarını gözetmemiş, vardığı hükümle Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin Avrupa Birliğiyle uyum programına katkıda bulunmamıştır.

Üzüntü vericidir ki; karşı fikrin serbestçe ve korkusuz biçimde söylenmesinden, demokratik Cumhuriyet Türkiye'sinde hala korkulmakta, söylemine izin verildiğinde o görüşlerin kabullenilmiş sayılacağı ve yandaş toplayacağı düşünülmektedir.

Bu büyük bir yanlıdır.

Demokrasi, hakaret ve kavgaya davet gibi çok zorunlu kısıtlamaların dışında her görüşün serbestçe dile getirilmesini olanaklı kılmasıyla da diğer yönetim biçimlerine üstün hale gelen rejimin adıdır.

Düşünce özgürce dile getirildiğinde, karşı fikirlerin acımasız testine tabi bir açıklığa kavuşmaktadır. Bu açıklıkta ya kendini kabul ettirip yandaş bulabilecek ve böylece ayakta kalabilecek ya da kabul edilmezliği saptanacak, tükenip silinecektir. Tarih boyunca bu hep böyle olagelmıştır. Bundan sonra da bu sosyal kaide geçerliliğini sürdürecektir.

Altı çizilmeli ve zihinlere öylece kaydedilmelidir ki; yargılanan ve cezaevi yolculuğuna çıkartılan hiçbir düşünce ölmemiştir. Aksine mağdur duruma düşmüş, ya yandaş bulmuş ya da söylenmesi yasaklanınca karanlıklara inmiştir. Karanlıklar kontrol edilemez alanlardır. Burada düşünceyi karşı düşünceyle ezmek, etkisiz hale getirmek ve yok etmek olgusu yoktur. O zeminde denetlenemez bir büyüme söz konusudur.

Bu nedenlerdir ki uygar dünya, fikirleri, hep aydınlıkta tutmak ve ifade edilebilirliğini özgür bırakmak kararlılığındadır. Çok zorunlu ve fakat kısıtlı sınırlamalar dışında hiçbir düşünce "iyi-kötü" "yararlı-zararlı" ayırımına tabi tutulmamaktadır. Doğru ile yanlışın, iyi ile kötünün göreceli olduğu, kişiye, zamana ve zemine göre değiştiği, dünyanın yanlış ve kötüsünün, değişen koşullar karşısında bu gün doğru ve iyi kabul edilebildiği göz ardı edilmemelidir.

Her düşünce ve ifadenin karşıtının miheng taşı olduğu, karşıtıyla mukayese edilmediğinde doğrunun ortaya çıkamayacağı, karşı düşünceyi yendiği ve etkisiz kıldığı durumda düşüncelerin güç kazanıp benimsenebilir etkinliğe ulaşabileceği uygar alemin asla göz ardı etmediği doğrulardandır.

Kuşkusuz bu doğrular uygarlık yarışına çıkanlarca da gözetilmek zorundadır.

Sanık yazarın savunduğu Ermeni Diasporası tezi de aynı kapsamda değerlendiril-melidir. Sanık yazar, 1915 olaylarını Ermeni Diaspora gözüyle yorumlamakta ve Türk'den kaynaklanan soykırım niteliğinde görmektedir.

Bu görüşün resmi Türk tezi ile bağdaşmadığı açıktır.

Resmi olan ve tarihi belge ve gerçeğe dayandığı ifade edilen Türk tezine göre; Osmanlı toplumunun bir parçası olan ve hatta "millet-i sadıka" olarak adlandırılan Ermenilerin savaşta düşmanlarıyla birlik olduğu, Osmanlıyı arkadan vurduğu, toplu katliamlarla doğu vilayetlerinde zulüm yarattığı, bu nedenle Osmanlı yönetimince zorunlu göçe tabi tutulduğu, bu göçün yine Osmanlıya ait güney coğrafya-

ya doğru gerçekleştirildiği, çok cephede yürütülen savaşın koşulları, toplu göçün sıkıntıları, açlık, hastalık gibi önlenemez nedenlerle toplu ölümler olduğu kabullenilmekte ve böylece sanığın benimsediği tezin tam karşısı bir diğer tez dile getirilmekte, tarihi belgelere göre asıl soykırımın zorunlu göçün öncesinde bizzat Ermenilerce Türklere karşı işlendiği savunulmaktadır.

Sanık yazar da; yazısının 6. bölümünde "Ermeni'nin Türk'ü" başlığı altında bu bakış açısını da dile getiren tesbitlerde bulunmakta ancak kendi doğruları istikametinde farklı bir sonuca varmakta ve; "Ermeni kimliğinin bugünkü yapısını şekillendiren ve Ermeni kimliğinde bir tür kanserojen tümör işlevi gören asıl etken Türk olgusudur. Ermeninin ve Türk'ün birbiriyle ilişkileri ve birbirlerinden etkileşimleri öyle iki kelimeyle geçiştirilecek bir sıradanlıkta değildir. Asırlar süren ilişkilerde birbirinden alınan o kadar çok iyi ve kötü kimlik donanımları söz konusudur ki, kimi zaman davranış biçimlerinden birini diğerinden ayırmak hayli güçtür.

Yaşanılan birliktelik öylesine derindir ki bu birlikteliğin bozuluşunu ihanet olarak tanımlamak her iki tarafın da kullandığı karşılıklı bir argümandır. Ermeni milletini sadık millet olarak adlandıran ancak daha sonra ihanet ettiklerini iddia eden Türk görüşü karşısında, Ermeniler 1915 te yaşananları salt bir halkın topluca imhası olarak yorumlamaz bunun aynı zamanda asırlar süren ilişkiye ihaneti de içinde barındırdığını belirtirler.

Türk-Ermeni ilişkisinin günümüzde geldiği nokta ise; "Ermeniler ve Türkler birbirlerine bakışlarında klinik iki vaka durumundadırlar. Ermeniler

travmalarıyla Türkler de paranoyalariyla" demektedir.

Türk tezini reddeden ve olayı Ermenilere yönetilmiş bir soykırım olarak adlandıran bu değerlendirme nihayet, Ermeni asıllı bir Türk vatandaşı olan sanık yazarın kendi özgür düşüncesinin açıklanmasıdır ve bir karşı görüş mahiyetindedir.

Sanık yazarın, 1915 olaylarının Ermeni toplumundaki sonuçlarının da etkisiyle Türklere sempatiyle bakmadığı ve yazısında incitici ifadeler de kullandığı ve bu cümleden olarak uzun yazı dizisinin bir yerinde "Ermeni kimliğinde bir tür kansorejen tümör işlevi gören asıl etken "Türk" olgusudur." diğer bir yerinde "Ermeniler ve Türkler birbirine bakışlarında klinik iki vaka durumundadırlar. Ermeniler travmalarıyla, Türkler de paranoyalariyla" dediği, son olarak da "Türkten boşalacak o zehirli kanın yerini dolduracak temiz kan Ermeni'nin Ermenistan'la kuracağı asil damarında mevcuttur" ifadelerini kullandığı gözlenmekte ise de, bu iğneleyici beyanların, yasada tanımını "eleştiri" olarak bulan ve hukuka uygunluk kapsamını aşmayan açıklamalar olduğunda ve AİHM içtihatlarında siyasi içerikli eleştiriler kapsamında değerlendirilerek koruma kapsamına dahil edeceğinde duraksamaya ve kuşkuya düşülmemelidir.

Unutulmamalıdır ki;

T.C. Anayasa'sının 66/1. maddesi; "Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türk'tür" tanımlamasını yapmaktadır. Sanık da Türkiye Devleti vatandaşıdır. Ermeni asıllı olsa da bu bağ nedeniyle "Türk" kapsamının içindedir. Esasen "Türklük" ırkçılığı reddeden ve farklı dil, din, ırk ve milliyetteki ve farklı düşüncedeki kişi ve

toplulukların insani, ahlaki, dini, tarihi değerleri ile milli dil, milli duygular ve milli geleneklerden doğan milli ve manevi değerler bütünlüğü” olarak yargısal içtihatlarda tanımlandığına göre, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan Ermeni asıllı sanığın, geçmişten bu yana aynı bayrak altında ve aynı devletin eşit haklara sahip bireyleri olarak birlikte oluşturdukları bu yüksek değeri aşağılamak istediğine, tarihin derinliklerinde kalan bir olayı kendi mensubu olduğu Ermenilerin bakışı doğrultusunda soykırım olarak değerlendirmek ve bu değerlendirişte bazı incitici deyimler kullanmak suretiyle tahkir ve tezyif amacı güttüğüne bu uygar ülkede ve ulaşılan bu özgürlük sürecinde inanabilmek hukuk adına olanaksız görülmektedir.

Türk Devletinin resmi görüşüyle bağdaşmayan, onu reddeden ve 1915 olaylarını tarihi saptırma yöntemiyle Ermeni soykırımı mahiyetinde ifade eden bu görüş, ceza kovuşturması ve yaptırım korkusuyla ülkede yasaklandığında söylenişinden vazgeçilmeyeceği, “Türkiyede Ermeniler düşündüklerini dile getiremiyor” tanımlamasıyla dış ülke ve platformlara taşınarak tek yanlı anlatımlarla denetlenemez zaman ve zeminlerde yandaş arayacağı, “susturulan ve mağdur hale düşürülen tez” edasıyla taraftar bulabileceği mutlaka ve cesaretle düşünölmeli, Türkiyede dile getirilmesine tanınacak olanakla Türk tezinin ve tarihi belgelerin sorgulamasına tabi tutulmalı, gücünü ve haklılığını tarihi belgeler ve gerçek vakıalardan aldığı ifade edilen Türk tezinin onu dayanaksız hale düşürmesine, varsa saklı amaçlarını gün ışığına çıkarmasına, yenmesine ve özgür ifade zemininde kendi üstünlüğünü ve ger-

çekçiliğini kanıtlayabilmesine olanak sağlamalıdır.

Nitekim son bir yılda; “1915 olayları ve Türk-Ermeni ilişkileri” konulu konferansların Türkiyede gerçekleştirilmesi gayretleri ve bazı toplumsal ve yargısal karşı koyuşlara rağmen düzenlenmelerinden cayılmaması, resmi Türk teziyle Ermeni karşı tezini savunanların, bilimsel tebliğlerle konuyu özgürce işleyebilmesi, bu toplantılara Ermenistan’ın tarihçilerini ve bilim adamlarını göndermesi için yapılan davetlere karşı taraftan icabet edilmeyecek belgeli tartışmalardan kaçınıldığı ve ürküldüğü izleniminin yaratılması, Türkiye yönetiminin Ermenistanla ortak bir tarih komisyonu kurulması ve Osmanlı arşivlerinin tüm araştırmacılara açılması önerilerinin muhatap ülke yönetiminden yanıt ve kabul görmemesi resmi Türk görüşünün aleyhine olmamış, aksine, onu güçlendirici sonuçlar yaratmış aynı zamanda karşı görüşlerin uygarca söylenebileceği ve sabırla dinleneceği bir ülke bulunduğu görüntüsü ve izlenimini desteklemiş, Türk halkının ifade özgürlüğüne verdiği değeri ve katkıyı gün ışığına çıkarmıştır.

İfade olunan gelişmeler ifade özgürlüğü ve gelişimi adına önemsenecek oluşumlardır. Kesinlikle resmi Türk tezinin karşı tez karşısında zayıflatma değildir. Karşı tezin söylenilmesine olanak sağlanması ise o teze teslim olma ya da o teze yandaş sağlatma zaafı mahiyetinde kesinlikle sayılmamalıdır.

Tüm bu doğruların Türk Ceza yargısınca da kabul görmesi zarureti ise hala, çarpıcı bir gereksinim olarak varlığını korumaktadır.

Düşünce ve ifade özgürlüğünün sınırlandırılması genelde milli, manevi,

sosyal ve dini üst değerlere ilişkin görüş açıklamaları vakıalarıyla ortaya çıkmakta, bu kapsamdaki suçların yargılması ise yargıç yansızlığı yönünden çok kapsamlı bir zorluğu gündeme taşımaktadır.

Genelde yargıç da aynı değerlerin sahibi, benimseyeni ve onları koruyup kollamakla kendisini vazifeli sayan durumuna düşmekte, bu duygularla ve sahiplenme içgüdüsünün sevgiyle tarafsızlığını yitirme riskiyle karşı karşıya kalmaktadır.

765 sayılı eski TCY.nın 159. ve 5237 sayılı yeni TCY.nın 301. maddelerinde tanımlanan suç türü, bu kapsamda milli ve manevi değerlere yöneltilen saldırıları yaptırma bağlamaktadır.

Bu tür suçlarda; toplumsal tepkilerin etkisiyle yargıç kendi değerlerine de saldırıda bulunduğu saklı düşüncesiyle taraf olabilmektedir.

Nitekim konu yargılamada yerel mahkeme, bu eğilimi sergileyen tavırlarla yargılama hataları yapmış, Yasanın 159. maddesinde yaptırma bağlanan "Türklüğü tahkir ve tezyif" suçunun mağduru devlet olduğu, şikayet ve kamu davasını takip hakkı da tüzel kişiliğe sahip varlık sıfatıyla devlette bulunduğu halde, bu türden suçlarda kişilerin davaya müdahale hak ve yetkilerinin olamayacağı yönündeki yerleşik Yargıtay içtihatlarına aykırı biçimde şikayetçi kişileri davaya müdahil olarak kabul etmiş, böylece yargıç olarak kendisinin de zarar görenlerden olduğunu ve hatta potansiyel müdahil adayları safında bulunduğunu kabule elverişli tavır ve değerlendirmelerle kararını gerekçelere bağlamış, mahkumiyet hükmünü "mağdurun yargıçlığı" görüntüsüyle kurmuştur.

Oysa yargıcın zarar gönenler safından uzaklaşması, duygusalıktan kurtulması, yanların dışında ve üstünde olması gerektiği bilincine varması ve bu yansızlığını kendi duygu ve düşüncelerine karşı da gerçekleştirebilmesi zorunludur.

Konu yargılamada ise bu görüntü eksiktir.

Yerel mahkeme, tahkir ve tezyif kastıyla hareket edilmemiş olabileceği kuşkusunu da değerlendirmemiş, kuşku halinden sanığın yararlanacağı evrensel ilkesini de göz ardı etmiştir.

Bu yönden de yerel mahkeme hükmü benimsenebilen ölçülerden uzaktır.

Değerlendirmenin bu sonuç bölümünde:

Sanık müdafilerinin temyiz layihalarına ekledikleri, Doç. Dr. Sami Selçuk imzalı hukuki görüşe, özet alıntılar halinde de olsa yer vermek ve "ifade özgürlüğü ile eleştiri hakkı"nın ulaştığı evrensel boyutu, bir diğer uygulayıcı bilim adamı bakışıyla irdeleyerek gerek Türk Ceza yargıçlarının ve gerekse toplumun takdir ve değerlendirmesine tevdi etmek yararlı olacaktır.

Konuyu ve ifade özgürlüğünü irdeleyen hukuki görüşte kısmi ve özet alıntılarla;

"Eylem, yazı dizisinin bütününden ve özellikle tümce içindeki zehirli sözcüğünden önce geçen ve yukarıda altı çizilen üçüncü tekil kişi sıfatı "o"dan soyutlandığı takdirde, sanık yazarın yazısında Türk kanının zehirli olduğunu söylediği ve dolayısıyla aşağılayıcı bir davranışı sergilediği sonucuna kolaylıkla varılabilir.

Nitekim sayın Yerel Mahkeme, tümceyi yazı dizisinin bütününden soyutlayarak değerlendirmiş, ulaştığı bu

sonuca göre karar vermiştir. Bunu da kararında açıkça ve şu biçimde açıklamıştır: “Mahkememizce suç (kasti), sanık H D tarafından 13.2.2004 günlü A gazetesinde Ermeni kimliği üzerine Ermenistan’la Tanışmak başlıklı yazısı dikkate alarak belirlenmiştir.”

Görülüyor ki, sayın Mahkeme, bakış açısını yalnızca kullanılan tümce ile sınırlamış ve hükmü de buna göre kurmuştur.

Bu bakış açısı ve yaklaşım yanlış-  
tır. Çünkü, birakalım günlerce süren bir dizi yazısını, tek bir yazıda bile tek bir kesimi gözeterek yapılan bir değerlendirmenin yanlış olacağı Yargıtayca sayısız kez belirtilmiştir. O nedenle böyle bir tutum Yargıtay’ın yerleşik içtihatlarına aykırıdır. Bu yüzden davada ağaç görülmüş, orman göz ardı edilmiş; dolayısıyla yanlış sonuca ulaşılmıştır.

Buna karşılık yazı dizisinin bütünü gözetildiğinde, başka sonuçlara ulaşmak kaçınılmaz görünmekte, esasen suç diye bir eylem bulunmamaktadır.

İlkin, yazı dizisi Ermeni kimliği ile ilgilidir. Ermeni kökenli bir yurttaş olan sanığın yazı dizisinde 1915 olayını, resmi kabulün tersine bir “soykırım” olarak değerlendirdiği anlaşılmaktadır.

İkinci olarak, sanık yazı dizisinde soykırım olarak nitelendirdiği bu olayın Ermeni kimliği üzerindeki etkisini incelemektedir.

.....

Dava konusu sözlerin yer aldığı 8. yazı ise “Ermenistan’la Tanışmak” başlığını taşımakta ve şöyle başlamaktadır: “Türk’ten boşalacak o zehirli kanın yerini dolduracak temiz kan, Ermeni’nin Ermenistan’la kuracağı asil da-

marında mevcuttur. Yeter ki, bu mevcudiyetin fakında olunsun. Bu farkındalığın asıl sorumlusu ise Diaspora’ya yayılmış Ermenilerden ziyade Ermenistan yönetimleridir. Ermenistan hükümetlerinin sorumluluklarının bilincinde olmaları ve gereğini yerine getirmeleri asıl olandır. Ne var ki, 12 yıllık bağımsızlık döneminde Diaspora ile Ermenistan ilişkilerine bakıldığında Ermenistan hükümetlerinin henüz bu sorumluluğun bilincine yeterince varmadıkları görülür.”

Yazı dizisinin bütünü ve kullanılan zehir sözcüğünün başındaki ‘o’ üçüncü tekil kişi sıfatı gözetildiğinde; sanık yazarın başvurduğu istiare/eğretileme/metafor yöntemini ve sanatını, yerel Mahkemenin doğru algılamadığı, bu yüzden tam tersi bir sonuca ulaştığı görülmektedir. Gerçekten sanık yazar, “Türk’ten boşalacak zehirli kan”dan söz etmiyor. “O zehirli kan”dan söz ediyor. O zaman kullanılan bu üçüncü tekil ‘o’ sıfatının neyi anlattığını saptamak gerekir. Bu sıfatın çağrıştırdığı olay ise şudur: 1915 olaylarının Türkiye tarafından bir soykırım olarak algılanmamasının Ermenilerde yarattığı ve onların kimliğini aşındıran, çözen ve tüketen bir koşullanma, bir önyargı ve ruh sağlıklarını etkileyen bir saplantı haline dönüşmesi. Bu önyargı, koşullanma, kansorejen öğe, saplantı, yazara göre Türk kavramının algılanış biçiminden kaynaklanmakta ve bir zehirli kana dönüşmektedir.

Görülüyor ki, buradaki zehirli kan, Mahkemenin algıladığı gibi “Türk’ün zehirli kanı” değil, Türk karşısında oluşan önyargı, saplantı, koşullanmadır. Eğer, Ermeniler, kendi yarattıkları bu zehirden kendilerini arındırabilirlerse gerçek kimliklerine kavuşacaklardır.

Bunu da başka yerde aramaya gerek yoktur. Çünkü o kan esasen sanık yazara göre, "Ermeni'nin Ermenistan'la kuracağı asil damarında mevcuttur." Buna ulaşmanın yolu da bellidir: "Türk'le uğraşmamak. Ermeni kimliğinin yeni cümlelerini arayacağı yeni alan ise artık hazırdır: Gayrı Ermenistan'la uğraşmak".

Bu çıkarsamadan da anlaşılıyor ki, başvuru istiareye göre, Ermenilerin yarattıkları saplantı, zehirli bir kan olarak anlatılmıştır. Kullanılan bu mecaz karışımı istiareye karşın, Sayın Mahkeme tarafından mecaz ve istiareden soyulup sözcüğe gerçek anlamı verilerek ve üçüncü tekil kişi sıfatından soyutlanarak Türk Ulusunun kanının zehirli olduğu biçiminde değerlendirilmiştir.

Yazılar, altıncı ve özellikle yedinci yazının sonlarından itibaren ele alındığı takdirde başka türlü sonuçlara ulaşmak olanaksız görünmektedir.

Özetle, yazının ve yazarı sanığın temel vurgusu ve amacı, Türk'ün zehirli kanı değil, Ermenilerdeki zehirli kana dönüşen saplantıdır.

.....

Sanık yazarın kullandığı sözcükler, esasen suç değildirler. Ayrıca, korunan değer açısından bakıldığında, sergilenen anlamda Türklük kavramına da yönelik değildirler.

Sayın Mahkeme, Atatürk'ün 'Nuttuk'unda yer alan gençliğe seslenişindeki "muhtaç olduğun kudret damarlarındaki asil kanda mevcuttur" sözlerini sanığın çarpıtarak Türklüğü aşağıladığını belirtmektedir.

Yerel Mahkeme Sayın Yargıcının bir Türk olarak ulusal kimlik ve Türklük konusundaki duyguları elbette takdire değer. Ancak bu duygular, ulusal

bir tören ya da toplantıda dile getirilebilir. Ama bir yargıç olarak yargı kararına gerekçe olamazlar. Zira;

Nesnel ve öznel yansızlık ilkeleri açısından:

Hukukun ne dediğini söyleyen (potere di jus dicere; jurisdictiono), bir kişi olarak değil, bir kurum olarak yasayı yorumlama yetkisini tekelinde tutan yargıç, her türlü ilgili karşısında üçüncü kişidir, yanlar üstüdür (super partes.) özneler dışıdır,

Bunun adı "nesnel (görevsel, kurumsal, maddi) yansızlık ilkesi"dir ve "herkesin yasa önünde eşitliği"ni sağlar.

Yansızlık için bu da yetmez. Cüppeyi giyen yargıç/savcı, kendi inançlarına, görüşlerine, hatta duygularına karşı kayıtsız ve bağımsız olmalı, tutkuları ve önyargılarıyla birlikte içindeki hukukçu/yargıç olmayan insanı silmelidir. Yargıcın bağımsızlığı, kendi karşısında da bağımsızlığıdır. (PEYREFİTTE, Alain, Les Jhevaux)

.....

Ancak, hüküm yargıcı, böylelikle bilimsel, ayırt etme yeteneği güçlü, bilge (hakim), kavrayışlı (fehîm), dürüst (müstakim), güvenilir (emin), ağırbaşlı (mekin), sağlam (metin) olabilir. (Mecelle, md. 1793, 1794)... Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre, mahkeme güven vermelidir... Dışardan ve yansız bir gözlemci, yargıcın bir tarafa yaklaşmadan davayı çözemeyeceği inancında ise, nesnel olarak yansızlık yoktur. İsterse yargıç öznel olarak kınanamaz olsun (Piersack, (Belçika) kararı, 1.10.1982). Bunun adı da, "öznel (bireysel) yansızlık" ya da "kişisellikten arınmışlık ilkesi"dir; adalet terazisindeki tartının değışmezliğini ve "yasa her-

kes için eşit uygulanır” ilkesini yaşama geçirir.

Demek oluyor ki, bir mahkeme, aslında yansız olsa dahi, bu görüntüyü vermediği takdirde, A.İ. Hakları Mahkemesinin kararlarına göre, yansızlığını yitirmekte ve adil yargılanma hakkını çiğnemiş olmaktadır. Bu nedenle yargıç, hüküm kurarken taraflar üstü (super partes) olmaya özen göstermek, kendi inançlarına, ideolojilerine, ulusal duygularına karşı da bağımsız olmak ve nesnel mantıkla düşünmek zorundadır.

Sayın Mahkeme, yukarıdaki gerekçeyle söz konusu bağımsızlık ve nesnel ve öznel yansızlık görüntüsüne uzak düşmüştür. Çünkü, yerel Mahkemenin sanık yazarın Atatürk'ün 'Nutuk'undan esinlendiği belli ise de, 'Nutuk'ta geçen "soylu/asil damardaki kan" sözlerini mecazi anlamından soyutlayarak "soyucu/ırkçı/rasist/etnisi" anlayışa indirgemesi onaylanamaz bir durumdur; Atatürk'e ve Atatürkçü ulusçuluk görüşüne de haksızlıktır. Çünkü, Atatürk, o değişleriyle geleceğin Türk çocuklarına yalnızca kendilerine güvenmelerini salık vermiş, asla soyucu/ırkçı bir ulusçuluk anlayışını aşılacak istememiştir. Böyle bir gerekçe, Atatürkçülüğü dar bir anlayışa mahkûm etmek demektir. İşte sanık yazar da Atatürk'ün bu anlayışından esinlenerek Ermenilerin kendilerine güvenmelerini salık vermektedir.

.....

Sayın Mahkeme kararında korunan değeri yanlış yorumlamış ve eşitlik ilkesini çiğnemiştir: "Eğer soy (ırk) ve kültür esaslarına dayalı bir koruma getirmek amaçlanırsa, o zaman ülkede bulunan bütün soy ve kültürlerin aynı biçimde korunması, Anayasada yer

alan 'eşitlik ilkesi'nin de bir gereğidir. Tersî yaklaşım, 'etnisi' (etnik, S.S.) ya da 'ırkçı' olarak nitelendirilmeye mahkûmdur. Ceza yasaları bir ülkede bulunan herkesi muhatap alır, yani herkes aynı biçimde (eşit olarak) bu kurallara uymak zorundadır. Bu yükümlülüğün yanı sıra ceza yasaları ülkede bulunan herkesi de aynı biçimde korumak zorundadırlar. Baskıcı ve ayrıcalıkçı olmayan ceza yasalarının bu bilinçle kaleme alınmaları ve bu bilinçle yorumlanmaları gerekir. Tersî durumunda toplumdaki çatışmaları önlemek adına var olan yasalar bu çatışmaların kışkırtıcısı durumuna gelirler" (Doç. Dr. Türkkan Yalçın Sancar, Türklüğü, Cumhuriyeti, Meclisi Hükümeti, Adliyyeyi, Bakanlıkları, Devletin Askeri ve Emniyet Muhafaza Kuvvetlerini Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları (TCK, M. 159/1), Ankara, 2004, s. 86)

Gerçekten yasalar ve bu arada özellikle ceza yasaları, toplumdaki çatışmaları önlemek için yapılırlar. Varlık nedenleri budur.

Üzülerek belirtiyim ki, Sayın Yerel Mahkemenin kararıyla bilim adamımızın yukarıdaki öngörülerini gerçekleştirmiş; korunan değer iyi algılanmadığından ve ırkçı bir yaklaşımla kavrandığından verilen hüküm ve gerekçesi, Türk Ceza Yasasını toplumdaki çatışmaları önleme amacından/işlevinden ve varlık nedeninden uzaklaştırdığı gibi geleceğin çatışmalarına zemin olabilecek bir boyut kazandırmış; ayrıca özgürlükçü ceza hukukunu ayrıcalıkçı bir suç/ceza hukuku anlayışına kaydırmıştır.

.....

Özetlemek gerekirse, Kurucusu ile birlikte Türk Ulusunu soyucu/ırkçı bir ulusçuluk anlayışını benimsemiş gösteren, Türkiye Cumhuriyetini soy-

cu/ırkçı bir temele dayandıran, Türk Ceza Yasasını çağ gerisi ayrıcalıklı bir hukuk anlayışına yaslandıran ve bu durumuyla Anayasanın 10. ve Türk Ceza Yasasının 3/2. maddelerine ters düşen bu kararın, kesin hükme dönüşmesine ve geleceğin adalet tarihi arşivinde yer almasına izin verilemez. Verilmemelidir. Yüce Yargıtay bu duruma el koymalı, kararı kesinlikle bozmalıdır.

.....

Özgür anlatım ve eleştiri hakkı ilkeleri açısından konuya yaklaşırsak, görürüz ki, özgür anlatım ilkesi, demokrasinin vazgeçilemez ögesidir ve değerlidir. Bu "ilke, sınırlamalar söz konusu olduğu zaman (bu sınırlamalar için) gerekçe bulmayı zorlar ve daha önemli olan genel özgürlük kavramına gönderme yapılarak bu ilke iptal edilemez ve yok sayılamaz" (Frederick Shaur, (M. B. Seçilmişoğlu), İfade özgürlüğü, Ankara, 2002, s. 12, 13, 237, 238.)

Görülüyor ki, demokratik bir toplumda, kamu yararı ölçütüyle özgür anlatım ilkesinden ve dolayısıyla eleştiri hakkından kolaylıkla vazgeçilemez.

Özellikle Avrupa Birliğinin kapısında bekleyen Türkiye, özgür anlatım ilkesi gereğince, çetin bir hukuk sınavından geçmektedir. İnsanları özgürleştiren bir hukuk anlayışını uygulamaya yansıtamamış bir Türkiye, bu sınavda elbette başarılı olamaz. O yüzden herkesin bu konuda üstlenmesi gereken ödevler vardır ve bu ödevler Türkiye'yi bu sınavda başarılı kılmak doğrultusunda olmak gerekir.

.....

Unutulmamalıdır ki, AİHM, tıpkı Yargıtay, Danıştay, Anayasa Mahkemesi ya da herhangi bir Türk mahkemesi gibi, bizim mahkemelerimizden biridir.

Ona yapılan bir başvuru, yabancı bir mahkemeye değil, bizim içimizdeki bir mahkemeye yapılan bir başvuru gibidir. Mahkeme, başa gelen bir olayın ya da işlemin salt hukuk karşısında değerlendirilmesini yapmaktadır. Bu bir saptama işlemidir. Verdiği kararı icra edecek hiçbir yaptırım gücü yoktur. Kuşkusuz Mahkemenin bu saptama kararına uymamak, sadece ülkenin saygınlığı ve hukukun üstünlüğü ilkeleleriyle ilgili bir durumdur. Ülkesinin saygınlığını düşünenler, bu kararlara uymak gereğini elbette duyacaklardır. Bu nedenlerle hukuk uygulamacıları bu kararları iyi algılamak ve yorumlarında gözetmek zorundadırlar.

AİHM, çoğulculuk, hoşgörü, görüş açıklığı, görüşleri açıklama öğelerini demokratik toplumun vazgeçilmez kurucu öğeleri olarak nitelendirmekte ve bütün dünya için minimum ölçütleri ortaya koymaktadır. Türkiye eğer demokrasiye geçmek istiyorsa, bu ölçütleri gözetmek ve uygulamaya geçirmek zorundadır.

AİHM, eleştirel görüşlerin sert (Ceylan/Türkiye, 8.7.1999) saldırgan (Şener Türkiye 18.7.2000), düşmanca (Polat-Türkiye 8.7.1999) kaleme alınabileceklerini; herkesçe hoşgörülen sıradan görüşlerin yanı sıra toplumu sarsan, rahatsız eden düşüncelerin de anlatım özgürlüğü içinde değerlendirilmek gerektiğini, aslında düşünceleri açıklama özgürlüğünün bu tür görüşler için olduğunu, bu özgürlüğün yalnızca kişisel değil toplumsal bir hak ve öğrenme, başkalarını bilgilendirme özgürlüklerinin de kaynağı olduğundan ve yönetime katılmayı sağladığından çoğulcu demokrasinin temel, başat ögesi bulunduğunu sürekli biçimde yineleyerek vurgulamıştır (Handysi-

## Yargıtay Kararları

de/İngiltere, 7.12.1976, Sunday Times/İngiltere, 26.4.1979, Licens/Avusturya, 8.7.1986, Oberschick/Avusturya, 23.5.1991, İncal/Türkiye, 9.6.1998, Türkiye Birleşik Komünist Partisi 30.1.1998 Thoma/Lüksemburg, 29.3.2001)

Kamuya mal olmuş kimselerin “yolsuzluklara bulaştıkları” (Dalban/Romanya, 28.9.1999) rüşvetçi oldukları (Thoma/Lüksemburg, 29.3.2001), bu arada bir bakan hakkında geçmişte faşist olduğu (Felddek/Slovakya, 12.7.2001) yolunda yayınlar yapılabileceğine Mahkemece karar verilmiştir.....

Zorunlu askerlik hizmetini yapan kişinin komutanına gönderdiği hakaret içeren mektupdan dolayı orduya (silahlı kuvvetlere) hakaret suçundan hüküm giymesi düşünce özgürlüğünü ihlal olarak benimsenmiştir.(Grigoriades/Yunanistan, 25.11.1997)....

Profil Dergisinin basımcısı Peter Michael Licens, “oportünizmin en aşağı ahlaksızlık, onursuzluk, vahşilik, siyasi ahlaktan yoksunluk” sözcüklerini kullanarak Avusturya Başbakanı Kreisky’yi aşağılamış ve Avusturya mahkemelerince hüküm giymişti. Yukarıdaki ilkelerden yola çıkan AİHM, düşünceyi açıklama özgürlüğünün demokrasinin temel taşı birey ve toplumun gelişmesi için zorunlu bulunduğunu, yalnızca sakıncasız görüşleri değil, inciltici, kaygı verici olan görüşleri ve haberleri de içerdiğini, çoğulculuk, hoşgörü, açık görüşlülüğün, dolayısıyla basın özgürlüğünün demokratik toplumun yüreği ve toplumun sadık bekçisi olduğunu vurgulayarak ihlal bulunduğuna karar vermiştir. (8.7.1986)

.....

AİH Mahkemesi, düşünce özgürlüğünün demokratik toplumun temellerinden biri ve sıradan haber ve görüşlerden çok toplumlara sarsıcı, kaygılandırıcı görüşler için olduğunu (tıpkısı Lehideux ve Isorni/Fransa, 23.9.1998, Nilsen ve Johnsen/Norveç) demokratik toplumun vazgeçemeyeceği değerlerden biri olan basın özgürlüğünün de kısırtma dahil abartılı dozda haber ve değerlendirmeler içerebileceğini (tıpkısı, Thorgeir Thorgeirson/İzlanda, 25.6.1992) faşist değerlendirmesinin bir değer yargısı olup kanıtlanamayacağını, bunu içeren bir değerlendirmenin ise yayımlanmasının düşünceyi açıklama özgürlüğüne aykırı olmadığını belirtmiştir (26.2.2002)

Ayrıca Avrupa İnsan Hakları mahkemesi, şu noktaya sürekli vurgulamak gereğini duymuştur. Düşünceyi açıklama özgürlüğüyle ilgili sınırlamalar dar yorumlanmalıdır. (Castells/İspanya 23.4.1992, Berger,s.468-471; Thorgeir Thorgeirson/İzlanda, 25.6.1992, Pettiti-Beaux-Imbert, s. 68, 80, 81, 342, 402, 410, 411, 412, 415, 416, 540)

Sonuç olarak, Sayın Yerel Mahkemenin bu kararının, AİHM önünde ülkemizi mahcup durumuna düşürmesi güçlü bir olasılıktır. Zira Sayın Mahkemenin ölçütleri ve değerlendirmeleriyle AİH Mahkemesinin ölçütleri ve değerlendirmeleri arasında büyük bir uçurum olduğunu, yukarıdaki kararların objektif mantıkla değerlendirilmeleri kolaylıkla ortaya koymaktadır. Yukarıda sergilediğimiz görüşler, zaman zaman Yüksek Yargıtay tarafından da desteklenmişlerdir.

.....

TC Yasasının 159. maddesinde öngörülen suçun edilgin öznesi (mağdu-

ru) tüzel kişiliği olan devlettir. Çünkü, değerlerin sahibi de, taşıyıcısı (hamil) da devlettir. Zarar gören ile mağdur nitelikleri devlette örtüşmüşlerdir. Türk Ulusu ve maddede sayılan kurum ve kuruluşların çoğu tüzel kişiliği haiz bulunmadığına, korunan değerlerin sahipleri değil, konuları olduklarına göre, olaydan doğrudan zarar görmeyen, değerlerin sahibi bulunmayan kimi yurtaşların davaya katılan (müdahil) olarak kabulü hukuka aykırıdır. Katılma gerekçesine karşın, bu kez bir derneğin katılma isteğinin reddine karar verilmesi ise bir iç çelişkidir. Sayın Mahkemenin mantığına göre, eğer Türk Ulusu ve Türkler aşağılanmış iseler, davada yargılama yapan yargıçlar dahil, her Türk yurttaşının davaya katılması gerekmez miydi? Eğer mağdur, zarar gören kavramları böyle algılanırsa, bu sorunun sorulması doğaldır. Demek, yanlışlık, korunan değeri ve sahibini algılamakta duraksayan Sayın Mahkemenin katılma kararındadır.

Eylemin Türklüğü aşağılama mı yoksa tam tersine kendi ulusuna bir eleştiri mi olduğu konusunda duraksama yaşanmıştır. Sanık yazarın eyleminin Türklüğe yönelik olup olmadığı konusunda iki görüşün ortaya çıkması ve alaya ilişkin durumun en azından kuşku bulunması karşısında Sayın Mahkemenin “kuşkudan sanık yararlanır” (indubio pro reo), “kuşku varsa sanık yararına olan seçenek yeğlenir” (in dubio mitius) ve “kuşku varsa özgürlükten yana olunur” (in dubio pro libertate) ilkeleri gereği karar vermesi gerekirdi.

.....

Görüldüğü üzere Sayın Yerel Mahkeme, suç hukukunun temel ilkelerine, kavramlarına yeterince eğilmeden ye-

tersiz gerekçe ve eksik değerlendirmelerle ve toptancı bir anlayışla karar vermiştir. Yeri gelmişken belirtirim ki, Napoli İstinaf Mahkemesi 15.1.1987 tarihli ünlü bir kararında yine ünlü bir deyişe yer vermiştir: “Adalet toptancı anlayış ve yöntemle dağıtılmaz.” (Giustizia penale, 1988, II, n. 1)

Denilmektedir.

Bu görüşler kişisel olarak yıllar yılı söylediklerimizin ve imzamız taşıyan kararlara ısrarla yansıttığımız düşüncelerimizin tekrarı ve bir başka tarzda ifadesidir. Bunlar eksiksiz doğrulardır. Bu doğrular toplumun ve bireyin yararınadır. Bunlar, ayırım gözetilmeden her tür ifade için geçerlidir. Artık Türkiye, değişen, gelişen ve kişi ile özgürlüklerini haklar kavramının odak noktası olarak benimseyip koruyan bir dünyada yer aldığını kavramak zorundadır. İçine kapanmak ve düşünceleri sınırlayıp söylemleri kısıtlamakla hiçbir değerini koruyamayacağını, suskun kalanla değil, konuşan, karşı çıkan ve eleştiren toplumla uygarlığı yakalayacağını asla unutmamalıdır. Ceza korkusuyla hiçbir düşüncenin söylenmesinin engellenemeyeceğini, aksine denetlenemez zeminlerde dillenmelerine ve yeşermelerine neden olunacağını, her fikrin ancak karşıtının varlığıyla ve onu kabul edilmezliğe itişiyile değer ve yandaş kazanacağını bilmelidir.

Yasaklamaların nice yanlış ve değersiz düşünce ve görüşleri ve o görüşlerin sahiplerini hiçte hak etmediği düzeyde şöhrete ulaştırdığını artık herkesin kavraması ve ona göre duruş sergilemesi zarureti vardır.

Bu görüşler ve hukuki tahlil ışığında;

## Yargıtay Kararları

Yazar F (H) D'in suçlamaya konu yazı dizisiyle 765 sayılı TCY.nın 159/1. maddesinde yazılı "Türklüğü tahkir ve tezyif suçunun" işlenmiş sayılamayacağını yazı bütünlüğü yerine 8 nci sayıda ki tek cümlelerin alınarak ve bütünden soyutlanıp eksik yorumlanarak kastın belirlenmesinin ceza hukuku adına kabul edilemez olduğunu, gerek ulusal ve gerekse onaylanmış uluslararası normlarla benimsenen ve ifade özgürlüğünün hukuka uygunluk ölçüsünü ve "olmazsa olmazını" oluşturan eleştiri hakkının gözetilmemesi ve özellikle AİHM kararlarının yok sayılması suretiyle mahkumiyet hükmü kurulmasının süreklilik kazanmış Yargıtay CGK. içtihatlarıyla da çeliştiğini, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nda çoğunluk oyuyla işbu kamu davasında ulaşılan sonucun ifade özgürlüğünün kapsamını tayin yönünden Türk Ceza yargısının bakış açısı olarak asla nazara alınmaması icap ettiğini ifadeyle, Yerel Mahkemenin mahkumiyet hükmünü, suçun sübutunu isabetli gören Yargıtay 9. Ceza Dairesi kararını ve suç öğelerinin oluşmadığı ve sanığın beraati gerektiği savıyla Yargıtay C.Başsavcılığınca yapılan itirazı reddeden Ceza Genel Kurulu çoğunluğunun hükme dönüşen düşüncesini paylaşmıyoruz.

Gerekçeleriyle,

Çoğunluk görüşüne katılmayan Kurul Üyesi H. Y A; Sanık F (H) D, Türkçe ve Ermenice olarak yayın yapmakta olan, yaklaşık beşbin tirajlı haftalık siyasi ve aktüel A Gazetesinin genel yayın yönetmeni ve köşe yazarıdır. Gazetenin onuncu sayfasındaki Ş isimli köşede "Ermeni kimliği üzerine" üst başlıklı yazı dizisi kapsamında;

- 7.11.2003 tarihli "Kuşaklara Dair",

- 14.11.2003 tarihli "Kilisenin Rolü",

- 5.12.2003 tarihli "Kaç Vartan'ın Çocukları",

- 19.12.2003 tarihli "Pratik Kimliğin Teorisi",

- 26.12.2003 tarihli "Batı: Cennet ve Cehennem",

- 23.1.2004 tarihli "Ermeninin Türk'ü",

- 30.1.2004 tarihli "Türk'ten Kurtulmak",

- 13.2.2004 tarihli "Ermenistan'la Tanışmak",

başlıklı sekiz yazı yayınlanmıştır.

Sanık İlk beş yazısında, Ermeni kimliğinin içeriğinin hangi değerlerle doldurulması gerektiğini sormakta, dağınıklık ve kilisenin rolünü sorgulamakta ve diasporanın rolüne değinmektedir.

İtirazda da isabetle belirtildiği üzere;

Altıncı yazısında "...Ermeni kimliğinin bugünkü yapısını şekillendiren ve Ermeni kimliğinde bir tür kanserojen tümör işlevi gören asıl etkenin Türk olgusu olduğunu, Ermeni'nin ve Türk'ün asırlardır süren birbirleriyle ilişkilerinde çok iyi ve çok kötü kimlik donanımlarının bulunduğunu, yaşanan birlikliğin çok derin olması nedeniyle iki tarafın da bu nedenle ihanet tanımlamasını kullandıklarını, bugün Türklerin paranoyalarıyla, Ermenilerin ise travmalarıyla iki klinik vaka durumunda olduklarını, Türklerin 1915'e bakışlarında empatik bir yaklaşıma girmedikçe Ermeni kimliğinin sancılı kıvranışının devam edeceğini, sonuçta Türk'ün Ermeni kimliğinin hem zehiri hem de panzehiri olduğunu, asıl önemli olanın

ise Ermeni'nin kimliğindeki bu Türk'ten kurtulup kurtulamayacağı olduğunu”;

Yedinci yazısında “Ermeni kimliğinin Türk'ten azat olmasının görünür iki yolunun bulunduğunu ve bunlardan ilkinin Türkiye'nin Ermeni ulusuna karşı empatik bir tutum içine girmesi ve Ermenilerin acısını paylaştığını belli edecek anlayış sergilemesi olduğunu., bu tutumun zamanla Türk unsurunu Ermeni kimliğinden uzaklaştıracağını, ancak bunun şimdilik gerçekleşmesinin zor bir olasılık olduğunu; ikinci olasılığın ise bizzat Ermeni'nin Türk'ün etkisini kendi kimliğinden atması olduğunu, bu ikinci olasılığın gerçekleşebilirliği yönünden tercih edilmesi gerektiğini, 1915 olayını dünya ve Türkiye nasıl nitelerse nitelesin Ermeni Ulusunun vicdanındaki tanımlamanın değişmeyeceğini, bunu kabul edip etmemenin insanın vicdan sorunu olduğunu. Ermeni kimliğinin sağlığını Fransız'ın, Alman'ın Amerikalı'nın ille de Türk'ün soykırımı kabul etmesine bağlamak düşüncesinin terk edilmesi gerektiğini ve Türk'ü Ermeni kimliğindeki bu etkin rolünden ötelemenin zamanının gelip geçtiğini, kimliksel dinginliğini Türk'e baskı uygulamaya ve soykırımı kabul ettirmeye ayıran Ermeni dünyasının, kendi acısını sırtlayarak zaman kaybına gitmeden kimliğinin uyanışını ertelemesinin gerektiğini, Ermeni dünyasının kendisini Türk'ten kurtardığında, kimliğinde bir boşluk yaşayacağı ve Ermeni Diasporasının kimliksel çözünürlüğünün hız kazanacağını sanmanın aldatici olduğunu, artık Ermeni dünyasının geleceğini minik ülkenin gelecekteki refah ve mutluluğuna endekslemesi ve Türk'le uğraşmayarak Türk'ten kurtulması, bunun yerini de gayri Er-

menistan'la uğraşmanın alması gerektiğini”;

Dizinin son yazısı olan sekizinci yazısında ise “ Türk'ten boşalacak o zehirli kanın yerini dolduracak temiz kan, Ermeni'nin Ermenistanla kuracağı asil damarında mevcuttur. Yeter ki bu mevcudiyetin farkında olunsun” diyen sanık, “burada asıl sorumlğunun ise Diasporada değil Ermenistan hükümetinde olduğunu vurgulamakta, ancak bağımsızlık dönemine bakılırsa Ermenistan'ın bu sorumluluğun bilincine henüz varamadığını, Ermenistan ve Diaspora ilişkilerinde Ermenistan merkezli bir kurumlaşmaya gidilemediğini, oysa Ermenistan'ın şimdiye kadar güçlü bir Diaspora Bakanlığı kurması gerektiğini, böylece dünyaya dağılan tüm Ermenilerin kucaklanabileceğini, ancak Diasporaya Ermenistan layık olmasına rağmen henüz Ermenistan yönetiminin layık olmadığını, Ermenistan'ın Diasporalı Ermeniyle kuracağı ilişkinin Ermeni kimliğinin oluşmasına etkisinin çok büyük olacağını, bunun aynı zamanda büyük bir moral okul niteliğinde de olacağını Diasporalı gence ne türlü eğitim verilirse verilsin o gencin Ermenistan'ı ziyaretinin daha önemli olduğunu, bunu da denemenin pahalı olmadığını gencin Ermenistan'ı ziyaretleriyle kimliğin nasıl damardan absorbe edildiğinin görüleceğini, çünkü o kimliğin ona damardan şıngalandığını, Ermeni kimliğinin doğrudan Ermenistan'dan edinilecek cümleler ve kazanımlarla zenginleşeceğini, bunun sak-sıda yetiştirilmeye çalışılan narın bir bitkinin kendi toprağı, kendi suyu ve kendi güneşiyle tanışmasına benzetilebileceğini” ifade etmektedir.

Sekiz sayı süren yazıdan herbirinin son tümcesi, bir sonraki yazının

ilk tümcesi olarak devam etmekte; bir bakıma bir büyük yazı sekiz parçaya bölünerek dizi yazısı yapıldığı görülmektedir.

Açılan kamu davası ise 13.2.2004 tarihli "Ermenistan'la tanışmak" başlıklı son yazı ve bu yazının da "Türkten boşalacak o zehirli kanın yerini dolduracak temiz kan, Ermeni'nin Ermenistan'la kuracağı asil damarında mevcuttur." tümcesi nedeniyledir.

Yerel mahkeme de anılan yazıdan ötürü mahkûmiyet kararı verdiğini "Mahkememizce suç kastı sanık H D tarafından 13.2.2004 günlü A Gazetesinde Ermeni kimliği üzerine Ermenistan'la Tanışmak başlıklı yazısı dikkate alınarak belirlenmiştir." gerekçesiyle açıklamakta ve "hüküm fıkrasında" aynı yazının yine anılan tümcesinin suç olduğunu belirtmektedir.

Sekiz sayı süren bir dizi yazısının tümüyle dikkate alınması şöyle dursun, son yazının dahi bütününün dikkate alınmaması Yargıtay'ın süreklilik kazanmış uygulamasına ters düşmektedir.

Oysa, olayın değerlendirilmesi yapıpırken yazının bütünlüğünün bozulmasına (CGK. 25.1.1993, 8/299-10) özen gösterilip sözcüklere olumsuz anlamları açısından bakılmaması (CGK. 24.4.1989, 9/63-165) gerekmektedir.

Dosyaya sunulmuş olan "F D Kararına İlişkin Hukuksal Görüş" te de belirtildiği üzere;

"...Sanık yazar, Türk'ten boşalacak zehirli kan'dan söz etmiyor. "O" zehirli kan'dan söz ediyor. O zaman kullanılan bu üçüncü tekil "o" sıfatının neyi anlattığını saptamak gerekir. Bu sıfatın çağrıştırdığı olay ise şudur: 1915 olaylarının Türkiye tarafından bir soykırım

olarak algılanmamasının Ermenilerde yarattığı ve onların kimliğini aşındıran, çözen ve tüketen koşullanma, bir önyargı ve ruh sağlıklarını etkileyen bir saplantı haline dönüşmesi. Bu önyargı, koşullanma, kanserojen öğe, saplantı, yazara göre Türk kavramının algılanış biçiminden kaynaklanmakta ve bir zehirli kana dönüşmektedir.

"Görülüyor ki, buradaki zehirli kan, mahkemenin algıladığı gibi "Türk'ün zehirli kanı" değil, Türk karşısında oluşan önyargı, saplantı, koşullanmadır. Eğer, Ermeniler, kendi yaratıkları bu zehirden kendilerini arındırabilirlerse gerçek kimliklerine kavuşacaklardır. Bunu da başka yerde aramaya gerek yoktur. Çünkü o kan esasen sanık yazara göre, "Ermeni'nin Ermenistanla kuracağı asil damarında mevcuttur." Buna ulaşmanın yolu da bellidir: "Türk'le uğraşmamak- Ermeni kimliğinin yeni cümlelerini arayacağı yeni alan ise artık hazırdır. Gayri Ermenistan'la uğraşmak."

Bu çıkarsamadan da anlaşılacaktır ki, sanık yazarın eğretilmesine göre, Ermenilerin yarattıkları önyargı/saplantı/koşullanma zehirli bir kan olarak anlatılmaktadır. Bu anlatım, mahkemece ve genel kurul çoğunluğunca eğretilmeden ayrılarak sözcüğe gerçek anlam verilmiş ve o üçüncü tekil kişi sıfatından soyutlanarak Türk ulusunun kanının zehirli olduğu değerlendirilmesi yapılmıştır.

Hukuksal değerlendirme yapıldığında 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 159. maddesinde korunan değer, devletin ve ulusun öz değerleridir. Bunlardan Türklük kavramından amaçlananın Türklerin insani, ahlaki, dinsel ve ulusal eğilimleri, inançları, ulusal dili, tarihi, gelenekleri, duygula-

rı ve ulusu oluşturan tüm dinsel değerleridir. (Bkz. Abdullah Polat Gözübüyük: Türk Ceza Kanunu Açıklaması, C.1-2 3. baskı, Ankara, tarihsiz, S.620; Askeri Yargıtay Daireler Kurulu, 8.4.1999, 60/73; Yargıtay 1, C.D., 25.6.1969, 1665/1980, 17.3.1970, 494/808)

Yukarıdan açıklamaya çalıştığım üzere sanığın yazısı esasen suç olmadığı gibi, korunan hukuksal değerlerden Türklük kavramına da yönelik değildir.

Öte yandan “Hukuksal Görüş”te de ifade edildiği üzere, TCK.nun 159. maddesinde öngörülen suçun mağduru, tüzel kişiliği olan devlettir. Zarar gören ile mağdur nitelikleri devlette örtüşmektedir. Türk Ulusu, korunan hukuksal değerlerin konusu olduğuna göre, olaydan doğrudan zarar görmeyen kişilerin davaya müdahil olarak katılmalarına karar verilerek bir bakıma baskıdan uzak yargılama kuralı zedelenmiştir. Kaldı ki, Türkler aşağılanmış ise, dava yargıcının da potansiyel olarak ve teknik anlamda davaya katılması olasılığının mevcut olacağı dikkate alındığında sanığın bakışıyla mahkemenin görünümü de olması gereken tarafsız mahkeme ilkesini örseleyici nitelik almaktadır.

Gerekçedeki “Her ülkenin kendine göre değerleri vardır. Öyle ülkeler vardır, bayrağından şort yaparsın hoş görülür. Öyle ülkeler vardır, ineğine dokunursun, infial yaratır. Öyle millet var ki, kan dedin mi ecdatlarının (doğrusu ecdat) akittiği oluk oluk şehit kanı gelir. Öyle millet vardır ki, kan dedin mi akla bu toprakların her santiminde bulunan ecdat kanı gelir. Bu toprağın her karesi kanla sulanmıştır.” ibaresi ve devam eden gerekçe yargıcın duyguları yönünden kuşkusuz ki olumludur. Ne

var ki, yargıcın duygularından arınması gerekliliğinin zorunluluğu karşısında, tarafsızlık bağlamında, değerlendirmeye gereksinim bulunmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Soiravia de Carvalho-Portekiz davasında (22 Nisan 1994 Seri A No.286-B, S.38, paragraf 38) “tarafsızlığın belirlenmesi için, belli bir yargıcın sözü konusu davadaki kişisel kanaatine dayalı öznel bir test uygulanması ve bir de nesnel test uygulanarak yargıcın bu bağlamda hiçbir meşru şüpheye yer bırakmayacak yeterlilikte güvenceler sağlayıp sağlamadığının değerlendirilmesi gerektiği” belirtilmiştir. (Gilles Dutertre: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarından Alıntılar-Avrupa Konseyi Yayını, 2005, 2.224.)

Mahkemenin görünümü yönünden de Coeme ve Diğerleri-Belçika davasında ifade edildiği üzere (22 Haziran 2000, Başvuru No:32492/96, Paragraf/21) “Bu bağlamda ... görünüm bile belli bir öneme sahip olabilir. Söz konusu olan, demokratik bir toplumda halka yansıtılması gereken mahkemelere karşı güven duygusudur ve her şeyden önce, ceza davaları söz konusu olduğunda, bu güven duygusunun sanığa da yansıtılması gerekir.” (Gilles Dutertre, age, S.225)

Davaya katılmaları olanaksız olanların katılmalarının sağlanması, gerekçedeki duygusal değerlendirme ve bu bağlamda Atatürk’ün sözlerine ırkçı çağrışımlı anlam yüklemek mahkemenin görünümünü ve yargıcın tarafsızlığını tartışılır duruma getirmiştir. Yargıç, davanın taraflarına karşı onların leh ve aleyhlerinde bir duyguya sahip olmamalıdır. (Feyyaz Gölcüklü: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde “Adil Yargılanma” , AÜSBF Dergisi, 1994, C.49,

No:1-2, S. 211-212 den aktaran Dr. Sibel Inceoğlu: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılama Hakkı, İstanbul, 2002, S.182)

Kuşkusuz ki bu görünüm ve ilkelere, davanın başlangıcından itibaren tüm aşamalarda geçerli olup, bu dava bağlamında ifade edilecek olursa, değerlendirme yapılırken tarihsel yaklaşım ve yerindelik denetimi yerine de hukuksal yaklaşım ve denetim dikkate alınmalıdır.

Mahkemenin düşünce özgürlüğünün sınırsız olmadığını gerekçesine alması doğrudur. Ancak, "her şeyin bir sınırı vardır. Bu sınırlama bazen yasayla, bazen de ahlak kurallarıyla olur. Aşağılayıcı, incitici nitelikte ifade özgürlüğü söz konusu olmaz. Buna hiçbir hukuk düzeni izin vermez. Her ülkenin kendine göre değerleri vardır." gerekçesi ise tartışmaya açıktır. Hukuksal yaptırım altına alınmayan bir söylemi ahlak kurallarıyla sınırlandırmaya kalkışmak herhalde mümkün olmasa gerek!

Diğer yandan, ifadenin aşağılayıcı olup olmadığı değerlendirmesi yapılırken özgürlükçü yaklaşımın yasaklamasının-sınırlamanın dar olarak yorumlanması gerekmektedir. Evrensel hukuk anlayışının bu yönde olduğu da unutulmamalıdır. Avrupa İnsan Hakları mahkemesince toplumu sarsan, rahatsız eden, şok ifadelerin çoğulcu demokrasinin temeli olduğuna ilişkin yerleşik içtihadının yanı sıra (Handyside/İngiltere, 7.12.1976; Sunday Times/İngiltere, 26.4.1979; Türkiye Birleşik Komünist Partisi, 30.1.1998 vb.) Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 3.7.2001 gün ve 9/132-155 sayılı kararındaki "ifade özgürlüğü sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenilmeye değer görülen haber ve düşünceler için

değil, devletin veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, onları rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır. Bu demokratik toplum düzeninin ve çoğulculuğun gereğidir. Eleştiri de kaynağını bu özgürlükten alır, eleştirinin doğasından kaynaklanan sertlik suç oluşturmaz, eleştiri övgü olmadığına göre, sert, kırıcı ve incitici olması da doğaldır." içtihadı da evrensel gelişmeye koşut bir karardır.

Sanığın bir dizi halinde yazdığı yazılardaki söylemi, ifade tarzı gerçekten rahatsız edici olmakla birlikte bu çerikteki bir söylem TCK'nin 159. m. anlamında suç değildir. Öte yandan sanık, resmi kabullere göre düşünmediği için cezalandırılmalıdır biçimindeki görüş de doğru olmamalıdır. "ifade özgürlüğü çoğunluk gibi düşünmeme, kurulu düzeni sorgulama, hatta eleştirme hakkını da kapsar. Dahası, sarsıcı nitelik taşıyan, toplumun çoğunluğunu kızdıran ve tartışmaya yönelten fikirler de ifade özgürlüğünün korunması altındadır." (8. CD. 22.6.2004, 2003/2930, 2004/5686)

Çoğunluk gibi düşünmeme, çoğulculuğun/demokrasinin gereğidir; Yenilenin, yendiği tek yarış olan tartışmaya (Cemil Meriç: Bu Ülke, İstanbul, 1993, S.281) ve eleştirmeye olanak sağlanmalıdır. Tartışma tek doğru anlayışının yadsınmasıdır. İsaiah Berlin'e göre "Adalet, ilerleme, gelecek nesillerin mutluluğa veya bir ulusun, ırkın yada sınıfın kurtuluşu veya kutsal misyonu, hatta toplumun özgürlüğü için bireylerin feda edilmesini isteyen özgürlüğün kendisi gibi büyük tarihi ideallerin mabetlerinde insanların boğazlanmasından tek bir inanç sorumludur. Bu inanç, bir yerlerde, geçmişte ya da gelecekte, kutsal vahiyde ya da bir düşünürün zihninde, tarihin ya da bilimin açıklamalarında ya da bozulmamış iyi

bir insanın sade yüreğinde, nihai tek bir çözümün olduğu inancıdır.” (Zühtü Arslan: İfade Özgürlüğünün Sınırlarını Yeniden Düşünmek: “Açık ve Mevcut Tehlike” nin Tehlikeleri”, Liberal Düşünce, Sayı:24, 2001, S.15-16, dipnot:6)

Düşünce ve bu bağlamda eleştiri özgürlüğünün ulaştığı evrensel anlayışa değinmeksizin daha 1943 yılında Amerikan Yüksek Mahkemesinin “Anayasal takım yıldızı içinde, eğer sabit bir yıldız varsa o da, hiçbir resmi makamın politikada, milliyetçilikte, dinde ya da düşünce ile ilgili herhangi bir alandan tek doğrunun ne olacağını buyurma yetkisine sahip olmadığıdır.” (Bakır Çağlar: Anayasa Mahkemesi Kararlarında Demokrasi-Sentetik Bir Deneme İçin Notlar, Anayasa Yargısı, Sayı:7, Ankara, 1990, S.83-84) gerekçesini anımsatmak gerekmektedir.

Sarığın yazdığı bir dizi yazı ve mahkûmiyet kararına konu yazı bir bütün olarak ele alınmadan ve bu yazıdaki bir cümle gerçek anlamından so-

yulup, soyutlamaya gidilmek suretiyle mahkûmiyetine karar verilmesi yerleşik uygulamaya uygun düşmemektedir. Rahatsız edici, incitici bir söylemle yüklü olduğuna kuşku bulunmayan yazı gerçekten bu içeriktedir ... Hepsi bu kadar! 765 sayılı Türk Ceza Yasasının 159. maddesiyle bir ilgisi bulunmamaktadır. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itiraznamesinin kabulü gerektiği düşüncesinde olduğumdan çoğunluğun görüşüne katılmamaktayım.

Görüşüyle,

Diğer dört Kurul Üyesi ise Yargıtay C. Başsavcılığı itiraznamesinde belirtilen gerekçelerle,

İtirazın kabulü yönünde oy kullanmışlardır.

**SONUÇ :** Açıklanan nedenlerle,

1-Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının REDDİNE,

2-Dosyanın, mahkemesine gönderilmek üzere, Yargıtay C. Başsavcılığına tevdiine, 11.07.2006

## ÇEŞİTLİ KANUNLARDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA İLİŞKİN KANUN

Kanun No. 5560

Kabul Tarihi : 6/12/2006

**MADDE 1-** 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 61 inci maddesine sekizinci fıkrasından sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiş ve diğer fıkra numaraları buna göre teselsül ettirilmiştir.

“(9) Adli para cezasının seçimlik ceza olarak öngörüldüğü suçlarda bu cezaya ilişkin gün biriminin alt sınırı, o suç tanımındaki hapis cezasının alt sınırından az; üst sınırı da, hapis cezasının üst sınırından fazla olamaz.”

**MADDE 2-** 5237 sayılı Kanunun 73 üncü maddesinin başlığında yer alan “uzlaşma” ibaresi metinden çıkarılmıştır.

**MADDE 3-** 5237 sayılı Kanunun 80 inci maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“(1) Zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak veya esarete tâbi kılmak ya da vücut organlarının verilmesini sağlamak maksadıyla tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek su-

retiyile kişileri ülkeye sokan, ülke dışına çıkararak, tedarik eden, kaçıran, bir yerden başka bir yere götüren veya sevk eden ya da barındıran kimseye sekiz yıldan oniki yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezası verilir.”

**MADDE 4-** 5237 sayılı Kanunun 87 nci maddesinin üçüncü fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“(3) Kasten yaralamanın vücutta kemik kırılmasına veya çıkığına neden olması halinde, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, kırık veya çıkığın hayat fonksiyonlarındaki etkisine göre, yarısına kadar artırılır.”

**MADDE 5-** 5237 sayılı Kanunun 89 uncu maddesinin beşinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“(5) Taksirle yaralama suçunun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlıdır. Ancak, birinci fıkraya kapsamına giren yaralama hariç, suçun bilinçli taksirle işlenmesi halinde şikâyet aranmaz.”

**MADDE 6-** 5237 sayılı Kanunun 142 nci maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“(4) Hırsızlık suçunun işlenmesi amacıyla konut dokunulmazlığının ihlâli veya mala zarar verme suçunun işlenmesi halinde, bu suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi için şikâyet aranmaz.”

**MADDE 7-** 5237 sayılı Kanunun 191 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“MADDE 191- (1) Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi, bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Bu suçtan dolayı açılan davada mahkeme, birinci fıkraya göre hüküm vermeden önce uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi hakkında, tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine; kullanmamakla birlikte, kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi hakkında, denetimli serbestlik tedbirine karar verebilir.

(3) Hakkında tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine karar verilen kişi, belirlenen kurumda uygulanan tedavinin ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranmakla yükümlüdür. Hakkında denetimli serbestlik tedbirine hükmedilen kişiye rehberlik edecek bir uzman görevlendirilir. Bu uzman, güvenlik tedbirinin uygulama süresince, kişiyi uyuşturucu veya uyarıcı maddenin kullanımının etki ve sonuçları hakkında bilgilendirir, kişiye sorumluluk bilincinin gelişmesine yönelik olarak öğütte bulunur ve yol gösterir; kişinin gelişimi ve davranışları hakkın-

da üçer aylık sürelerle rapor düzenleyerek hâkime verir.

(4) Tedavi süresince devam eden denetimli serbestlik tedbirine, tedavinin sona erdiği tarihten itibaren bir yıl süreyle devam olunur. Denetimli serbestlik tedbirinin uygulanma süresinin uzatılmasına karar verilebilir. Ancak, bu durumda süre üç yıldan fazla olamaz.

(5) Tedavinin ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranan kişi hakkında açılmış olan davanın düşmesine karar verilir. Aksi takdirde, davaya devam olunarak hüküm verilir.

(6) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi, hakkında kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmaktan dolayı cezaya hükmedildikten sonra da iki ilâ dördüncü fıkralar hükümlerine göre tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine tâbi tutulabilir. Bu durumda, hükmolunan cezanın infazı ertelenir. Ancak, bunun için kişi hakkında bu suç nedeniyle önceden tedavi ve denetimli serbestlik tedbirine karar verilmemiş olması gerekir.

(7) Kişinin mahkûm olduğu ceza, tedavinin ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranması halinde, infaz edilmiş sayılır; aksi takdirde, derhal infaz edilir.”

**MADDE 8-** 5237 sayılı Kanunun 221 inci maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“(6) Kişi hakkında, bu madde-  
deki etkin pişmanlık hükümleri  
birden fazla uygulanmaz.”

## **Kanunlardaki Değişiklikler**

**MADDE 9-** 5237 sayılı Kanunun 227 nci maddesinin sekizinci fıkrasında yer alan “tedavi veya terapiye tâbi tutulur.” ibaresi “tedaviye veya psikolojik terapiye tâbi tutulabilir.” olarak değiştirilmiştir.

**MADDE 10-** 5237 sayılı Kanunun 234 üncü maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“(3) Kanunî temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında evi terk eden çocuğu, rızasıyla da olsa, ailesini veya yetkili makamları durumdan haberdar etmeksizin yanında tutan kişi, şikâyet üzerine, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

**MADDE 11-** 5237 sayılı Kanunun 245 inci maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“(5) Birinci fıkra kapsamına giren fiillerle ilgili olarak bu Kanunun malvarlığına karşı suçlara ilişkin etkin pişmanlık hükümleri uygulanır.”

**MADDE 12-** 4/11/2004 tarihli ve 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanununun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan “alt ve üst sınırları veya bunlardan birinin gösterildiği veya hiç gösterilmediği veya sabit bir rakam olarak” ibaresi madde metninden çıkarılmıştır.

**MADDE 13-** 5252 sayılı Kanunun 5 inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “birinci fıkrada belirtilen kanunlarda alt ve üst sınırlarından birisi veya bunlardan her ikisi gösterilmemiş olmakla birlikte,” ibaresi madde metninden çıkarılmıştır.

**MADDE 14-** 5252 sayılı Kanunun 6 ncı maddesinin ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“(2) 1 Haziran 2005 tarihinden önce yürürlüğe girmiş kanunlarda;

a) Ağır hapis iken, birinci fıkra uyarınca hapse dönüştürülen cezalar, kanunlarında aksine bir hüküm yoksa alt sınır bir yıl, üst sınır yirmidört yıl olarak,

b) Hapis cezalarında kanunlarında aksine bir hüküm yoksa alt sınır bir ay, üst sınır beş yıl olarak, uygulanır.”

**MADDE 15-** 5252 sayılı Kanunun geçici 1 inci maddesinde yer alan “31 Aralık 2006” ibaresi “31 Aralık 2008” olarak değiştirilmiştir.

**MADDE 16-** 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 6 ncı maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“MADDE 6- (1) Duruşmada suçun hukukî niteliğinin değiştiğinden bahisle görevsizlik kararı verilerek dosya alt dereceli mahkemeye gönderilemez.”

**MADDE 17-** 5271 sayılı Kanunun 100 üncü maddesinin üçüncü fıkrasının (a) bendine, (2) ve (5) numaralı alt bentlerinden sonra gelmek üzere, sırasıyla aşağıdaki alt bentler eklenmiş ve diğer alt bent numaraları buna göre teselsül ettirilmiştir.

“3. Silahla işlenmiş kasten yaralama (madde 86, fıkra 3, bent e) ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama (madde 87),”

“7. Hırsızlık (madde 141, 142) ve yağma (madde 148, 149),”

**MADDE 18-** 5271 sayılı Kanunun 102 nci maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“(1) Ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen işlerde tutukluluk süresi en çok bir yıldır. Ancak bu süre, zorunlu hallerde gerekçeleri gösterilerek altı ay daha uzatılabilir.”

**MADDE 19-** 5271 sayılı Kanunun 109 uncu maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“(7) Kanunlarda öngörülen tutukluluk sürelerinin dolması nedeniyle salıverilenler hakkında birinci fıkradaki süre koşulu aranmaksızın adli kontrole ilişkin hükümler uygulanabilir.”

**MADDE 20-** 5271 sayılı Kanunun 146 ncı maddesinin başlığı “Zorla getirme” şeklinde; birinci, dördüncü ve beşinci fıkraları aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“(1) Hakkında tutuklama kararı verilmesi veya yakalama emri düzenlenmesi için yeterli nedenler bulunan veya 145 inci maddeye göre çağrıldığı halde gelmeyen şüpheli veya sanığın zorla getirilmesine karar verilebilir.”

“(4) Zorla getirme kararı ile çağrılan şüpheli veya sanık derhal, olanak bulunmadığında yol süresi hariç en geç yirmidört saat içinde çağırılan hâkimin, mahkemenin veya Cumhuriyet savcısının önüne götürülür ve sorguya çekilir veya ifadesi alınır.

(5) Zorla getirme, bunun için haklı görülecek bir zamanda başlar ve hâkim, mahkeme veya Cumhu-

riyet savcısı tarafından, sorguya çekilmenin veya ifade almanın sonuna kadar devam eder.”

“(7) Çağrıya rağmen gelmeyen tanık, bilirkişi, mağdur ve şikâyetçi ile ilgili olarak da zorla getirme kararı verilebilir.”

**MADDE 21-** 5271 sayılı Kanunun 150 nci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“MADDE 150- (1) Şüpheli veya sanıktan kendisine bir müdafii seçmesi istenir. Şüpheli veya sanık, müdafii seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse, istemi halinde bir müdafii görevlendirilir.

(2) Müdafii bulunmayan şüpheli veya sanık; çocuk, kendisini savunamayacak derecede malul veya sağır ve dilsiz ise, istemi aranmaksızın bir müdafii görevlendirilir.

(3) Alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada ikinci fıkra hükmü uygulanır.

(4) Zorunlu müdafilikle ilgili diğer hususlar, Türkiye Barolar Birliğinin görüşü alınarak çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.”

**MADDE 22-** 5271 sayılı Kanunun 171 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“MADDE 171- (1) 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.

## Kanunlardaki Değişiklikler

(2) 253 üncü maddenin ondokuzuncu fıkrası hükümleri saklı kalmak üzere, Cumhuriyet savcısı, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olup, üst sınırı bir yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı, yeterli şüphenin varlığına rağmen, kamu davasının açılmasının beş yıl süreyle ertelenmesine karar verebilir. Suçtan zarar gören, bu karara 173 üncü madde hükümlerine göre itiraz edebilir.

(3) Kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilebilmesi için, uzlaşmaya ilişkin hükümler saklı kalmak üzere;

a) Şüphelinin daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezası ile mahkûm olmamış bulunması,

b) Yapılan soruşturmanın, kamu davası açılmasının ertelenmesi halinde şüphelinin suç işlemekten çekineceği kanaatini vermesi,

c) Kamu davası açılmasının ertelenmesinin, şüpheli ve toplum açısından kamu davası açılmasından daha yararlı olması,

d) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi, koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerekir.

(4) Erteleme süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmediği takdirde, kovuşturmaya yer olmadığına karar verilir. Erteleme süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmesi halinde kamu davası açılır. Erteleme süresince zamanaşımı işlemez.

(5) Kamu davasının açılmasının ertelenmesine ilişkin kararlar,

bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir.”

**MADDE 23-** 5271 sayılı Kanunun 231 inci maddesinin başlığı “Hükmün açıklanması ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması” şeklinde değiştirilmiş ve maddeye aşağıdaki fıkralar eklenmiştir.

“(5) Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, bir yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder.

(6) Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için;

a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması,

b) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,

c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi, gerekir.

(7) Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde,

mahkûm olunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilemez.

(8) Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tâbi tutulur. Bu süre içinde bir yıldan fazla olmamak üzere mahkemenin belirleyeceği süreyle, sanığın denetimli serbestlik tedbiri olarak;

a) Bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine,

b) Bir meslek veya sanat sahibi olması halinde, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına,

c) Belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine, karar verilebilir. Denetim süresi içinde dava zamanaşımı durur.

(9) Altıncı fıkranın (c) bendinde belirtilen koşulu derhal yerine getiremediği takdirde; sanık hakkında mağdura veya kamuya verdiği zararları denetim süresince aylık taksitler halinde ödemek suretiyle tamamen gidermesi koşuluyla da hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilir.

(10) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakı-

lan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir.

(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.

(12) Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir.

(13) Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir.

(14) Bu maddenin hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümleri, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlarla ilgili olarak uygulanabilir.”

**MADDE 24-** 5271 sayılı Kanunun 253 üncü maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“MADDE 253- (1) Aşağıdaki suçlarda, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören gerçek veya özel hukuk tüzel kişinin uzlaştırılması girişiminde bulunulur:

## Kanunlardaki Değişiklikler

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),

2. Taksirle yaralama (madde 89),

3. Konut dokunulmazlığının ihlali (madde 116),

4. Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması (madde 234),

5. Ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması (dördüncü fıkra hariç, madde 239),

suçları.

(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.

(3) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olsa bile, etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlar ile cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda, uzlaştırma yoluna gidilemez.

(4) Soruşturma konusu suçun uzlaşmaya tâbi 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 kanunî temsilcilerine yapılır. Cumhuriyet savcısı uzlaşma teklifini açıklamalı tebligat

veya istinabe yoluyla da yapabilir. Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar gören, kendisine uzlaşma teklifinde bulunulduktan itibaren üç gün içinde kararını bildirmediği takdirde, teklifi reddetmiş sayılır.

(5) Uzlaşma teklifinde bulunulması halinde, kişiye uzlaşmanın mahiyeti ve uzlaşmayı kabul veya reddetmesinin hukukî sonuçları anlatılır.

(6) Resmî 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 kanunî temsilcisine ulaşılamaması halinde, uzlaştırma yoluna gidilmeksizin soruşturma sonuçlandırılır.

(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.

(9) Şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görenin uzlaşma teklifini kabul etmesi halinde, Cumhuriyet savcısı uzlaştırmayı kendisi gerçekleştirebileceği gibi, uzlaştırma olarak avukat görevlendirilmesini barodan isteyebilir veya hukuk öğrenimi görmüş kişiler ara-

sından uzlaştırmacı görevlendirebilir.

(10) Bu Kanunda belirlenen hâkimin davaya bakamayacağı hal-ler ile reddi sebepleri, uzlaştırmacı görevlendirilmesi ile ilgili olarak göz önünde bulundurulur.

(11) Görevlendirilen uzlaştırmacıya soruşturma dosyasında yer alan ve Cumhuriyet savcısınca uygun görülen belgelerin birer örneği verilir. Cumhuriyet savcısı uzlaştırmacıya, soruşturmanın gizliliği ilkesine uygun davranmakla yükümlü olduğunu hatırlatır.

(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.

(13) Uzlaştırma müzakereleri gizli olarak yürütülür. Uzlaştırma müzakerelerine şüpheli, mağdur, suçtan zarar gören, kanunî temsilci, müdafî ve vekil katılabilir. Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar görenin kendisi veya kanunî temsilcisi ya da vekilinin müzakerelere katılmaktan imtina etmesi halinde, uzlaşmayı kabul etmemiş sayılır.

(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 gerçek-

leşmesi halinde, tarafların imzalarını da içeren raporda, ne suretle uzlaşıldığı ayrıntılı olarak açıklanır.

(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.

(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.

(18) Uzlaşmanın sonuçsuz kalması halinde tekrar uzlaştırma yoluna gidilemez.

(19) Uzlaşma sonucunda şüphelinin edimini defaten yerine getirmesi halinde, hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, taksidde bağlanması veya süreklilik arz etmesi halinde, 171 inci maddedeki şartlar aranmaksızın, şüpheli hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilir. Erteleme süresince zamanaşımı işlemez. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararından sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, 171 inci maddenin dördüncü fıkrasındaki şart aranmaksızın, kamu davası açılır. Uzlaşmanın sağlanması halinde, soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılmaz; açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılır. Şüphelinin,

## **Kanunlardaki Değişiklikler**

edimini yerine getirmemesi halinde uzlaşma raporu veya belgesi, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 38 inci maddesinde yazılı ilam mahiyetini haiz belgelerden sayılır.

(20) Uzlaştırma müzakereleri sırasında yapılan açıklamalar, herhangi bir soruşturma ve kovuşturmada ya da davada delil olarak kullanılamaz.

(21) Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar görenden birine ilk uzlaşma teklifinde bulunulduğu tarihten itibaren, uzlaştırma girişiminin sonuçsuz kaldığı ve en geç, uzlaştırmanın raporunu düzenleyerek Cumhuriyet savcısına verdiği tarihe kadar dava zaman aşımı ile kovuşturma koşulu olan dava süresi işlemez.

(22) Uzlaştırmacıya Cumhuriyet savcısı tarafından çalışma ve masraflarıyla orantılı bir ücret takdir edilerek ödenir. Uzlaştırmacı ücreti ve diğer uzlaştırma giderleri, yargılama giderlerinden sayılır. Uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde bu giderler Devlet Hazinesi tarafından karşılanır.

(23) Uzlaşma sonucunda verilecek kararlarla ilgili olarak bu Kanunda öngörülen kanun yollarına başvurulabilir.

(24) Uzlaştırmının uygulanmasına ilişkin hususlar, yönetmelikle düzenlenir.”

**MADDE 25-** 5271 sayılı Kanunun 254 üncü maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“MADDE 254- (1) Kamu davası açıldıktan sonra kovuşturma konusu suçun uzlaşma kapsamında

olduğunun anlaşılması halinde, uzlaştırma işlemleri 253 üncü maddede belirtilen esas ve usüle göre, mahkeme tarafından yapılır.

(2) Uzlaşma gerçekleştiği takdirde, mahkeme, uzlaşma sonucunda sanığın edimini defaten yerine getirmesi halinde, davanın düşmesine karar verir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, taksidde bağlanması veya süreklilik arzetmesi halinde; sanık hakkında, 231 inci maddedeki şartlar aranmaksızın, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilir. Geri bırakma süresince zamanaşımı işlemez. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildikten sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmesi halinde, mahkeme tarafından, 231 inci maddenin onbirinci fıkrasındaki şartlar aranmaksızın, hüküm açıklanır.”

**MADDE 26-** 5271 sayılı Kanunun 309 uncu maddesinin birinci fıkrası ile 310 uncu maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “Adalet Bakanı” ibaresi, “Adalet Bakanlığı” olarak değiştirilmiştir.

**MADDE 27-** 5271 sayılı Kanunun 325 inci maddesinin ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“(2) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve cezanın ertelenmesi hallerinde de birinci fıkraya hükmü uygulanır.”

**MADDE 28-** 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 107 nci maddesinin be-

şinci fıkrasındaki “onsekiz” ibaresi, “onbeş” olarak değiştirilmiştir.

**MADDE 29-** 23/3/2005 tarihli ve 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 8 inci maddesinin birinci fıkrasının sonuna aşağıdaki cümle eklenmiştir.

“Yargıtay ceza daireleri ile Ceza Genel Kurulu kararlarındaki yazıma ilişkin maddi hataların düzeltilmesi için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, ilgili ceza dairesi veya Ceza Genel Kuruluna başvurabilir.”

**MADDE 30-** 5320 sayılı Kanunun 13 üncü maddesi başlığı ile birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Müdafî ve vekil ücreti

**MADDE 13-** (1) Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince soruşturma ve kovuşturma makamlarının istemi üzerine baro tarafından görevlendirilen müdafî ve vekile, avukatlık ücret tarifesinden ayrı olarak, Türkiye Barolar Birliğinin görüşü de alınarak Adalet ve Maliye bakanlıkları tarafından birlikte tespit edilecek ücret, Adalet Bakanlığı bütçesinde bu amaçla yer alan ödenekten ödenir. Bu ücret, yargılama giderlerinden sayılır.

(2) Bu madde uyarınca yapılacak ödeme ve uygulamaya ilişkin usûl ve esaslar Türkiye Barolar Birliğinin görüşü de alınmak suretiyle Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.”

**MADDE 31-** 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 3 üncü maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“MADDE 3- (1) Bu Kanunun;

a) İdarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde,

b) Diğer genel hükümleri, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında, uygulanır.”

**MADDE 32-** 5326 sayılı Kanunun 17 nci maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkraları aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“(3) 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (I), (II) ve (II-I) sayılı cetvellerde yer alan kamu idareleri tarafından verilen idarî para cezalarının ilgili kanunlarında 1/6/2005 tarihinden sonra belirlenen oranın dışındaki kısmı ile Cumhuriyet başsavcılıkları ve mahkemeler tarafından verilen idarî para cezaları Genel Bütçeye gelir kaydedilir. Sosyal güvenlik kurumları ile mahalli idareler tarafından verilen idarî para cezaları kendi bütçelerine gelir kaydedilir. Diğer kamu kurum ve kuruluşları tarafından verilen idarî para cezaları ise, ilgili kanunlarındaki hükümler saklı kalmak kaydıyla, Genel Bütçeye gelir kaydedilir. Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının verdiği para cezaları, kendi kanunlarındaki hükümlere tâbidir. Kişinin ekonomik durumunun müsait olmaması halinde, idarî para cezasının, ilk taksitinin peşin ödenmesi koşuluyla, bir yıl içinde ve dört eşit taksit halinde ödenmesine karar verilebilir. Taksitlerin zama-

## Kanunlardaki Değişiklikler

nında ve tam olarak ödenmemesi halinde, idarî para cezasının kalan kısmının tamamı tahsil edilir.

(4) Genel Bütçeye gelir kaydedilmesi gereken idarî para cezalarına ilişkin kesinleşen kararlar, 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre tahsil edilmek üzere Maliye Bakanlığınca belirlenecek tahsil dairelerine gönderilir. Sosyal güvenlik kurumları ve mahalli idareler tarafından verilen idarî para cezaları, ilgili kanunlarında aksine hüküm bulunmadığı takdirde, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre kendileri tarafından tahsil olunur. Diğer kamu kurum ve kuruluşları tarafından verilen ve Genel Bütçeye gelir kaydedilmesi gerekmeyen idarî para cezaları, ilgili kanunlarında özel hüküm bulunmadığı takdirde genel hükümlere göre tahsil olunur.”

**MADDE 33-** 5326 sayılı Kanunun 20 nci maddesinin ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“(2) Soruşturma zamanaşımı süresi;

a) Yüzbin Türk Lirası veya daha fazla idarî para cezasını gerektiren kabahatlerde beş,

b) Ellibin Türk Lirası veya daha fazla idarî para cezasını gerektiren kabahatlerde dört,

c) Ellibin Türk Lirasından az idarî para cezasını gerektiren kabahatlerde üç, yoldur.”

**MADDE 34-** 5326 sayılı Kanunun 27 nci maddesinin beşinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir

ve maddeye aşağıdaki fıkralar eklenmiştir.

“(5) İdarî yaptırım kararının mahkeme tarafından verilmesi halinde, bu karara karşı ancak itiraz yoluna gidilebilir.

(6) Soruşturma konusu fiilin suç değil de kabahat oluşturduğu gerekçesiyle idarî yaptırım kararı verilmesi halinde; kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itiraz edildiği takdirde, idarî yaptırım kararına karşı başvuru da bu itiraz merciinde incelenir.

(7) Kovuşturma konusu fiilin suç değil de kabahat oluşturduğu gerekçesiyle idarî yaptırım kararı verilmesi halinde; fiilin suç oluşturulmaması nedeniyle verilen beraat kararına karşı kanun yoluna gidildiği takdirde, idarî yaptırım kararına karşı itiraz da bu kanun yolu merciinde incelenir.

(8) İdarî yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idarî yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması halinde; idarî yaptırım kararına ilişkin hukuka aykırılık iddiaları bu işlemin iptali talebiyle birlikte idarî yargı merciinde görülür.”

**MADDE 35-** 5326 sayılı Kanunun 28 inci maddesine sekizinci fıkradan sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiş ve diğer fıkra numarası buna göre teselsül ettirilmiştir.

“(9) İdarî para cezasının alt ve üst sınırının kanunda gösterildiği kabahatler dolayısıyla verilmiş idarî para cezasına karşı başvuruda bulunulması halinde, mahkeme idarî para cezasının miktarında de-

ğişiklik yaparak da başvurunun kabulüne karar verebilir.”

**MADDE 36-** 5326 sayılı Kanununun Geçici 1 inci maddesinde yer alan “Bu Kanunda” ibaresinden sonra gelmek üzere “ve 1 Haziran 2005 tarihinden sonra yürürlüğe giren diğer kanunlardaki idarî para cezaları ile ilgili olarak” ibaresi eklenmiştir.

**MADDE 37-** 25/5/2005 tarihli ve 5352 sayılı Adli Sicil Kanununun 8 inci maddesinin birinci fıkrasına “kaymakamlıklarca” ibaresinden sonra gelmek üzere “yurt dışında elçilik ve konsolosluklarca” ibaresi eklenmiştir.

**MADDE 38-** 5352 sayılı Kanununun 13 üncü maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki 13/A maddesi eklenmiştir.

“Yasaklanmış hakların geri verilmesi

**MADDE 13/A-** (1) 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu dışındaki kanunların belli bir suçtan dolayı veya belli bir cezaya mahkûmiyete bağladığı hak yoksunluklarının giderilebilmesi için, yasaklanmış hakların geri verilmesi yoluna gidilebilir. Bunun için; Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinin beşinci ve altıncı fıkraları saklı kalmak kaydıyla,

a) Mahkûm olunan cezanın infazının tamamlandığı tarihten itibaren üç yıllık bir sürenin geçmiş olması,

b) Kişinin bu süre zarfında yeni bir suç işlememiş olması ve hayatını iyi halli olarak sürdürdüğü hususunda mahkemede bir kanaat oluşması, gerekir.

(2) Mahkûm olunan cezanın infazına genel af veya etkin pişmanlık dışında başka bir hukukî nedenle son verilmiş olması halinde, yasaklanmış hakların geri verilmesi yoluna gidilebilmesi için, hükmün kesinleştiği tarihten itibaren beş yıl geçmesi gerekir. Ancak, bu süre kişinin mahkûm olduğu hapis cezasına üç yıl eklenmek suretiyle bulunacak süreden az olamaz.

(3) Yasaklanmış hakların geri verilmesi için, hükümlünün veya vekilinin talebi üzerine, hükmü veren mahkemenin veya hükümlünün ikametgâhının bulunduğu yerdeki aynı derecedeki mahkemenin karar vermesi gerekir.

(4) Mahkeme bu husustaki kararını, dosya üzerinde inceleme yaparak ya da Cumhuriyet savcısını ve hükümlüyü dinlemek suretiyle verebilir.

(5) Yasaklanmış hakların geri verilmesi talebi üzerine mahkemenin verdiği karara karşı, hükümle ilgili olarak Ceza Muhakemesi Kanununda öngörülen kanun yoluna başvurulabilir.

(6) Yasaklanmış hakların geri verilmesine ilişkin karar, kesinleşmesi halinde, adli sicil arşivine kaydedilir.

(7) Yasaklanmış hakların geri verilmesi yoluna başvurulması nedeniyle oluşan bütün masraflar hükümlü tarafından karşılanır.”

**MADDE 39-** 3/7/2005 tarihli ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun 19 uncu maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“MADDE 19- (1) Çocuğa yüklenen suçtan dolayı Ceza Muhake-

## **Kanunlardaki Değişiklikler**

mesi Kanunundaki koşulların varlığı halinde, kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilebilir. Ancak, bu kişiler açısından erteleme süresi üç yıldır.”

**MADDE 40-** 5395 sayılı Kanunun 23 üncü maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“MADDE 23- (1) Çocuğa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda, Ceza Muhakemesi Kanunundaki koşulların varlığı halinde, mahkemece hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Ancak, bu kişiler açısından denetim süresi üç yıldır.”

**MADDE 41-** 5395 sayılı Kanunun 24 üncü maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“MADDE 24- (1) Ceza Muhakemesi Kanununun uzlaşmaya ilişkin hükümleri suça sürüklenen çocuklar bakımından da uygulanır.”

**MADDE 42-** 3/7/2005 tarihli ve 5402 sayılı Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanununun 5 inci maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“(2) Denetimli serbestlik ve yardım merkezi şube müdürlüğü tarafından yapılan çağrılara veya hazırlanan denetim planına uyarıya rağmen uyulmaması, denetimli ser-

bestlik tedbirine ilişkin yükümlülük ihlali sayılır.”

**MADDE 43-** 5402 sayılı Kanunun 11 inci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“c) Kanunlarla öngörülen denetimli serbestlik tedbirine ilişkin görevleri yapmak.”

**MADDE 44-** 5402 sayılı Kanunun 14 üncü maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“(2) Kamu yararına çalışma yaptırımının infazında 17/7/1964 tarihli ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu hükümleri uygulanmaz.”

**MADDE 45-** 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Kanunun 73 üncü maddesinin sekizinci fıkrası ile 227 nci maddesinin üçüncü fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır.

**GEÇİCİ MADDE 1-** Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla hükme bağlanmış olmakla beraber henüz kesinleşmemiş olan dosyalarda, uzlaşma kapsamının genişlediğinden bahisle bozma kararı verilemez.

**MADDE 46-** Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

**MADDE 47-** Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

## CEZA YASALARINDA DEĞİŞİKLİK YAPAN YASANIN TBMM TUTANAKLARINDAN ALINTILAR...

Hazırlayan: Av. Celal Ülgen - Av. Coşkun Ongun

*Bu yasa ile Türk Ceza Kanunu'nda, Türk Ceza Kanununun Yürürlük Şekli Hakkındaki Kanunda, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlüğü Hakkında Kanun'da, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Kanununda, Kabahatler Hakkında Kanun'da, Adli Sicil Kanunu'nda, Çocukları Koruma Kanunu'nda, Denetimli Serbestlik Kanunu'nda, (9 yasada) değişiklik yapılmış bulunuyor. Bu satırların yazıldığı sırada yasa imza için Cumhurbaşkanlığına gönderilmişti. Bu süre içinde resmi gazetede yayımlanır mı, veto hakkı kullanılır mı bilinmemektedir. Ancak 5660 Sayılı yasa ile ilgili olarak hangi yasanın hangi maddesinde değişiklik yapıldığını bir çizelge ile vermekteyiz. Bunun yanında Aşağıda TBMM tutanaklarından bu yasanın tümü hakkındaki çeşitli görüşleri ve milletvekillerinin soruları ile bakanın yanıtlarını da bulacaksınız. Son bölümde ise yasa metnini değerlendirmelerini sunuyoruz.*

**SAVUNMA VE SANIK HAKLARININ KISITLMANDIĞI, ZORUNLU MÜDAFİLİĞİN DARALTILDIĞI, BAROLARIN KURUM-SAL OLARAK CMK SİSTEMİNDEN DIŞLANMAK İSTENHDİĞİ YENİ YASAYLA İLGİLİ TBMM TUTANAKLARINDAN YAPTIĞIMIZ AL.INTILARI OKURLARLA PAYLAŞMAK İSTEDİK.**

**CHP GRUBU ADINA ORHAN ERASLAN (Niğde)** – Sayın Başkan, Türkiye Büyük Millet Meclisinin değerli üyeleri; çeşitli kanunlarda değişiklik yapılmasına ilişkin, Yozgat Milletvekili Sayın Bekir Bozdağ ve arkadaşlarının vermiş olduğu kanun teklifinin tümü üzerinde Cumhuriyet Halk Partisi Grubu adına söz almış bulunuyorum; hepinizi saygıyla selamlarım.

Şimdi, değerli milletvekilleri, Parlamentomuz Anayasa'mızda belirtildiği şekilde yasa koyan bir kurumumuz. Sabahtan beri yaşananları düşünüyorum. Bugün Parlamento gündemiyle ilgili, İktidar Partisi elinden gelen her çabayı sarf etti, yani bir karar verip de şu yasa görüşeceğiz diyemedi. "Terör ve terörle mücadeleden doğan zararların karşılanmasıyla ilgili yasa

5560 SAYILI YASA İLE DEĞİŞİKLİK YAPILAN YASALAR VE MADDELER ÇİZELGESİ								
TCK	CMK	TCK YŞK	CGİK	CMK YŞK	Ad. SK	KHK	ÇKK	DSK
61/9	6	4	107	13	8/1	3	19	5
73	100	5/2			13	17	23	11
80	102	6				20	24	14
87/3	109	Geç 1				27/5		
89/5	146					28		
İ42/4	150					G. 1		
191	171							
221	231							
227	253							
234/3	254							
234/7	309							
245	310							
	325							

**KISALTMALAR:**

**TCK:** Türk Ceza Kanunu

**CMK:** Ceza Muhakemeleri Kanunu

**TCK YŞK:** Türk Ceza Kanunu Yürürlüğü Hakkında Kanun

**CGİK:** Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun

**CMK YŞK:** Ceza Muhakemeleri Kanunu Yürürlük Şekli Hakkında Kanun

**Ad. Sk.:** Adli Sicil Kanunu

**KHK:** Kabahatler Kanunu

**ÇKK:** Çocukları Koruma Kanunu

**DSK:** Denetimli Serbestlik Kanunu

tasarısı gelecek” denildi, “Yok, o gelmeyecek, çeşitli kanunlarda değişiklik gelecek” denildi. Hayır, o değil, öbürü; o değil, öbürü. Âdeta pinpon topu oynar gibi bu ana kadar geldik.

Şimdi, değerli milletvekilleri, bu tutum öncelikle milletvekillerine saygısızlıktır, Parlamenteoya saygısızlıktır, parlamenteoya inançsızlıktır. Kimse kusura bakmasın. Yani, burada, Genel Kurulda bir yasa görüştüyorsa, bunun üzerinde mil-

letvekilleri söz alıyorsa, buna katkı yapılabilme imkânı verilebilmek içindir. Milletvekillerinin görüşülen yasaya katkısını engellemeye dönük çalışmaları, doğrusu anlayabilmek mümkün değildir.

Değerli arkadaşlarım, şimdi, görüşmekte olduğumuz yasanın Parlamente'ye getiriliş tarzı da Anayasa'ya aykırıdır. Bir hakkın kötüye kullanılmasıdır. Şimdi, yasanın adı, Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi'dir. Çeşitli Kanunlarda... Dikkat edin, adı yok. Çeşitli Kanunlarda...

Şimdi, çeşitli kanunlarda değişiklik yapan bir yasa teklifi, İç Tüzük'ün 91. maddesine göre temel yasa olarak getiriliyor. Değerli arkadaşlar, bu hangi hukuk dalını düzenliyor?

**K. KEMAL ANADOL** (İzmir) – Temel'in yasası!

**ORHAN ERASLAN** (Devamla) – Hangi bütünlüğü var, temeli nerede? Nasıl temel yasa? Bu İç Tüzük'te 91. maddede temel kod sayılan, bir bütünlük arz eden ve bir hukuk alanını düzenleyen kodların bütünlüğünün bozulmaması için getirilen bir hakkın suiistimalidir. Yasanın gelişi hakkın suiistimalidir, İç Tüzük ihlalidir. Dolayısıyla, evvela yasanın görüşülür biçimi Anayasa'nın 88. maddesine aykırıdır. Bunu tespit etmek istiyorum.

**ZÜLFÜ DEMİRBAĞ** (Elazığ) – İç Tüzük'ü de yapan biziz, temeli de yapan biziz.

**ORHAN ERASLAN** (Devamla) – O zaman topyekûn oylayiverelim, hiç görüşmeyelim ne dersiniz?

**ZÜLFÜ DEMİRBAĞ** (Elazığ) – Memnun oluruz.

**K. KEMAL ANADOL** (İzmir) – AK Parti grubunda oylansın bunlar, Mecliste de değil.

**ORHAN ERASLAN** (Devamla) – Hatta Grup toplantınızda oylayın da TBMM bunun vebali altında kalmasın.

Değerli arkadaşlarım, şimdi, ceza yasaları ve ceza hükmü taşıyan yasalar özel yasalardır, diğerlerine göre daha titizlik ister. Böyle gece yarısı baskınlarıyla getirilecek yasalar değildir. Neden titizlik ister? Şundan titizlik ister: Ceza hükümlü yasalar, diğer yasalardan daha üstün olduğu anlamında değil, ama ceza hükümlü yasalar, insan hürriyetini engelleyen yasalardır. İyice düşünülmesi, katılımın doğru sağlanması, herkesin fikrine, fikir sahiplerinin fikrine değer verilmesi gerekir. Biz yaptık oldu, herkesin yerine de biz düşündük oldu mantığıyla yasa yaparsanız... Bakınız, 765 sayılı Türk Ceza Yasası değiştirilirken, yerine 5237 sayılı Türk Ceza Yasası getirilirken şu söylenmişti: Çok değişiklikler oldu, Yasa'nın bütünlüğü bozuldu.

Değerli arkadaşlar, 5237 sayılı Yasa henüz yürürlüğe gireli bir yıl oldu, bir yılı biraz geçti, dördüncü ya da beşinci değişikliğini yapıyoruz. Bu, neyi gösterir? Kuşkusuz, kutsal metinler değildir yasalar, ama merhum Hocamız Faruk Erem'i hatırlıyoruz. Sık değişen yasalar, iyi hazırlanmamış yasalardır. Bunlar, toplumda, hukuka güveni, hukuka bağlılığı zedeleyen etkiler bırakır sık değiştirilirse. Bu, bunu

yaşatıyor değerli arkadaşlar. Yeni, âlâyı valâyla Ceza Yasası yapıldı, bulunmaz, dünyada emsali yok, en kralını yaptık denildi, bir yıla varmadan, dördüncü, beşinci değişikliği yapılıyor. Yani, o değişiklikleri de, enteresan, tartışmaya açmamak için, madde madde görüştürmemek için burada değerli arkadaşlarım, temel yasa deniliyor. Çeşitli yasalardaki değişikliğin görüştürülmesi temel yasa deniliyor, madde madde görüştürmemek için. Yani, böyle bir anlayışın kabul edilebilir, doğru olabilir yanı var mı? Takdirlerinize bırakıyorum.

Şimdi, değerli arkadaşlarım, zamanında, Avrupa Birliği baskısı altında, Parlamentoyu terörize ederek, baskı altına alarak, Ceza Yasası, aman engellenmesin, işte, Avrupa Birliğinden takvim alınamazsa sorumlusu olunur falan filan baskısıyla, tartışılmadan burada birlikte çıkarttık, tartışılmadan, ama eksikliğini hem muhalefet şerhimizde hem de burada yaptığımız konuşmada açıkça belirterek. Şimdi, bunun ürünleri ortaya çıkıyor, eksiklikleri var. Burada, bu yeni... Aslında, Sayın Bekir Bozdağ'a mal edilen, ama bir tekliften ziyade Hükümet tasarısı olduğunu bildiğimiz yasa teklifinin 4 maddesi dışındakilerin yapılması gerekir, eksiklikler var, yapılması gerekir. Bunda bir mutabakat sağlayabilirdik. Ama İktidar Partisi, muhalefetle mutabakat arama yerine "Ben yaptım oldu, ben istersem yaparım." mantığıyla hareket ediyor. O zaman da, yapılan yasaların kusurlu olması bir yana, Anayasa Mahkemesinden, Sayın Cumhurbaşkanından

geri dönmeye başlıyor. Burada günlerce emek verdiğimiz Vakıflar Yasası'nın bugün veto edilerek döndüğünü herhalde biliyorsunuz.

**FİKRET BADAZLI** (Antalya) – Bazı maddeleri...

**ORHAN ERASLAN** (Devamla) – O bazı maddeleri Yasa'nın özünü oluşturuyor Sayın Badazlı. O bazı maddeler olmazsa, o Yasa olmaz.

Şimdi, değerli arkadaşlarım, bu teklif, daha önce, 652 maddelik bir yasa tasarısı olarak geldi, komisyonlarda görüşüldü. Baskın biçiminde görüşüldü komisyonlarda da. Yani, milletvekillerinin yeteri kadar üzerinde tefekkür edip, düşünüp, katkı sunduğu, paylaştığı, ortaklaştığı bir şey değildi. Buna biz muhalefet edince, bu defa 652 maddenin geçemeyeceği hesap edilerek, içinden 40 küsur madde seçilerek, Sayın Bozdağ ve arkadaşları tarafından bir teklifmiş gibi getirildi. Yasal anlamda bir engel midir? Hayır, değildir, ama aslında tasarısı olduğunu bildiğimiz tekliften kastettiğim, murat ettiğim şey budur.

Değerli arkadaşlarım, şimdi, burada, üç müessese getiriliyor. Bizim Ana Muhalefet Partisi olarak karşı çıktığımız, Anayasaya aykırı bulduğumuz üç müessese getiriliyor. Bu üç müessese getirilmese, bunun bir bölümü ihtiyaçtır, biz de biliyoruz ki, 31 Aralıktan önce bir bölümünün, yani üç madde dışında, üç kurum dışında -üç kurum dört maddede getiriliyor- diğerlerinde mutabakata ulaşabilme olanağımız vardır aslında, ama ne yazık ki, İktidar Partisi bu konudaki

ısrarını sürdürmüştür. Bu müesseseler nelerdir, bunlara değinmek istiyorum zamanımın yettiği kadar.

Değerli arkadaşlarım, bunlardan bir tanesi, Ceza Muhakemesi Yasası'nın 171. maddesinde değişiklik yapan 22. maddedir. Bu maddeye göre, cumhuriyet savcısına bir yetki veriyoruz, diyoruz ki "kamu davası açmayabilirsin sen bazı suçlarda." Yani, takibi şikâyetle bağlı olma şartı getiriliyor buna, işte, iki yıldan aşağı ceza alması gereken suçlar olarak getiriliyor. Yani ne olacak buna? Cumhuriyet savcısı isterse suçu sabit görecek, delilleri toplayacak, deliller suçun işlendiğini gösterecek, ama kamu davası açmayı erteleyebilecek. Değerli arkadaşlar, şimdi, ceza yasalarında temel prensip, suçla mücadele eden devlettir, suçla mücadele etmeyen devlet hukuk devleti değildir. Şimdi, suç işleniyor, bizim ceza muhakeme sistemimizde, şahsi dava yok, bir tek yolunuz var, şikâyet edeceksiniz, cumhuriyet savcısı dava açacak, kamu davası açacak. Yeterli delil elde edilmiş "ben şikâyetçiyim, şikâyetimde de ısrarcıyım..." Ama cumhuriyet savcısı, "Hayır, ben açmıyorum." diyebilecek. Arkadaşlar, bu, aynı suç için başkalarına dava açılması durumunda Anayasa'nın 10. maddesine, eşitlik ilkesine aykırı olduğu gibi, Anayasa'nın 36. maddesinde ifade edilen hak arama hürriyetini engelleyen bir şeydir. Çok açık söylüyorum: Bu hüküm Anayasa'ya aykırıdır. Yani, şahsi dava imkânının bulunmadığı bir sistemde -bu bizim sistemimiz- cumhuriyet sav-

cısına... Bu savcıya güvensizlikle bir ilgisi yok. Hangi mülahazalar altında olursa olsun, hak arama hürriyetini engellemektir bu. Yani, kendi gönlüyle, rızasıyla "Ben vazgeçmiyorum şikâyetimden." dediği sürece, bu maddeyle yaptığınız bu düzenlemeyle Anayasa'nın 36. maddesini, hak arama hürriyetini engellediğiniz gibi, 10. maddesinde çeşitli sanıklar arasında uygulama farklı... Çünkü bu ihtiyari bir şeydir. Cumhuriyet savcısı illa kamu davasının açılmasını erteleyecek ya da ertelemeyecek değildir; erteleye de bilir, ertelemeye de bilir; kimi sanıklar için erteler, kimi sanıklar için ertelemeyebilir. Bu, kanun önünde eşitlik ilkesine aykırıdır. Çünkü kanun önünde eşitlik demek, kanunun uygulanmasında eşitlik demektir. Bir kısım sanıklar için iddianameyle ceza istenebilecek, bir kısım sanıklar için ertelenebilecek. Hangi saik altında olursa olsun. Bu yönüyle de Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır.

Türkiye Cumhuriyeti Devleti hukuk devletidir. Bu nedenle, bu eşitsizlikler nedeniyle de, hukukun bu şekilde ayakaltına serilmesiyle de, Anayasa'nın 2. maddesine ve "Başlangıç" hükümlerine aykırıdır. Bunu buradan açıkça ifade ediyorum ve tutanağa geçirttiriyorum.

Değerli arkadaşlarım, ikinci nokta. Yine aynı çerçevede bu teklifin 23. maddesiyle CMK'nın 231'inde yapılan değişiklikle hükmün açıklanması erteleniyor. Bu nedir değerli arkadaşlarım? Kamu davası açılıyor. Suç sabit yahut da suç için kuvvetli emareler var. Bakın, bir şeyin daha altını çiziyorum:

Bu sistemde şahsi dava yok, yani savcı dava açmadı. "Kardeşim sen de git, şahsen hakkını ara" yok. O yok, o kapatılmış, onu almışız vatandaşın elinden. Şahsi dava sistemi yok.

Şimdi, bu 231. maddede yapılan değişiklikle de kamu davası için yeterli delil var. Savcı, gerekli görmüş, kamu davasını aşmış, cezalandırılınsın diye. Hâkim şunu diyebilecek: "Yani ben sana ceza veremeyeceğim, hükmü açıklamıyorum. Suçlusun; amma..." Beraat değil, dikkat edin. Beraat bir karardır, ortadan kaldırma bir karardır. "Hükmü açıklamıyorum" diyebilecek. Değerli arkadaşlar, bu, kabul edilebilir bir durum değil.

Şimdi, bir, Yasa'da yapılan bu değişiklikle hükmün açıklanmasının ertelenmesi, mutlak değildir, herkese şamil değildir, mecburi değildir, seçimlik haktır, ihtiyaridir. Hâkim takdir edecek, hâkimin takdirine bağlıdır. Dolayısıyla, bir kısım sanıklar için bu yöntemi kullanabilecek, hükmün açıklanmasını erteleyebilecek; bir kısım sanıklar için ertelemeyebilecek.

Şimdi, bu yönüyle, Anayasa'nın 10. maddesine açık aykırılık var. Niye? Çünkü kanunlar önünde eşitlik yok. Ne demiştik? Kanun önünde eşitlik, uygulamada eşitlik. Bir sanık için aynı suçtan ceza verilip hukuki sonuçları doğabilecek; bir başka sanık için ceza verilmeyecek, hüküm açıklanmayacak.

Şimdi, bunun, tecil müessesesiyle farkı var. Değerli arkadaşlarım, tecil müessesesinde mahkûmiyet veriliyor; sonuçları, cezanın

çekilmesi tecil ediliyor. Hukuki sonuçları var, mahkûmiyetin hukuki sonuçları var. Hükmün açıklanmasının ertelenmesinde mahkûmiyetin hukuki sonucu yok. Bu bakımdan karışıklık olmasın.

Şimdi, bu yönüyle Anayasa'nın 10. maddesine çok açık bir aykırılık var. Sadece bu kadar değil.

Değerli arkadaşlarım, Anayasa'mızın 9. maddesi -Anayasa elimde- açıyoruz, bakıyoruz: "Yargı yetkisi Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır." deniliyor. Yargı yetkisi, açıkça bağımsız mahkemelerden alınıyor. Yargı niye alınıyor? Yargı hükmü sonuçlandırır, hüküm olmayan yerde yargıdan söz etme imkânı yoktur. Bu sonuca nereden ulaşıyorum? Bu sonuca, Değerli arkadaşlarım, Anayasa'nın 141. maddesini açıyorum: "Duruşmaların açık ve kararların gerekçeli olması" çok açıktır, buna da aykırıdır. Çünkü hükmü açıklanmayınca duruşma açık olmuyor, karar gerekçeli olmuyor hükmü açıklanmayan yerde. Anayasa'nın 141. maddesine de çok açık bir aykırılık söz konusudur.

Şimdi, değerli arkadaşlar, bu madde de, hem Anayasa'nın 10. maddesine hem 36. maddesine hem 141. maddesine hem 9. maddesine hem 2. maddesine hem de başlangıcına aykırıdır. Bile bile -buradan uyarıyorum- Anayasaya aykırılığı bu kadar bariz bir yasayı çıkarmamalısınız, yüce Meclis buna izin vermemelidir.

Bir diğer nokta, değerli arkadaşlarım, uzlaşmayla ilgili bir düzenleme 24 ve 25. maddelerde.

Şimdi, bu ayrı bir yara. Zamanım ne kadar yeter, bilmiyorum. Şimdi, bir Anglosakson müessesese getirilip bizim hukukumuzda monte edilmek isteniyor. Uzlaşma olabilir mi ceza hukukunda? Olabilir, bu ayrı bir sistemdir; o, Anglosakson sistemidir; biz Kıta Avrupa sistemini kullanıyoruz. O sistemin bir unsurunu getirip buraya koyarsak bu doğru olmaz. Parası olana suçu satın alma olanağı verirsiniz, yani aynı suç işleyecek birisi, parası var, öbür tarafı razı edip vazgeçirebilecek, uzlaşabilecek; öbürünün yok, olmayacak. Bununla suçla mücadele edilmez değerli arkadaşlar, bu yasalarla. Bu yasalar, ceza mevzuatını, ceza hukukunu, usul hukukunu sulandıran yasalardır, sulandıran düzenlemelerdir. Yani, ceza mevzuatı, insan hürriyetini bu kadar yakından ilgilendiren mevzuat doktora tezlerinin konusu değildir, acemilerin uygulama alanı değildir; bir sistem vardır, bir bütünlük. Haa, şunu dersiniz ki: Biz, Anglosakson sistemine geçtik ve oturulur bir konuşulur, geçilir mi geçilmez mi, bu ayrı. Yani, onu buraya getirdik, bu da orada güzel duruyordu bizde niye durmasın; orada da oluyor bizde de olsun. Avrupa'nın, bilmem, filanca ülkesinde... Bu doğru değil arkadaşlar, her ülke, kendi sosyoekonomik koşulları içerisinde ve kendi sistemi içerisinde değerlendirilmelidir.

Eğer suç işleme özgürlüğünü parayla satın alma imkânını tanırsanız bu, ülkemizde çok vahim sonuçlara yol açar. Halk arasında bir deyim vardır, çok bilinen: "Zengin arabası dağdan aşar fakirinki

düz yolda şaşar" derler. İşte, bunu getirirseniz aynen bu olur.

(Mikrofon otomatik cihaz tarafından kapatıldı)

**BAŞKAN** – Buyurun efendim.

**ORHAN ERASLAN** (Devamla) – Kimilerine sırf parası olduğu için suç işleme özgürlüğü tanımış olursunuz, yani, razı ederek... Şimdi, ceza hukukunun temeli bir alışveriş değildir, bir rıza değildir. Ceza hukukunda devlet olarak diyorsunuz ki: "Sen hakkımı alma, sen ceza hukuku... Kamu düzenine ilişkin senin yerine ben varım" diyorsunuz. Burada, tutuyorsunuz, parası olana bir istisna tanıyorsunuz "sen suç işleme özgürlüğüne sahipsin, belli konularda" tabii, bu, tümü değil Ceza Kanunu'nun, ama belli konularda da olsa böyle bir başlangıcın yapılması, ceza muhakemesi hukukumuzda böyle bir müessesenin, kurumun sokulması, hem anayasal açıdan, Anayasa'nın 10. maddesi açısından büyük sakınca yaratır. Çünkü kanunun uygulanmasında eşitlik yoktur. Kanun önünde eşitlik uygulamada eşitlik demektir. Bu, ekonomik duruma göre şekillenebilen bir şeyde eşitlikten söz edebilme olanağı yoktur. Hem anayasal açıdan sakıncalıdır hem sosyal bakımdan sakıncalıdır hem ceza siyaseti bakımından sakıncalıdır.

Değerli arkadaşlarım, bu müesseseler, ceza hukukumuzda, ceza hukuk sistemimiz içerisinde, muhakeme hukuku sistemimiz içerisinde hiçbir surette alınmamalıdır. Dene-me mahiyetinde olamaz, en kötü öğrenme metodu sınaama yanılma

metodudur. Çok açık, hepimizin uymakla mükellef olduğumuz bir Anayasa'mız var. Anayasa'nın eksikliği olur, yükseği olur, bu başka. Anayasa değiştirilinceye kadar buna uymak durumundayız. Buna çok açık aykırılık teşkil eden hükümlerin yer almaması gerekir. Burada, Anayasa'ya aykırı olduğunu üç müessesenin ifade ediyor, sırası geldikçe bu konulara açıklama yapmaya devam edeceğim.

Hepinize saygılar sunuyorum.  
(CHP sıralarından alkışlar)

Tümü üzerinde, Anavatan Partisi Grubu adına, Malatya Milletvekili Sayın Süleyman Sarıbaş.

Buyurun efendim. (Anavatan Partisi sıralarından alkışlar)

\* \* \*

**ANAVATAN PARTİSİ GRUBU ADINA SÜLEYMAN SARIBAŞ** (Malatya) – Sayın Başkan, değerli milletvekili arkadaşlarım; görüşülmekte olan 1255 sıra sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapan Kanun Teklifi üzerinde Anavatan Partisi Grubu adına söz almış bulunuyorum. Yüce Heyetinizi saygıyla selamlıyorum.

Değerli arkadaşlar, bu “temel yasa” kavramı çıktığı günden bugüne kadar bu Mecliste çok tartışmalar oldu. Hangi yasa temel yasadır, hangi yasa temel yasa değildir, artık bir neticeye varmış olmamız lazım. Bu Yasa getirilirken, yani İç Tüzüğüümüzün 91. maddesi Genel Kurulda değiştirilirken, Hükümet tarafı, İktidar tarafı “efendim, bir sosyal alanı, bir hukuksal alanı, bir temel alanı baştanbaşa değiştiren yasalar, uzun yasalar. Dolayısıyla,

bunlar zaten yeteri kadar sivil toplumda, komisyonlarda tartışılıyor. Bu uzun yasaları -bin maddelik, beş yüz maddelik, üç yüz maddelik yasaları- tek tek madde olarak tartışmak çok zor olur. Bu Meclisin İç Tüzük kapsamını da geçirmek zor olur, bir ‘temel yasa’ kavramı getirilim” dendi. Ondan önce, biliyorsunuz, temel yasayı Anayasa Mahkememiz zaten iptal etmişti. “Kapsamlı yasa” dendi, olmadı, şimdi böyle bir mantık geliştirdi. Ancak, belki, haklı olsa bile, yani hakikaten bir alanı, Türk Ceza Kanunu alanını veyahut da işte Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu veya Medeni Kanunu veya Ticaret Kanunu, Borçlar Kanunu gibi bir temel alanı düzenleyen bir yasayı anladık, temel yasa olarak görüşelim. Ancak, Sayın Bakanım, Sayın Komisyon Başkanım, bu Yasa'nın neresi temel yasa? En az beş altı tane kanunda değişiklik yapan bir Yasa, bir torba Yasa.

Şimdi, böyle bir yasada aralara maddelerin... Biraz önce Sayın Orhan Eraslan'ın sıraladığı gibi, birçok da sakıncalar içeren, özüt itibarıyla hakikaten madde madde tartışılması gereken, birbiriyle ilgisi olmayan maddeler, birbiriyle bağlantısı olmayan maddeler. Yani, temel olarak, bölüm olarak aldığınızın da kendi içinde bir bütünlüğü olmayan maddeleri temel yasa olarak görüştüğümüz zaman, işte, böyle ne yaparız, Türk Ceza Kanunu'nu üç defa, beş defa görüşmek zorunda kalırız.

Evet, yeni ceza yasaları çıkarırken bir bütün olarak, mutlaka uygulamada çıkan sorunlar ortaya çı-

kacaktır, mutlaka yeniden revizyona tabi tutulduğu alanlar olacaktır, bu tabiidir. Ancak, burada bunları dahi görüşürken, şu maddeleri dahi görüşürken eğer tek tek irdelemezsek, sonuçta, biz, ceza yargılamasıyla ilgili, ceza kanunuyla ilgili insanlara sonuçta yaptırım hükmeden, yaptırım getiren yasaları görüşüyoruz. İşte, biraz önce Sayın Eraslan söyledi, hükmün açıklanmasının ertelenmesi; hepimiz hukukçuyuz, ilk defa yeni bir kavram. Şimdi, yargılamayı yapacak, muhakemeyi yapacak, delilleri toplayacak, hükmü açıklamıyorum diyecek. Nasıl?.. Bu yargılama, sonuçta neticeye varmamış bir yargılama olacak, bir başkası için de açıklayabilecek. Yani, bu kadar takdir yetkisini geniş tutmanın hukuksal alanda ne gibi sakıncalar getirip getirmediğini burada tartışmamız lazım. Yarın uygulamada bunun sıkıntuları ortaya çıkınca tekrar bunları değiştireceğiz. Uzlaşmayla ilgili alan da öyle. Ben, gerçi, uzlaşmaya taraftar olan bir insanım, çünkü hakikaten ceza davalarında birçok konuda, yıllar geçmiş, taraflar anlaşmış, barışmış, hiçbir problemleri yok, yargılama devam ediyor. Nedir, bir bilirkişi raporu alnamıyor veyahut da bir delil toplanamıyor, taraflar üç yıl sonra davaya çağrılıyor böyle bir davanız var diye; adamlar, ne davası diyorlar, hâlâ duruyor mu dava diye. Bu konularda da hakikaten yargının biraz daha hızlanması için... Çünkü geç tahakkuk eden adalet, adalet değil. Yargının da önünü açmamız lazım. Birçok davaları, hakikaten, araya bir kişi girse, Anadolu'da bir söz

var, aklı yeten bir kişi girse sulhla bitecek, çözümle bitecek, çözümle bitecek birçok davada mahkemelerimizi -sulh ceza mahkemelerimizi, asliye ceza mahkemelerimizi- hakikaten işgal eden meşgul eden durumda.

Uzlaşma fikrine karşıyım. Ancak, bu uzlaşmanın hangi alanlarda ne getirip ne götüreceğini de çok iyi tartışmamız lazım. Özellikle paraya tahvil eden konularda, parası olanların, rahatlıkla, ekonomik gücünü kullanarak mağduru bu hareketinden, şikâyetinden vazgeçirmeyi nüfuz olarak kullanması mümkün. Nüfuz kullanmak da mümkün. Garibanın da bu tür şeylerde "Hadi canım, o gariban, gitsin cezasını alsın." şeklinde adalette eşitliği zedeleyici, yani, hep bilinen, işte "Adalet fakirler içindir, zenginler adaletini kendi koyarlar." mantığının uygulamada yer bulacağı bir alanı da mutlaka sınırlarını iyi tayin edip ve kesinlikle toplumda adalet duygusunu zedeleyecek bir anlayışın dışında tutmamız lazım. Onun için ne yapmak lazım? Bu maddeleri birer birer, teker teker... Ki, mutlaka bürokrat arkadaşlarımız, mutlaka yargıçlarımız bu Ceza Yasa'mızın, yani 5237 sayılı Yasa'mızın, uygulamada iki yıla yakın bir süre geçti, bir buçuk yıllık bir süre geçti, bu dönemde mutlaka sakıncalarını Bakanlığınıza bildirdiler, bürokrat arkadaşlarımıza bildirdiler. Elbette onların uygulamada gördükleri sakıncaları ortadan kaldıracak, uygulama birliğini sağlayacak bir yapı kurmamız lazım ama bunu da sonuçta bu Mecliste tek tek tartışmamız lazım. Onlar

işin sosyal boyutundan ziyade teknik boyutuna mutlaka girecekler. Biz kanun yapımcılar mutlaka olayın sosyal boyutuna, adaleti zedeleme duygusu olup olmadığına da bakmak zorundayız.

O bakımdan, şimdi getirdiğiniz bu temel yasa, temel yasa kavramı içerisinde kabul etmemiz mümkün değil, sizin de kabul ettiğinizi sanmıyorum. Asla sanmıyorum. Siz, sadece bir oldubittiyle, bu yasa daha çabuk Meclisten nasıl geçiririz, nasıl milletvekili arkadaşlarımız bir an önce evlerine giderler veya tatillerine giderler, hemen bir an önce çıkartalım mantığı içerisinde yasa çıkartmanın topluma bir fayda sağlayacağını ve yasaların da tartışılmadan çıkmasının müzakereci demokrasiye aykırı olduğunu hepimizin bilmesi lazım.

Değerli arkadaşlar, biz, Anavatan Partisi olarak, bu teklifin birçok maddesine katıldığımız taraflar var, yani, hakikaten, teknik maddeler. Ancak, uygulamada, bugüne kadar, Ceza Yasa'mız, ben, yargıçlarla da... Bir buçuk yıllık dönemde bu Ceza Yasası uygulamasının büyük sorunlar ortaya getirdiği, yargılamada henüz içtihat mahkemelelerinde içtihatlar üretilmediği için de, içtihatlaşmaya, kurumsallaşmaya varmadığı için de, değişik yargıçlar elinde değişik yorumlanarak değişik neticelere gidildiği kanaatindeyim. İki üç yıl sonra, belki üç dört yıl sonra, daha tutarlı içtihatlaştıktan sonra, uygulama birliği sağlanacaktır diye düşünüyorum.

Ancak, Sayın Bakanım, hemen itiraf edeyim ki, çok şikâyet var, yargıçlardan çok şikâyet var, baro-

lardan çok şikâyet var. Özellikle, benim bildiğim kadarıyla, Barolar Birliği Başkanımız, bu müdafî bulundurma konusunda devletin yeterli ödeneği ayırmadığı ve artık, ayrılan ödeneklerin mayıs ayında, müdafî avukatlara verilen ücretlerle doldurulduğu, ondan sonra kimsese ücret ödeyemedikleri noktasında büyük sıkıntılar yaşıyorlar.

Başka bir şey, bu müdafî mecburiyeti, müdafî zorunluluğu, bazı avukat gruplarını, avukatları, sadece bu işleri yapan, bu işlerin peşinde koşan kümeselleşme haline getirdi ki, bu da, avukatlık mesleğiyle, avukatlık etiğiyle de bağdaşmayan, sanki adliye kapılarında, sanık geliyor mu, suçlu mu var, müdafî avukat mı lazım şeklinde bir takip anlayışı getirdi. Bu da, meslek açısından çok şık olmayan bir alan yarattı diye düşünüyorum.

Tabii, bütün bu zorluklar olacaktı. Yasa çıkarken de görüşlerimizi ifade etmiştik. 5237 sayılı Yasa, kolay değildir. Yani, toplumda ceza yasalarını oturtmak, uygulama birliği sağlamak çok kolay değildir. Nihayet, 765 sayılı Yasa da, 1926'dan günümüze kadar hâlâ birçok değişikliğe uğramış, birçok tartışmalara uğramış, güncel suçlara göre, güncel davranış, toplumun sosyal gelişmesine göre değişikliklere uğramış bir yasaydı. Orada da tartışmalar, nizalar devam ediyordu, bu yasada da tartışmalar, nizalar mutlaka devam edecektir. Çünkü suç tipleri değişiyor, toplum değişiyor. Değişen toplum, değişen suç tipleri... Yani, bir internet hırsızlığı, bizim zamanımızda hukuk fakültelerindeyken yoktu;

şimdi, çıktı, haliyle, bunları yaptırma bağlamak... Cep telefonu kaydına girmek falan yoktu. Bankamatik suçları yoktu. Ama bugün, bunların hepsi, toplumun teknolojik gelişimiyle, sosyal gelişimiyle karşımıza suç tipi olarak çıktı. Mutlaka ki, yasama meclislerinin görevi, yeni suç tiplerine göre, yeni sosyal gelişmelere göre yaptırımları ortaya koymaktır. Devlet olmanın; yani, otoriter devlet yapısının... Otoriter demeyim de, karar veren, zapteden, toplumda düzeni sağlayan otoriter gücün mutlaka bir yaptırımının da olması lazım ki, devletler, zaten, yaptırımlarını da ceza kanunlarıyla ortaya koyarlar.

Dolayısıyla, bizim, yasanın özüne karşı olmamakla birlikte, biraz önce, Sayın Orhan Eraslan'ın, hakikaten ciddi olarak ileri sürdüğü konularda çekincelerimiz vardır. Anayasa'ya... Hükmün açıklanması... Anayasa'nın hakikaten 141'ine hükmü vermeyecek bir mahkeme neden yargılama yapar? Hükmün açıklanmasını ertelemek; yani, torbadan ne çıkacak, kuş mu çıkacak, civciv mi çıkacak, belli değil. Böyle bir anlayışın mevcut Anayasa'mıza aykırı olduğu kanaatindeyim. Bunları, bir kez daha düşünerek, bir kez daha tartışarak yap-saydık daha iyi olurdu diye düşünüyorum.

Ben, bu yasanın, bir kez daha, Cumhurbaşkanından Anayasa'ya aykırılıktan geleceğini biliyorum. O safhada daha geniş düşüncelerimizi açıklama imkânı olur diye düşünüyorum; bu vesileyle hepimize saygılar sunuyorum. (Anavatan ve CHP sıralarından alkışlar)

**BAŞKAN** – Teşekkür ediyoruz Sayın Sarıbaş.

Şimdi, AK Parti Grubu adına, Yozgat Milletvekili Sayın Bekir Bozdağ.

Buyurun efendim. (AK Parti sıralarından alkışlar

\* \* \*

**AK PARTİ GRUBU ADINA BEKİR BOZDAĞ** (Yozgat) – Sayın Başkan, değerli milletvekilleri; temel ceza yasalarına uyum amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi ve Adalet Komisyonu Raporu'nun tümü üzerinde AK Parti Grubunun görüşlerini açıklamak üzere söz almış buluyorum, bu vesileyle saygıdeğer Heyetinizi saygıyla selamlıyorum.

Tabii, önemli bir mevzu üzerinde konuşuyoruz. Arkadaşlar da, önemine binaen, inandıkları bir biçimde üzerinde durdular, birtakım izahatlar getirdiler. Ben, hem bu izahatlara cevap sadedinde hem de bu teklifin neleri getirip neleri götürdüğü konusunda yüce Heyetinizi aydınlatmak istiyorum.

Biliyorsunuz, yakın bir zaman önce Türk Ceza Kanunu, Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, Kabahatler Kanunu, Ceza Muhakemesi Kanunu, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanunu, Çocuk Koruma Kanunu ve daha başkaca ceza hukuku alanıyla ilgili temel yasalarda bir yenilenme, bir değişiklik yapıldı ve bu yasalar da 1 Haziran 2005 tarihi itibarıyla yürürlüğe girdi.

Takdir edersiniz ki, bir hukuk alanında köklü değişiklikler yapıyorsunuz ve baştan sona ilgili maddeleri değiştiriyorsunuz, uygulamaya koyuyorsunuz. Uygulama süreci içerisinde bu kanunların maddelerinin uygulanmasında, değerlendirilmesinde ve birtakım yönlerinden aksaklıkların bulunmasında anormal bir durum yoktur, çünkü bu, netice itibarıyla bir insan yapmasıdır. Bugüne kadar, bu temel yasaları -Adalet Bakanlığımızın ve ilgili kurumların eğitimleriyle- uygulamada doğru bir biçimde uygulamanın temini ve uygulama birliğinin sağlanması için önemli çalışmalar yapıldı. Ama takdir edersiniz ki, ilk derece mahkemelerinin karar vermesi, arkasından Yargıtay incelemesinin devamında gelmesi ve Yargıtay'ın kararlarıyla bu Kanun'daki maddelerle ilgili uygulama ve içtihat birliğini oluşturacak şekilde bir yapının ortaya çıkması bir sene içerisinde mümkün değildir. Zira 765 sayılı Yasa yürürlüğe girdiğinde de benzer sorunlar o zaman yaşanmıştır. Benzer bir biçimde, yeni yürürlüğe giren her kanunla ilgili de birtakım aksaklıklara dair sorunların yaşanması gayet normaldir. Bunların yaşanmaması temenni edilir, ama yaşanması da anormal bir durum değildir. Doğru olan nedir? Uygulamada görülen aksamaların, aksaklıkların yasa koyucu tarafından, uygulamacıların da talepleri dikkate alınarak bir değerlendirmeye tabi tutulmasıdır.

Esasında, bu Teklif, 170 kanunda değişiklik öngören, temel ceza yasalarına uyum amacıyla ha-

zırlanan, uzunca bir zaman çalışılarak gündeme getirilen, ancak, ne yazık ki, Genel Kurul aşamasında çıkamayacağı görüldükten sonra, uygulamanın ihtiyaçlarını karşılamak adına huzurunuzla getirilmiş teknik bir düzenlemeyi havi yasadır. Bu Teklif'in içerisinde yer alan maddelerin tamamı, diğer kanun tasarisinin içerisinde de var idi, o kanunun çıkamayacağı anlaşılınca biz oradan aldık, buraya getirdik, bir kanun teklifi olarak huzurunuzla takdim ettik.

Tabii, takdir edersiniz ki, bu kanunların her birerini ayrı ayrı komisyonlarda görüşelim... Çünkü 170 kanunda değişiklik öngören Kanun Tasarısı, değişik komisyonları ilgilendiren, değişik alanları ilgilendiren kanunların içerisinde yer alan ceza hükümleriyle ilgili, maddelerle ilgili düzenlemelerdi, yoksa o alanların düzenlenmesini içermiyor idi. Bunların ayrı ayrı komisyonlarda görüşülüp arkasından Adalet Komisyonunda görüşülmesi uzunca bir zamanı alacak ve neticede de, Türk Ceza Kanunu'nun 5. maddesinde yer alan "bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza hükmü içeren kanunlar hakkında da geçerlidir" hükmünün yürürlüğü 31.12.2006'ya kadar erteli olduğu için, bu düzenlemeleri biz o tarihe kadar yetiştiremediğimiz takdirde birtakım sıkıntılar uygulamada ortaya çıkacak. Biz, bu sıkıntılar çıkmasın, uygulama birliği olsun diye, zamanın sıkışıklığını da dikkate alarak, hızlı bir çalışmayla, ama büyükçe de bir emek verilerek, sadece ceza hükmü içeren hususları gündeme alarak, bu-

nu ilgili bakanlıkların temsilcileriyle, Yargıtay'ın yetkilileriyle, üyeleriyle, Adalet Bakanlığının konuya uzman kişileriyle, hem alt komisyonunda hem önceki bilim komisyonunda hem Adalet Komisyonunda görüşülerek huzurunuzda getirilmiştir. Yoksa diğer kanunların tamamını baştan sona değiştiren düzenlemeler değildir. Bu, bir zaruret ortaya koyduğu bir düzenlemedir.

Öte yandan, bunun temel yasa olarak görüşülmesi hususu da burada tartışıldı. Temel yasa mıdır, değil midir? Zira ismine bakıldığı zaman, çeşitli kanunlarda değişiklik öngörmeyi arzulayan bir kanun teklifi, o zaman, bir kanun da -bizim kafamızda temel yasa dediğimizde- tek büyük bir kanun da, onun içerisinde değişiklik yapan veya büyük bir kanunu değiştiren kanun gibi takdim ediliyor, öyle anlaşılıyor.

**MUHARREM KILIÇ** (Malatya) – Bekir Bey, okulda böyle mi öğrettiler?

**BEKİR BOZDAĞ** (Devamla) – Ben, şimdi, Türkiye Büyük Millet Meclisi İç Tüzüğü'nün 91. maddesini, temel kanunla ilgili kısmını okuyorum, bu konunun takdirini de yüce heyetinize bırakıyorum.

**TUNCAY ERCENK** (Antalya) – Temel yasa. Temel'in yasası mı?

**BEKİR BOZDAĞ** (Devamla) – “Bir hukuk dalını sistematik olarak bütünüyle veya kapsamlı olarak değiştirecek biçimde genel ilkeleri içermesi; kişisel veya toplumsal yaşamın büyük bir bölümünü ilgilendirmesi; kendi alanındaki özel ka-

nunların dayandığı temel kavramları göstermesi, özel kanunlar arasında uygulamada ahenk sağlanması, düzenlediği alan yönünden bütünlüğünün ve maddeler arasındaki bağlantıların korunması zorunluluğunun bulunması...” Devam ediyor.

Şimdi, bizim burada yaptığımız şey, sadece diğer kanunlarda ve uygulamanın ihtiyacı olan ceza hukuku alanında bir uyumu gerektirir düzenlemedir. Yani, burada izah edilen, sizlerin oylarıyla kabul edilen temel yasa değerlendirmesinin tam da kendisine uyan bir düzenleme yapılıyor.

**MEHMET KÜÇÜKAŞIK** (Bursa) – Tıpatıp.

**BEKİR BOZDAĞ** (Devamla) – Ama tabii, biz, değerlendirirken -demin dediğim gibi- burada ne yazdığımızla değil de, bizim ne algıladığımızla birlikte hareket edilince, farklı bir durum ortaya çıkıyor.

Peki, kamu davasının açılmasının ertelenmesi... Çok üzerinde duruldu, Anayasaya aykırılıklarla ilgili konular da burada dile getirildi. Ben, isterseniz, öncelikle, bunun ne getirdiğini sizlere anlatmak istiyorum. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi uzlaşma kapsamına giren bir suç veya soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı ve cezasının üst sınırı iki yıl ve daha az hapis cezasını gerektiren bir suçla ilgili. Hem şikâyete bağlı olacak hem de cezasının üst sınırı iki yılı gerektiren bir suç konusu olacak, aleyhinde suç isna- dı bulunan kişi hakkında da yeter-

li -dava açmak için- delil bulunacak.

Peki, bunlar bulunduğu zaman otomatik olarak cumhuriyet savcısı kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verebiliyor mu? Veremiyor. Bunun yanında başkaca da şartlar aranıyor. Nedir onlar: Şüphelinin daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezasıyla mahkûm olmamış olması, yapılan soruşturmanın kamu davasının açılmasının ertelenmesi halinde şüphelinin suç işlemekten kaçınacağı kanaatini vermesi, kamu davası açılmasının ertelenmesinin şüpheli veya toplum açısından kamu davası açılmasından daha yararlı olması, suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi şartları birlikte tahakkuk ettiği takdirde cumhuriyet savcısı tarafından verilecek bir karardır. Bu karar da itiraza tabi bir karardır, itiraz edildiği zaman Ceza Muhakemesi Kanunumuzun öngördüğü usul çerçevesinde ilgili merciler bu konuda bir karar verecektir. Denetimin dışında da bir karar değildir.

Peki, bu Anayasa'nın eşitlik ilkesine, hak arama hürriyetinin engellenmesine bir aykırılık teşkil eder mi? Şimdi, denildi ki: "Anayasa'nın 10. maddesinde eşitlik ilkesi ortada var ve bu zengin için veya biri için veya öteki için farklı farklı kararların uygulamada ortaya çıkması sonucunu doğurur, bu da Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı olur."

Değerli arkadaşlar, şimdi, bu mantıkla baktığımız zaman ceza hukukunun bütün maddelerini tek tek Anayasa'daki eşitlik ilkesine aykırı bulabilirsiniz. Neden? Çünkü cezayı tayin ederken diyor ki madde: "İki yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir." Kim bunu takdir edecek? Hâkim takdir edecek. Nasıl takdir edecek? Somut olayın durumuna göre takdir edecek. Birine iki yıl verdiği zaman, birine üç yıl verdiği zaman, siz diyebilir misiniz ki, bu zengindi, buna iki yıl verdi de, bu fakirdi, buna üç yıl verdi...

**ORHAN ERASLAN** (Niğde) - Onun gerekçesi var.

**BEKİR BOZDAĞ** (Devamla) - O zaman, Ceza Kanunu'nda yer alan bütün takdir haklarını kaldırmak lazımdır. O zaman, eşitlik ilkesi tam tesis edilir. Burada biz hâkimlerimize, savcılarımıza takdir haklarını kullanırken güvenmemiz lazımdır.

Öte yandan, bakın, bunlar tabii şikâyete bağlı suçlar. Ne demektir? Müşteki şikâyetinden vazgeçtiği zaman dava olduğu gibi düşer, dava aşamasında ise. Soruşturma aşamasında ise, orada da bu iş biter, ileri gitmez.

**ORHAN ERASLAN** (Niğde) - Hükümler öyle değil; ama...

**BEKİR BOZDAĞ** (Devamla) - Şikâyetinden vazgeçtiğinde öyledir. Siz dava açtınız, savcı kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verdiği suçların tamamı şikâyete bağlıdır. Savcı dava açtı, yargılamanın son aşamasına geldi hatta temyiz noktasına geldi, bir dilekçe

verdi “Ben şikâyetimden vazgeçiyorum.” dedi. Ne olacak?

**ORHAN ERASLAN** (Niğde) – Olabilir.

**BEKİR BOZDAĞ** (Devamla) – Dava olduğu gibi kalacak, şikâyetinden vazgeçiyor. Peki, burada biz ne getiriyoruz?

**ORHAN ERASLAN** (Niğde) – Vazgeçmiyorsa ne olacak?

**BEKİR BOZDAĞ** (Devamla) – Hayatında hiç suç işlememiş, hayatında suç işlememiş, kamu yararı dava açılmamasından yana olan ve zararı gideren şahsi davanın bir özelliği de o. Burada diyor ki “Sen zararını gidereceksin.” Tazmin suretiyle, eski hale getirmek suretiyle vatandaşın zararı da ortadan kaldırılacak, taraflar anlaşılacak, bitecek.

Siz, cumhuriyet savcısına dava açmama yetkisini verdiğiniz takdirde. Var, o yetki, istediği zaman dava açmama kararı savcı verebilir. Siz buna itiraz edebilirsiniz. Delilleri topladıktan sonra dava açma mecburiyeti savcının var mıdır yok mudur konusu -Orhan Bey söyledi- bazı öğretilerde, iddianamenin mecburiliği sistemi var, açar. Ama bizim kanunlarımızda iddianamenin mecburiliği sistemi var mı; onu bir kez daha soruyorum...

**ORHAN ERASLAN** (Niğde) – Var tabii.

**BEKİR BOZDAĞ** (Devamla) – Hangi maddede var, onu da gelip söylersin.

**ORHAN ERASLAN** (Niğde) – Söz sırası gelince anlatacağım.

**BEKİR BOZDAĞ** (Devamla) – Hangi maddede iddianamenin mecburiliği şeyi vardır. Öğretide iddianamenin mecburiliği ilkesi vardır, savcı delilleri topladığı zaman -yeterli delil- dava açmaya karar verebilir. Açmak zorunda değildir, karar verebilir ve bizim uygulamamızda, Yargıtay’ın da içtihatlarıyla oluşan gelenek ve teamül, davanın açılması yönündedir delillerin olduğu, toplandığı zaman.

Öte yandan, hükmün açıklanmasının ertelenmesine gelince: Burada da önemli bir yanlışlık yapıyor diye düşünüyorum. Neden? Şimdi, hükmün açıklanmasının ertelenmesi hangi zaman söz konusu, ona bir de bakalım. Sanki bütün suçlarda hükmün açıklanmasının ertelenmesi söz konusuymuş gibi veyahut da her şeyi kapsıyormuş gibi takdim ediliyor. Bakın, hükmün açıklanmasının ertelenmesi kapsamına giren suçların, yapılan yargılama sonucunda sanık aleyhinde hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezasına veya adli para cezasını gerektiren bir suç olması ve bu suçların hem soruşturulması hem de kovuşturulması şikâyete tabi olması.

Demin dediğim gibi, ben şikâyetimden vazgeçiyorum dediği zaman, hükmün açıklaması sırasında da bu iş düşer, temyiz aşamasında da bu iş düşer, her yerde bu iş düşer.

Peki, bu yetiyor mu bu kararı vermek için? Yetmiyor. Daha ne lazım? Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış olması. Yani, hem para, adli para cezası hem de hapis cezası almamış ola-

cak adam, hayatında hiçbir suç işlememiş olacak.

Peki, daha ne yapacak? Mahkeme, sanığın kişilik özellikleriyle, duruşmadaki tutum ve davranışlarını göz önünde bulundurarak, yeniden bu insanın suç işlemeyeceği konusunda bir kanaat sahibi olacak. Hayatında hiç suç işlememiş, takibatı şikâyete bağlı bir konu ve böyle bir konuda, mahkeme, bu kişinin hakkında verdiği hükmün açıklanmasını erteliyor.

“Efendim, böyle bir şey bizim hukukumuzda hiç yoktu, ilk defa geldi, nerden çıktı?” demeye de gerek yok. Bizim hukukumuzda bu vardı. Biliyorsunuz, biz, 463. maddede vardı eski 765 sayılı Yasa’da. Tecavüzcüsüyle evlenmek durumunda bırakılan mağdurelerin, kadınlarımızın durumlarıyla ilgili evlenme vuku bulduğunda...

**ORHAN ERASLAN** (Niğde) – Aynı şey değil canım. Aynı şey değil, öyle şey mi olur.

**BEKİR BOZDAĞ** (Devamla) – Bırak bırak, aynı şey.

**ORHAN ERASLAN** (Niğde) – Aynı şey olmuyor, yapmayın.

**BEKİR BOZDAĞ** (Devamla) – Bunu bıraktığında, davanın, bakın, davanın ertelenmesine bir karar çıkıyor mu?

**ORHAN ERASLAN** (Niğde) – Yapmayın, o davanın ertelenmesi ayrı bir şey. Davanın ertelenmesi ayrı bir şey.

**BEKİR BOZDAĞ** (Devamla) – Bakın, aynı şekilde yargılama sürecinde beş yıl süreyle ertelenip arkasından evlenme, boşanma...

**ORHAN ERASLAN** (Niğde) – Bütün kavramları karıştırıyorsunuz. Yani, yapılan öyle.

**BEKİR BOZDAĞ** (Devamla) – Erkeğin kusuru sebebiyle vaki olmadığı zaman davanın düşmesine karar veriliyor mu? Aynen. Bir.

**ORHAN ERASLAN** (Niğde) – Yargılama öyle. Niye bu kavramları karıştırıyorsunuz.

**BEKİR BOZDAĞ** (Devamla) – Bakın, 4616 sayılı Yasa çıktı.

**ORHAN ERASLAN** (Niğde) – Davanın ertelenmesi başka bir şey.

**BEKİR BOZDAĞ** (Devamla) – Davanın değil.

Bakın, savcılık aşamasında ayrı, yargılama aşamasında ayrı karar. 4616 sayılı Yasa da çıktı bu Meclisten. Bunun uygulamasında da birtakım ertelemeler verildi. Bu var, yeni bir şey değil.

Öte yandan, Anayasanın 141. maddesine bu aykırı mı?

**ORHAN ERASLAN** (Niğde) – Anayasa Mahkemesi onu iptal etti biliyorsan.

**BEKİR BOZDAĞ** (Devamla) – Ben şimdi Anayasanın 141. maddesini açıyorum bakıyorum. Acaba nedir diye demin de baktım. Başlığına bakıyorum “duruşmaların açık ve kararlarının gerekçeli olması” diyor. Yani, duruşmanın aleniyetini, kararlarının gerekçeli olmasını düzenliyor.

Hükmün açıklanmasının ertelenmesi kararında mahkemenin yaptığı şey nedir?

**ORHAN ERASLAN** (Niğde) – Aleni mi, aleni mi?

**BEKİR BOZDAĞ** (Devamla) - Açıklıyorum.

**ORHAN ERASLAN** (Niğde) - Aleni mi?

**MUHARREM KILIÇ** (Malatya) - Hüküm yok.

**ORHAN ERASLAN** (Niğde) - Aleni mi?

**BEKİR BOZDAĞ** (Devamla) - Mahkemenin yaptığı şey nedir? Mahkemenin yaptığı şey; bir ara kararı vermektir. Bu ara kararı itiraz tabidir. "Beş yıl ertelenir" hükmün açıklanması. Eğer, ilgili kişi, beş yıl süresi içerisinde yeni bir suç işlemediği takdirde o zaman davanın, hükmün ortadan kaldırılması na...

**ORHAN ERASLAN** (Niğde) - Aleni mi o karar, aleni mi o karar?

**BEKİR BOZDAĞ** (Devamla) - Bakın, bir şey söylüyorum.

**ORHAN ERASLAN** (Niğde) - O karar aleni mi?

**BEKİR BOZDAĞ** (Devamla) - Burada yargılama aleni mi? Yargılama aleni. Duruşma aleni mi? Aleni. Buradaki her türlü işlem aleni, erteleme de aleni. Bunun hepsi aleni. Sadece burada yapılan ne? Hükümü açıklamıyor. Peki, niye açıklamıyor hükümü? Hükümün hukuki sonuç doğurmaması için açıklamıyor.

Bakın, ben, size, Türk Ceza Kanununun 51. maddesini okuyorum. Arasındaki farkları da ben yüce heyetinizin takdirine sunuyorum. 51. madde diyor ki: "İşlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebilir."

Şimdi, bununla bunun arasındaki fark ne biliyor musunuz? Şimdi birisinde hükmü açıklıyor: "Sen suçlusun kardeşim, senin alnına damgayı vurdum, seni sabıkalı hale getirdim ve ben senin cezanı da erteliyorum." Peki, ne olacak sonucunda; hak mahrumiyetleri doğacak; işinden, aşından, düzeninden bir sıkıntı ortaya çıkacak. Peki, bunu getirerek biz ne dedik; dedik ki, şikâyete bağlıysa bu, takibi şikâyete bağlıysa, bir yıl süreyle de bir mahkûmiyeti gerektiriyorsa, hayatında da bu insan adli para cezasını gerektiren bir suçtan dolayı dahi mahkûm olmamışsa, buna, biz, toplumun içerisinde alını açık, başı dik yaşama imkânı verelim, bunun alnına "suçlusun" damgasını vurmayalım. Kötü mü yaptık; bence iyi yaptık.

Bakın, daha başka bir şey; sadece bununla da kalmıyor. Siz hükümün açıklanmasının ertelenmesine karar verdiğiniz kişiyi tamamen topluma da serbest bırakmıyorsunuz. Eğer, bir meslek ve sanatı yoksa onu bir yıldan fazla olmamak üzere denetimli serbestliğe tabi tutuyorsunuz. Meslek ve sanat öğrenmek üzere bir yere gönderiyorsunuz. Eğer, meslek ve sanatı varsa o meslek veya sanatını icra etmek üzere bir yere gönderiyorsunuz veya başkaca bir tedbir alıyorsunuz. Bu insanı da bir yıl süreyle böylesi bir denetime tabi tutuyorsunuz. Siz, bir insana, suç işlemiş ve ceza alacağı da görünür olan bir insana "bak, ben senin sicil kaydına bunu düşeceğim, sen bir daha suç işlersen şöyle şöyle olur..." Hayatında da hiç suç işlememiş. Mah-

keme de inanmış. Eğer, ben bu insanın hakkında verdiğim kararı açıklamazsam bu insan bir daha da suç işlemez diye inanmış ise bu insana hayatını temiz olarak, adli sicil kaydını veya sicilini kirlletmeden toplumun içinde yaşama imkânı vermenin neresinde sakınca var? Zaten takibi şikâyete bağlı, vazgeçtiği zaman düşecek olan bir konu.

(Mikrofon otomatik cihaz tarafından kapatıldı)

**BEKİR BOZDAĞ** (Devamla) – Böyle bir durumda, siz, bu insana toplumun içinde olma ve toplumla barışık yaşama fırsatını veriyorsunuz. Bu, doğru bir şeydir. Bakın, bugün sabıka kaydı...

**BAŞKAN** – Sayın Bozdağ, konuşmanızı tamamlayın efendim.

**BEKİR BOZDAĞ** (Devamla) – Toparlıyorum Sayın Başkanım.

**BAŞKAN** – Tamamlayın efendim.

**BEKİR BOZDAĞ** (Devamla) – Sabıka kaydı olan insanlar toplumun içerisinde. Kamu kurumlarından sabıka kaydı isteniyor mu; isteniyor. Şimdi, bırakın kamu kurumlarını, bir inşaat şirketinde dahi, bir temizlik şirketinde dahi, sokakta insanımızın yapacağı her işte sabıka kaydı isteniyor. İnsanlar da çekiniyor, sabıkasında ufacık bir şey olan kişiye iş vermiyor, “Seni sonra ararız.” diye gönderiyor.

Biz, şimdi, kamuda işe giremeyen, özel sektörde işe giremeyen, gittiği her yerde dışlanan bireylerin sayısını çoğaltığımız, bunların toplumun arasına karışarak hayatını idamesine imkân tanımadığımız

sürece, sokaklar suçlularla ve işlenecek suçlarla dolar da taşar.

Bu, bu anlamda insanidir, hümanist bir yaklaşımdır, doğru bir yaklaşımdır diyor, hepimizi saygıyla selamlıyorum. (AK Parti sıralarından alkışlar)

\* \* \*

**ŞAHSI ADINA MUHARREM KILIÇ** (Malatya) – Sayın Başkanım, değerli milletvekillerim; şu anda görüşmekte olduğumuz yasa teklifi daha önce temel ceza kanunlarına uyum amacıyla bir tasarı olarak gelmişti. Bu tasarı da çok ilginç bir tasarıydı. Bu tasarıyla 170 tane kanunun yaklaşık 700 maddesinin değiştirilmesi öngörülüyordu. Yine, bu tasarıyla 62 tane kanun tümüyle yürürlükten kaldırılıyordu. Pek çok değişik komisyonu ilgilendiren yasalar vardı bu tasarinin içinde. Biz bununla ilgili itirazlarımızı yapmıştık, ancak, bu itirazlarımız yeterli kadar değerlendirilmedi, yasa en nihayet Komisyondan bu haliyle geçmişti.

Ancak, her ne hikmetse, bu yasa tasarısı Türkiye Büyük Millet Meclisine 1235 sıra sayısıyla gelmiş olmasına rağmen ve şu anda Mecliste görüşülecek tasarılar arasında yer almasına rağmen, her ne hikmetse, bu kez de Sayın Yozgat Milletvekili Bekir Bozdağ ve on bir arkadaşının bir teklifiyle karşılaştık. Bu tasarinin içinden yaklaşık 40-45 maddelik bir kısım alınmış, bir kanun teklifi olarak önümüze getirilmiş. Adalet Komisyonunda bunu da görüştük. Bu nedenle, değerli arkadaşlar, şu anda bence bir mükerrerlik söz konusu. Yani, şu

anda aynı konuda bir tasarı var, bir teklif var.

Gerçi Hükümet bu teklif olarak, her ne kadar Bekir Bozdağ'ın teklifi olarak gelmişse de, Hükümet bu teklife de, bu Komisyon çalışmalarında da gördük ki bu teklife de sahip çıkıyor ve önceki tasarının adı, Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklikti, bu teklifin adı ise, Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi.

Şimdi, içine bakıyoruz bu teklifin, yedi tane kanunda değişiklik yapıyor. Türk Ceza Kanunu'nda, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlüğü Hakkında Kanun'da, Kabahatler Hakkında Kanun'da, yine, Adli Sicil Kanunu'nda, Çocukları Koruma Kanunu'nda, Denetimli Serbestlik Kanunu'nda, yedi tane kanunda değişiklik yapıyor. Demin, değerli arkadaşım, komisyon da beraber çalıştığım ve hukuk bilgisine de güvendiğim Sayın Bekir Bozdağ, burada, bu Kanun'u, temel kanun diye savunmaya kalkıştı. Ben dedim ki, acaba, farklı okullarda mı okuduk? Yani, farklı okullarda, temel kanunun ne olduğunu yanlış mı değerlendirdik arkadaşlar?

**FATMA ŞAHİN** (Gaziantep) – Hangi üniversiteyi okudu?

**MUHARREM KILIÇ** (Devamla) – Sanırım, aynı okulu okuduk, ancak, acaba, Bekir Bey tersten mi okudu diye düşünüyorum. Aynı, düzden okusaydı, temel kanunu ortak anlayacak olacaktık.

Bu nedenle, değerli arkadaşlar, temel yasayı altüst ediyoruz. Temel yasayı hepimiz biliyoruz ki, belli bir bütünlüğü olan, Türk Ceza Kanunu gibi, Medeni Kanun gibi, Ticaret Kanunu gibi belli bir dalı tümüyle kapsayan yasalar temel yasalardır. Yoksa bu şekildeki, yani, aşure çorbası gibi, yedi tane kanunu birden değiştiren bir, çeşitli kanunlarda değişiklik yapan kanuna temel kanun demek, bence, yasayla, âdetle, alay etmek demektir.

Değerli arkadaşlarım, çok önemli bir Yasa'yı görüşüyoruz. Bu Yasa, Ceza Kanunumuzda, Ceza Muhakemesi Kanunumuzda değişiklikler yapıyor. Oysa bu yasalar, Anayasa'mızdan sonra en önemli yasalar. Çünkü kişilerin özgürlüğünü ilgilendiren yasalar değerli arkadaşlarım. Bu yasalar, böyle, alelacele, ben yaptım oldu anlayışıyla yapılacak yasalar değil.

Değerli arkadaşlarım, ayrı bir husus, bu Meclisin çalışma usulleri. Biz, dün, bu teklifin görüşüleceği konusunda tam bir bilgi sahibi değildik. Hatta bugün, bundan önce, terörle mücadelede zarar gören insanların zararının karşılanmasına yönelik bir yasa görüşülecekti, o da atlandı. Bunu karşımızda bulduk. Yani, zaman olarak belli olmayınca, milletvekillerinin yeterli hazırlığı yapma şansı da olmuyor.

Sonra, değerli arkadaşlarım, milletvekillerinin çalışma koşulları da, gerçek anlamda bu yasalara katkı vermeye uygun değil. Bugün, saat 10.30'da Anayasa ve Adalet Komisyonlarından oluşan Karma Komisyonun toplantısı vardı, saat

yarıma kadar o sürdü. 13.00'te Adalet Komisyonu çalışması başladı. İki de Meclis çalışmaları başladı. Değerli arkadaşlar, milletvekili arkadaşlarımız bu Meclis çalışmalarına veya bu yasa çalışmalarına nasıl katkı sağlayacaklar? Böyle bir çalışma usulü olabilir mi değerli arkadaşlar?

Bu özel yasalardaki hükümlerin Ceza Yasasıyla uyumuna ilişkin düzenlemelere, biz de, Cumhuriyet Halk Partisi olarak olumlu yaklaşmıştık, bu bir zorunluluktur. Yani, Ceza Yasa'mızın 5. maddesindeki düzenlemeden sonra, diğer özel yasalardaki düzenleme mutlaka yapılmalıydı. Biz, buna katkı sağlamaya hazırdık. Ancak, önümüze gelen tasarıda, bir de baktık ki, uyumdan başka her şey var ve şunu da gördük: Bu karmaşa içinde, yani 170 kanunun yaklaşık 700 maddesini değiştirecek bir karmaşa içinde, yine 62 kanunu tümüyle değiştirecek bir karmaşa içinde, bir de baktık ki, aralara bir şeyler de sıkıştırılmış. Örneğin, Vergi Usul Kanunu'nun 359. maddesini bu tasarıyla, bir de baktık ki, değiştiriyorlar. Bu tasarının mahiyeti nedir? Bu tasarının mahiyeti, Sayın Unakıtan'ın cezasının affına yönelik bir düzenleme.

Değerli arkadaşlarımız, bu Vergi Usul Kanunu'nun 359. maddesiyle ceza uyumun ne alakası var dedik? Yani, bunun bir şeyini söylerseniz, biz de anlayalım. Gerçek anlamda, biz, Cumhuriyet Halk Partisi olarak, buna katkı vermek istiyoruz. Ancak, bu şekilde, yani el çabukluğuyla, bu karmaşa içinde birilerini kurtarırsanız anlayışına da, biz, Cum-

huriyet Halk Partisi olarak ne yazık ki, buna katkı sağlamamız mümkün değil değerli arkadaşlar.

Değerli arkadaşlar, bu tasarının getirdiği düzenlemelerin en önemlilerinden bir tanesi de, bu tasarıyla uzlaşma, kamu davasının açılmasının ertelenmesi ve hükümün açıklanmasının ertelenmesine yönelik yeni düzenlemeler geliyor. Şimdi, bu düzenlemelerle, değerli arkadaşlarımız, Adalet ve Kalkınma Partisi olarak en çok kullandığımız sözler "fakir fukara, garip gureba"ydı. Ancak, bu getirilen düzenlemeyle değerli arkadaşlarımız, artık, yönünüzü fakir fukaradan çevirmişsiniz, haramzadelere dönmüşsünüz, haramzadelere hakkınızı savunan bir düzenleme getiriyorsunuz. Şöyle ki: Bu düzenlemeyle değerli arkadaşlarımız, kimin parası varsa, kim siyaseten güçlüyse, kim kaba güç bakımından güçlüyse onun dediği olacaktır. Yani, köyde, gariban bir vatandaşla köyün ileri gelen bir insanı veya mahalledeki bir vatandaşla mahallenin zengini aynı eşit suçu işlediğinde, o varlıklı insan parasını yatıracak o suçtan kurtulacak, ya uzlaşmayla ya kamu davasının açılmasının ertelenmesiyle ya hâkimin açıklamasının ertelenmesiyle kurtulacak, ancak, diğer vatandaş o suçtan ceza giyecek. Değerli arkadaşlarımız, bu şekilde mi siz, suçla, suçluyla mücadele edeceksiniz? O zaman ne olur biliyor musunuz? Adliyelerin karşısında uzlaştırma büroları açılır; mafya devreye girer, mafya "ben uzlaştırım" der, karşı tarafı gider tehdit eder "uzlaşacaksın" der, o da

uzlaşmak için gider başvurur ve uzlaşırlar.

(Mikrofon otomatik cihaz tarafından kapatıldı)

**BAŞKAN** – Buyurun efendim.

**MUHARREM KILIÇ** (Devamla)

– Biz bununla ilgili uyarılarımızı gerçek anlamda, iyi niyetle arkadaşlarımıza anlattık, ancak, arkadaşlarımızın çok da bundan anladıklarını görmedik. Hatta bir tanesi şöyle bir örnek verdi: “Ne olmuş? Yani, bir garibana tokat vurmuş, daha sonra da 500 lira para vermiş, ondan sonra da uzlaşmışlar. Yani, bunun nesi kötü.” dedi.

**ORHAN ERASLAN** (Niğde) – Garibana tokat vurmak serbest!

**MUHARRAM KILIÇ** (Devamla)

– Değerli arkadaşlar, birisi suç işlemişse, o gariban da olsa, o bizim bir vatandaşımızdır. Yani, parası yoksa onun imkânları yoksa onun hakkını bu devlet korumayacak mı? Hatta şu örneği vermiştim değerli arkadaşlar. Komisyonunda dedim ki: O Çanakkale gazilerinden iki tane askerinin resmi var. O askerlerin üzerleri lime lime, ayaklarında ayakkabı yok, üzerleri paramparça. Ancak, dimdik ayakta duruyor; yani, bu millete ait olmanın gururuyla dimdik ayakta duruyor.

(Mikrofon otomatik cihaz tarafından kapatıldı)

**BAŞKAN** – Son cümlelerinizi alıyorum efendim.

**MUHARREM KILIÇ** (Devamla)

– Bitireceğim efendim, son cümlem.

Değerli arkadaşlarım, eğer siz fırsat eşitliğini sağlamazsanız bu ülkede millî birlik ve beraberliği

sağlayamazsınız. Biz bunun peşindeyiz. Bizim Türk milleti olarak en büyük gücümüz millî birlik ve beraberliğimiz. Eğer bunu da bozarsanız bu ülkeye çok kötülük yapmış olursunuz.

Bu düşüncelerle Yüce Heyeti saygıyla selamlıyorum. (CHP sıralarından alkışlar)

**BAŞKAN** – Teşekkür ediyorum Sayın Kılıç.

\* \* \*

**ŞAHİSİ ADINA RAMAZAN CAN**

(Kırıkkale) – Sayın Başkan, değerli milletvekilleri; 1255 sıra sayılı Kanun Teklifi üzerinde söz almış bulunuyorum. Hepinizi saygıyla selamlıyorum.

Suçun işlendiği hususunda yeterli şüphenin bulunması halinde mutlaka kamu davası açılması gerektiğini ifade eden kamu davasının mecburiliği ilkesinin istisnaları vardır. Nitekim 1412 sayılı Kanun'da da bu ilkenin istisnaları yer almaktadır. Yeterli suç şüphesinin bulunduğu her halde kamu davasının açılacak olması, ağır olan yargının iş yükünü daha da ağırlaştıracak ve makul sürede yargılanma hakkına halel getirecektir. Bu nedenle, bu mecburiyete istisna getiren kıta Avrupa'sı hukuk sistemi de dahil birçok ülkede de istisnalar artırılmaktadır. Bu ilke netice kural olmaktan fiilen çıkmıştır.

Makul sürede yargılanma hakkını ihlal eden Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne de aykırı davrandığından dolayı tazminat ödemektedir. Makul sürede yargılanma yapılamadığı ve hatta adli hataların çok olduğu dikkate almadi-

ğında, sosyal barış da olumsuz etkilenmiştir. Bütün bu mülahazalarla, medeni toplumlara paralel olarak kamu davasının mecburiliği ilkesine sınırlı sayıda, kapsamda da olsa, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na ithal hükümler getirilmiştir.

Sayın Başkan, sayın milletvekilleri; kamu davasının açılmasının ertelenmesi sadece şüpheli açısından değil, aynı zamanda mağdur açısından da ele alınması gereken bir kurumdur. Gerçekten kamu davasının açılmasının ertelenmesiyle ilgili düzenleme, şüphelinin yargılanmamasından ziyade mağduru korumaya yönelik olarak düşünülmelidir.

Kamu davasının açılmasının ertelenmesinin, müessese olarak sağlıklı bir şekilde uygulanabilmesi için kapsamına giren suçların başlangıçta sınırlandırılması amaçlanmıştır. Uzlaşma kapsamına giren suçlarla ilgili olarak uzlaşmaya ilişkin hükümler bağlamında kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilebilecektir.

Ancak, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olmakla birlikte, etkin pişmanlık hükümlerinin öngörüldüğü suçlar dolayısıyla uzlaştırma yoluna gidilemeyecektir.

Bütün bu nedenlerle, Anayasa'ya aykırılık iddiası yerinde olmadığı gibi, tamamen mücerret bir iddiadan ibarettir. Zira erteleme hükümleri mevcut Kanunda olduğu gibi, eski kanunumuzda da mevcuttu.

Nitekim yürürlükten kaldırılan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu ile 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun'daki düzenlemesi itibarıyla, erteleme bir koşullu atıfet kurumu idi.

Deneme süresi içerisinde yeni bir suçun işlenmemesi halinde, mahkûmiyet vaki olmamış sayılmakta idi. Keza, erteleme, sadece hapis cezası açısından değil, ertelenenin bölünmezliği kuralı gereğince ceza hukuku yaptırımları bakımından da kural olarak aynı sonucu doğurmaktaydı.

Buna mukabil, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu sisteminde ise, erteleme, sadece hapis cezasına özgü bir infaz rejimi olarak düzenlenmiştir. Bu bakımdan yeni sistemde artık ertelenenin bölünmezliğinden bahsetmek mümkün değildir.

Hapis cezası açısından bir infaz rejimi olarak kabul edilen erteleme de, mahkûm denetim süresinde kasten bir suç işlemediği takdirde hapis cezası infaz edilmiş olacaktır.

Ferilerle ilgili de erteleme olmayacaktır. Bu durum 765 sayılı Türk Ceza Kanunu sistemindeki düzenlemeye nazaran daha ağır sonuçlar meydana getirecektir. İşte bu mülahazalarla hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesi ceza hukukumuzda ithal etmek mecburiyet haline gelmiştir. Mahkûmiyete bağlı yoksunlukların doğması için, kişi açısından denetim süresi zarfında yeni bir suç işlenmemesi ve özellikle mağduru zararının izale edilmesi, toplum barışının sağlanması açısından daha ağırdır. Ancak, söz konusu kuru-

mun sağlıklı bir şekilde uygulanabilmesi açısından kapsamına giren suçlar sınırlı tutulmakla birlikte, hükmolunan hapis cezası da 2 yıldan 1 yıla indirilmiştir. Yine değişiklikle, hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesinin sadece soruşturması ve kovuşturması şikâyete bağlı suçlarla ilgili düzenlenmesi sağlanmıştır.

Sayın Başkan, sayın milletvekilleri; yeni ceza sistemimizde şahsi dava kaldırılmıştır. Şimdi, müşteki mağdur, cumhuriyet savcısının kovuşturmaya yer olmadığına dair karar vermesi üzerine, eskiden şahsi davayla hakkını aramaya devam ediyordu. Şimdi, burada, kişi şikâyette bulunuyor, bulunmayabilir de, ancak takibi şikâyete bağlı suçun müştekisi mağduru, zararlarının karşılanması için şikâyette bulunacaktır ve hakkını alacak, zararları karşılanacaktır. Şahsi dava kalktığına göre, yeni sistemde bu yolun da kapatılması mağduriyetlere neden olabilecektir. O yüzden zararın karşılanması şartı yerinde bir oğludur.

Yine Türk Ceza Kanunu'nun 51. maddesinde yer alan hapis cezasının ertelenmesiyle kamu davasının açılmasının ertelenmesini mukayese ettiğimizde bazı farkların bulunduğu da bir gerçektir. Hapis cezasının üst sınırının 2 yıl ve daha az olması halinde, birisinde hapis cezasının ertelenmesi, diğerinde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını öngörüyor. Hapis cezasının ertelenmesinde yargılama yapıyor, ceza ve hüküm veriliyor, açıklanıyor, ancak erteleniyor, yani infaz erteleniyor. Hükmün açıklan-

masının geri bırakılmasında ise hüküm kuruluyor, ama açıklanmıyor. Ortada hüküm var, ancak iffal kabiliyeti yok, yani hükmün uygulanabilir durumu yok. Hükmün açıklanması geri bırakılırsa, bunun farkında olan sanık daha dikkatli davranacak ve topluma kazandırma daha kolay olacak ve sabikasına şerh düşülmeyecektir. Bu yönüyle, sanığın maddi zararlarının karşılanmasına şartına tabi tutulduğu için mağdurun lehine, neticede mağdur ve sanık memnun olduğu için toplumun lehine bir düzenlemedir.

Sayın Başkan, sayın milletvekilleri; muhalefet sözcüleri, sisteme karşı olduklarını, hukuk sistemine uymadığını ve adaletsizlikleri yol açacağını, haksızlıklara yol açacağını, hatta Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunmuşlardır ki, bu iddialar tamamen mücerret, tamamen asılsızdır. Zira ceza hukukumuzda zaten hapis cezalarını paraya çevirme imkânı, müessesesi var, erteleme müessesesi var. Bu kurumlar ceza sistemimize yeni girmedi ki, şimdi "parayı veren sonucu alacak" deniliyor. O zaman paraya çevrilecek cezalar da parası olan cezayı ödeyecek ve hapis yatmayacak. Parası olmayan cezayı ödeyemeyecek ve hapis yatacaktır gibi bir sonuç çıkar ki, bu doğru değildir. Bu iddia tamamen soyuttur, tamamen siyasiydir.

Diğer taraftan, kamu davasının mecburiliği ilkesi ise, istisnalarla, artık, modern toplumlarda kural halini yitirmiştir. Sosyal barış, hakkaniyet, kamu vicdanı da bunu gerektirmektedir. Sanığın lehine, mağdurun zararını izale şartı getirilmesi

nedeniyle mağdurun lehine ve neticede tüm toplumun lehine olan hadiseslerin anlaşmayla sona erdirilmesi ceza siyaseti açısından ve suçu önleme, suçluyu topluma kazandırma açısından yararlı müesseselerdir. Bu nedenle bu iddialara katılmıyoruz.

Tekrar yüce Meclisi saygıyla selamlıyorum. (AK Parti sıralarından alkışlar)

## **SORU VE YANIT**

**BAŞKAN** – Teşekkür ederiz Sayın Can.

Sayın milletvekilleri, geneli üzerindeki konuşmalar tamamlanmıştır.

Şimdi, yirmi dakika soru ve cevap kısmına geçiyoruz.

Buyurun Sayın Işık.

### **(SORULAR)**

*SORU (1)*

**AHMET IŞIK** (Konya) – Sayın Bakanım, zorunlu müdafilikle ilgili bir düzenleme var mı burada?

İkincisi de: Katalog suçlarına hırsızlık ve yağma suçları eklenmektedir. Bu uygulamadan doğan bir ihtiyaçtan mı kaynaklanmaktadır?

Teşekkür ederim.

**BAŞKAN** – Teşekkür ederiz Sayın Işık.

Sayın Özdoğan.

*SORU (2)*

**İBRAHİM ÖZDOĞAN** (Erzurum) – Teşekkür ediyorum Sayın Başkanım.

Şimdi, Sayın Bekir Bozdağ ve 11 arkadaşının getirdiği bu kanun teklifine baktığımız zaman... Ben

böyle bir göz gezdirdim. Hukukçu değilim, ama mantığımı kullanarak söylemek istiyorum ve kamuoyuyla da bunu paylaşmak istiyorum. Acaba, diyorum ki bu, Avrupa Birliği uyum yasalarına uygun olarak getirilen bir Kanun Teklifi mi? Yine, üstten gelen bir emirle mi Sayın Bekir Bozdağ ve 11 arkadaşına bu Kanun Teklifi getirilmiştir? Çünkü malumunuz, Türkçemizde bir atasözü vardır: Emir demiri keser. Yani, sanki birileri bizi gözetliyor ve birileri bizi karıştırmak istiyor. Bu Kanun Teklifi'ne baktığımız zaman Türkiye'de toplumun bir suç makinesi haline getirilmek istendiğini anlıyoruz.

Bakın, şimdi, bu Kanun Teklifi'nin 4. maddesini okuyalım. 4. maddesinde diyor ki: "5237 sayılı Kanunun 87. maddesinin üçüncü fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"Kasten yaralamanın vücutta kemik kırılmasına veya çıkığına neden olması halinde, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, kırık veya çıkığın hayat fonksiyonlarındaki etkisine göre, yarısına kadar artırılır."

Şimdi, madde gerekçesine bakalım. Deniyor ki: "Maddeyle, 5237 sayılı Kanunun 89 uncu maddesinin beşinci fıkrası değiştirilmiştir. Kasten yaralama fiilinin kişi üzerindeki etkisinin basit bir tıbbi müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif olması halinde, soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun şikâyetine tabi kılınmıştır. Buna karşılık, 89 uncu maddenin son fıkrasına göre, bilinçli taksirle yaralama halinde, yaralamanın ağırlı-

ğı göz önünde bulundurulmaksızın resen soruşturma ve kovuşturma yapılabilecektir. Bu durumda bir çelişkiye düşmemek için, bilinçli taksirle sebebiyet verilen yaralanmanın temel şeklinde ancak mağdurun şikâyeti üzerine soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesini mümkün kılmak amacıyla yönelik olarak işbu değişiklik yapılmıştır.”

Burada esas mesele, “mağdurun şikâyeti üzerine...”

**BAŞKAN** – Sayın Özdoğan, özetler misiniz?

**İBRAHİM ÖZDOĞAN** (Devamla) – Hemen soruyu soruyorum Sayın Başkanım.

Değerli arkadaşlar, Sayın Başkanım, eğer, mağdur bir örgüt tarafından veya güçlü, kuvvetli insanlar tarafından tehdit edilirse, mağdur nasıl şikâyette bulunacaktır? Zaten, Türkiye’de gösterilen televizyonlardaki filmlerle suç oranı her gün artıyor, bu yasa çıktığı takdirde, Türkiye’de, maalesef, çeşitli örgütler suç makinesi haline gelecektir ve zavallılar, mağdurlar sürekli ezilecektir. Bunu sormak istiyorum ve Sayın Bakanımızdan yorumunu almak istiyorum ve kamuoyunun takdirine sunuyorum.

Teşekkür ederim.

**BAŞKAN** – Teşekkür ediyoruz Sayın Özdoğan.

Sayın Kart buyurun.

*SORU (3)*

**ATILLA KART** (Konya) – Teşekkür ederim Sayın Başkan.

Değerli arkadaşlarım, bu teklinin özündeki yanlışlardan birisi de, kolluk güçlerinin yetkisinin artırıl-

masını sağlamaya yönelik özellikler içeriyor, bunu, ilerleyen aşamalarda somut örnekleriyle anlatacağız. Gerek bunun tesiri gerekse 22. Yasa Döneminde hem yürütme organı tarafından hem yasama organı tarafından savcılık makamlarına yönelik müdahale sebebiyle, bunların çok somut ve yaygın bir hal almış olması sebebiyle iki konuda Sayın Bakana soru yöneltmek istiyorum.

Aslında, bu sorduğum soruları her zeminde soruyorum Sayın Bakana. En son, iki gün evvel, üç gün evvel Plan Bütçede sordum Adalet Bakanlığının bütçesinin görüşmeleri esnasında, ama Sayın Bakan, yine, bir şekilde cevap vermemeyi başardı.

Bu değerlendirmeden sonra sorumu soruyorum. İGDAŞ yolsuzluğu Sayın Bakan, 142 sanıklı dosya, Başbakanlık Müsteşarı dahil olmak üzere İstanbul Büyükşehir Belediyesi kadrosunun yargılandığı dosya...

**MUSTAFA NURİ AKBULUT** (Erzurum) – Sayın Başkan, ne ilgisi var kanunla bunun?

**ORHAN ERASLAN** (Niğde) – Niye rahatsız oluyorsun?

**ATILLA KART** (Konya) – Savcılık müdahaleden söz edeceğim.

**BAŞKAN** – Efendim dinleyelim, soruyu dinleyelim lütfen.

**ATILLA KART** (Konya) – Burada beş milletvekili yargılanıyor Sayın Bakan, dört milletvekili hakkında Anayasa gereği doğru bir şekilde dosyanın tefrikine karar veriliyor. Beşinci milletvekili kim, nerede bunun dosyası? Arıyoruz, soruyoruz,

Sayın Enerji Bakanının dosyası. Enerji Bakanı hakkında da, o dosyada yolsuzluğa karıştığı, gayri yasal yollardan elde edilen paralara kasa olarak nezaret ettiği suçlaması var. Mülkiye müfettişlerinin raporu. On ay sonra, milletvekili seçildikten on ay sonra Enerji Bakanı hakkında o nasıl bir savcılık makamıdır ki ek takipsizlik kararı veriyor? O savcı bu cesareti nereden alıyor, bu himayeyi nereden alıyor? Birinci sorum bu. Buna lütfen somut bir şekilde cevap vermenizi istiyorum.

İkinci olay şu: Yasama organının -yürütmeyi bıraktık- yargıya müdahalesi. Şemdinli Araştırma Komisyonu... Milletvekili arkadaşımız hakkında, Komisyon Başkanı hakkında yargıya müdahale ettiği ve görevini kötüye kullandığından bahisle yapılan bir suç duyurusu. İlgili savcı dosyayı inceliyor, kabul ediyor, eylemin varlığını kabul ediyor, tartışıyor bunu, fezlekede tartışıyor veya takipsizlik kararında tartışıyor. Ondan sonra delillerin tartışmasına giriyor. Suç sabit olmamıştır, suçun unsurları sabit olmamıştır. Bir savcı delillerin değerlendirmesini, yargı makamlarının tespit etmesi gereken delillerin değerlendirmesini nasıl yapabilir?

Bir taraftan neyi görüyoruz? Yasama sorumsuzluğuna müdahaleyi görüyoruz, bir taraftan yasama dokunulmazlığının nasıl kötüye kullanıldığını görüyoruz. Bu iki olay, Adalet Bakanlığının ve Hükümetin doğrudan veya dolaylı bilgisi olmadan gerçekleşemez diye düşünüyorum. Bu konuda kamuoyunu

tatmin edecek somut, tatminkâr açıklama yapmaya davet ediyorum.

Teşekkür ediyorum.

**BAŞKAN** – Teşekkür ediyoruz Sayın Kart.

Sayın Eraslan...

*SORU (4)*

**ORHAN ERASLAN** (Niğde) – Sayın Başkan, aracılığınızla, Sayın Bakana çok basit bir soru sormak istiyorum. Şimdi, Adalet ve Kalkınma Partisinin çıkan sayın sözcüleri Anayasa'ya aykırılığın mücerret iddia olduğunu söylediler. Dayak yiyen bir vatandaşımız hafif yaralandığında, savcıya şikâyetçi oldu. Kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verildiğinde, bu vatandaşımızın gidebileceği yer neresidir? Şikâyete devam ediyor, paraya razı değil, sanığın cezalandırılmasını istiyor; para sizin olsun diyor, cezalandırılısın sanık diyor. Gideceği yer neresidir?

Teşekkür ederim.

**BAŞKAN** – Teşekkür ediyorum Sayın Eraslan.

Sayın Meral... Yok.

Sayın Osman Özcan...

*SORU (5)*

**OSMAN ÖZCAN** (Antalya) – Sayın Bakanım bir sorum var.

Anlaşıyor ki, bu teklifle, uzlaşma adı altında bir sistem genişletilerek getiriliyor. Parası olan, kaba bir tarifile, baskıyla, uzlaşma yolu bulacağı düşünülün. Ama çocukların neyi olacak? Anasız, baba-sız çocuklar kiminle uzlaşacak, muhatabı kim olacak? Buna da bir çözüm bulabilecek misiniz?

Teşekkür ederim.

**BAŞKAN** - Teşekkür ederim Sayın Özcan.

Sayın Ekmekcioğlu, süremiz doldu, kısa, öz...

Buyurun.

*SORU (6)*

**HÜSEYİN EKMEKCİOĞLU**

(Antalya) - Teşekkür ediyorum Sayın Başkan.

Bu teklifle, Anayasa'mızın eşitlik ilkesi bir kez daha tartışmaya açılıyor. Bu yeni getirilen sistemle, uzlaşma kamu davasının nasıl açılmasının ertelenmesi hükmünün açıklamasının geri bırakılması sistemini getirdiği açıktır. Bu sistem hangi Avrupa ülkelerinde yer alıyor, açıklar mısınız?

Teşekkür ediyorum.

**BAŞKAN** - Teşekkür ederiz.

Sayın Özkan...

*SORU (7)*

**RAMAZAN KERİM ÖZKAN**

(Burdur) - Sayın Başkan teşekkür ederim.

Sayın Bakandan bir konuya açıklık getirmesini istiyorum. Meclis çalışmalarının dakikasının 13 milyar olduğu hepimiz tarafından malumdur. Ancak, bu yasa, bir yıl bile geçmemesine rağmen, beş kez değişikliğe uğramıştır. Bunu nasıl açıklarsınız?

Ayrıca, Emniyet kayıtlarında, son dokuz ayda, 185.545 kişi değişik suçlardan, gasp, hırsızlık, cinayet, cinnet gibi suçlara muhatap olmuşlar. Bu konularla ilgili cezai işlemler yapılması gerekirken

(Sosyal bir yaradır.) bu şekildeki yasalarla Meclisin vaktini almayı haklı buluyor musunuz?

Teşekkür ederim.

**BAŞKAN** - Teşekkür ederim Sayın Özkan.

Sayın Torun, buyurun.

*SORU (8)*

**CAVİT TORUN** (Diyarbakır) -

Sayın Başkanım, aracılığımızla Sayın Bakanımıza şu soruyu yöneltiyorum: Şu anda görüşülmekte olan kanunun 22. maddesinin üçüncü bendinde "Kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilebilmesi için uzlaşmaya ilişkin hükümler saklı kalmak üzere" başlığıyla devam eden dört alt bendinde hükümler sıralanıyor ve (d) bendinde "Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi koşullarının birlikte gerçekleştirilmesi" kuralına bağlandığı ifade ediliyor.

Sayın Bakanım, sorum şu: Bu hüküm daha önce mahkemeler tarafından verilen kararların, eski 647 sayılı Kanun'un 4 ve 6. maddelerinin eşiti midir? Eğer, burada, sanık, mağdur tarafı verilmiş olan kararın kendisi açısından kabul edilebilir olduğunu düşünmüyor ise, temyiz yoluna gitme yolu mu açıktır? Bunun açıklanmasını arz ve talep ediyorum.

Saygılar sunuyorum.

**BAŞKAN** - Teşekkür ederim Sayın Torun.

Sayın Tekelioğlu...

SORU (9)

**MEHMET S. TEKELİOĞLU** (İzmir) – Sayın Başkan, gördüğüm kadarıyla burada görüşülmekte olan kanun maddeleriyle ve kanunla hiç ilgisi olmayan sorular soruluyor. Bundan cesaret alarak bir soru da ben sormak istiyorum.

Sayın Bakanım, bu kanunla hiç ilgisi olmayan soruları ve maddelerle hiç ilgisi olmayan soruları cevaplandırarak mısınız?

Teşekkür ediyorum.

**BAŞKAN** – Teşekkür ediyoruz.

**K. KEMAL ANADOL** (İzmir) – Bu ne demek Sayın Başkan? Sizin görevinize müdahale.

**SALİH KAPUSUZ** (Ankara) – Gayet doğal, bir milletvekili olarak hakkı.

**K. KEMAL ANADOL** (İzmir) – Ne demek bu! Böyle gayriciddilik olmaz!

**ORHAN ERASLAN** (Niğde) – Hangisi kanunla ilgili değil?

**BAŞKAN** – Sayın Bakan, buyurun.

**MEHMET NURİ SAYGUN** (Tekirdağ) – Önce bu soruya cevap versin ama.

**BAŞKAN** – Sayın Bakanım, buyurun.

### **(YANIT)**

**ADALET BAKANI CEMİL ÇİÇEK** (Ankara) – Teşekkür ederim Sayın Başkan.

Değerli arkadaşlarım, evvela, zorunlu müdafilikle ilgili sorudan başlamak istiyorum. Zorunlu müdafilikle ilgili, biz, geçtiğimiz hazi-  
randa yürürlüğe giren yasayla bazı

düzenlemeler yaptık. Bu düzenlemeleri, adil yargılama ilkesi ve hukukun üstünlüğü ilkesine dayalı olarak yaptık. Türkiye'deki yargılamayla ilgili, yerli yersiz, dışarıda içeride, tartışmaları ortadan kaldırmak ve yargı kararlarına olan güveni sağlamak adına bu düzenlemeleri yaptık.

Esas itibarıyla, maddenin yazılış tarzında, barolarla yaptığımız görüşmelerde, herhangi bir yanlışlık ya da eksiklik yok. Ancak, uygulamada, maalesef, maddenin düzenlenişindeki maksadın dışında uygulamalar söz konusu olduğu için, bir, bundan dolayı yeni baştan bu maddeyi düzenleme mecburiyeti hasıl oldu.

İkinci olarak da, yine, zorunlu müdafilikle ilgili olarak, hakikaten, barolarımızın ve avukat meslektaşlarımızın çok büyük bir özverisi oldu, fedakârlığı oldu, buradan kendilerine teşekkür ediyorum. Bunun, yeni baştan, ödemelerle ilgili olarak da bir usule bağlanması zureti hâsıl oldu. Bunları da dikkate almak suretiyle, barolarla yaptığımız görüşmeler, münferit olarak bize ulaşan talepler ve arzuları da dikkate alarak bir düzenlemeyi burada getiriyoruz. Burada konu biraz daha daraltılarak bir düzenleme var. Ödemelerde karşılaştığımız sıkıntıları ortadan kaldırmak adına Adalet Bakanlığı bütçesinden ve yargılama gideri olarak karara dercedilmek üzere bir düzenlemeyi getiriyoruz. Ümit ediyorum, bu uygulama bu sıkıntıları büyük ölçüde ortadan kaldırmış olacaktır.

Şimdi, hırsızlık ve yağma suçlarıyla ilgili olarak... Aslında, Ceza

Muhakemesi Kanunu'nun 100. maddesinde tutuklama sebepleri yazılıdır. Özellikle son fıkrasında da, o son fıkra tersinden okunduğunda bir yılı geçen hapis cezaları bakımından tutuklama imkânı var. Ancak, şu ana kadarki uygulamada bu fıkraya daha fazla açıklık getirebilmek ve son zamanlarda artan hırsızlık ve yağma suçlarıyla ilgili kamuoyunun beklentilerini dikkate alarak konuyu uygulamacıların dikkatine getirebilmek için, onunla ilgili olarak da 100. maddeye, katalog suçları içerisine kuvvetli şüphenin mevcudiyeti halinde tutuklama imkânını daha net ortaya koyabilmek adına bir düzenleme burada getirilmektedir.

Bu yasaların Avrupa Birliğiyle alakası yoktur, bugün görüştüğümüz maddelerin veya görüşeceğimiz maddelerin. Avrupa Birliğiyle doğrudan alakası olan bir husus değil. Ancak, bunlar, netice itibarıyla, Türk insanının, toplumun ihtiyaçlarını dikkate alarak yapılmış düzenlemelerdir. Özellikle göz ardı edilen husus şudur: Her adli yılın açılışında sayın başkanların yaptığı açıklamalarda... Biz de zaman zaman aynı konuya temas ediyoruz, vatandaşlarımızın da bu konuda serzenişleri var, her geçen gün davaların sayısı artıyor. Davaların sayısı artıyor, bu davaların üstesinden gelebilmek adına da hiç durmadan yeni mahkemeler kuruyoruz. Yeni mahkemeler kurdukça da, daha beş sene evvel, on sene evvel bitmiş olan adliye binaları kâfi gelmiyor. Mesela, en yeni biten adliyelerin başında Bursa Adliyesi gelir. Daha dün denecek kadar ki-

sa bir süre evvel yapılmış, bitirilmiş olan Bursa Adliyesi bugün kâfi gelmiyor. Ankara başkent, bugün Adliyeye neredeyse kiralık bina arayacak hale geldik artan davalar sebebiyle.

O halde, klasik usulle yargının iş yükünü azaltmak mümkün olmayacağına ve hâkimlerin yetişmesi de çok kolay olmayacağına göre, mutlaka çağdaş çözüm usullerini hukukumuzda kazandırmak gerekmektedir. Bu konu, alternatif uyuşmazlık çözümleri Avrupa Konseyinin de gündeminde olan bir konudur ve müteaddit defalar bu konuyla ilgili Avrupa'da toplantılar yapılmıştır. Biz de katıldık. Daha bir süre evvel katıldığımız toplantılar var. Bunun yollarından bir tanesi de, işte bugün bu Kanun'la, bu Teklif'le gündeme getirilen bir kısım yeni usullerdir. İşte, uzlaşma bunlardan bir tanesidir, diğer iki müessese bununla bağlantılıdır. Dolayısıyla, bir taraftan yargının iş yükünü azaltabilmek, öbür taraftan kamu barışını tesis etmek ve benzeri bir kısım sebepler dikkate alınmak suretiyle bu düzenlemeler yapılmıştır.

Yine, burada bir yanlışlık oldu Sayın Özdoğan, okuduğunuz maddeyle gerekçe farklı maddelere tekbül ediyor, onu tavzih etmek isterim.

Şimdi, bir arkadaşımızın sorduğu "savcılar cesareti nereden alıyor" tarzındaki bir sorudur. Bu soruyu, keşke sorulmamış olsaydı diye düşünürüm. Bir hukuk devletinde, hâkimler de, savcılar da, kamu adına yetki kullanan herkes ce-

sareti de yasadan alır, gücü kuvveti de yasadan alır.

**ATILLA KART** (Konya) – Hukuksuzluğun cesaretini nereden alıyor?

**K.KEMAL ANADOL** (İzmir) – Hukuksuzluk da var Sayın Bakan.

**ADALET BAKANI CEMİL ÇİÇEK** (Ankara) – Müsaade ederse-niz...

**K.KEMAL ANADOL** (İzmir) – Adam bakan!

**ATILLA KART** (Konya) – Sayın Bakan, hukuksuz bir fiilin cesaretini nereden alıyor? Bunu bilmek istiyorum.

**ADALET BAKANI CEMİL ÇİÇEK** (Ankara) – Ben kendi inancımı söyleyeyim. Bir soru sordunuz...

**ATILLA KART** (Konya) – Benim soruma cevap verin.

**BAŞKAN** – Sayın Kart, lütfen, cevabı dinleyelim. Beğenmeyebiliriz. Cevabı dinleyelim.

**ADALET BAKANI CEMİL ÇİÇEK** (Ankara) – Beğenirsiniz, beğenmezsiniz, takdir edersiniz, etmezsiniz, ama Sayın Kart, kusura bakmayın, yani, sizin arzu ettiğiniz tarzda cevap vermek mecburiyetinde değilim. Soruyu sordunuz, ben inandığımı söylüyorum.

**ATILLA KART** (Konya) – Hima-yeyi nereden alıyor Sayın Bakan?

**K.KEMAL ANADOL** (İzmir) – Bakan hakkında...

**ADALET BAKANI CEMİL ÇİÇEK** (Ankara) – Savcılar yetkiyi

Anayasa'dan alır, yasadan alır, ce-sareti de oradan alır.

**ATILLA KART** (Konya) – Hima-yeyi nereden alıyor?

**ADALET BAKANI CEMİL ÇİÇEK** (Ankara) – Bunun dışında, hiçbir yerden, ne hâkim ne savcı cesaret alamaz. Vereceğim cevap budur.

**ATILLA KART** (Konya) – Sayın Bakan, himayeyi nereden alıyor? Onu soruyorum.

**ADALET BAKANI CEMİL ÇİÇEK** (Ankara) – Onun dışında bir husus varsa, İç Tüzük'teki denetim yollarından gitmek suretiyle, yazılı soru sorarsınız, biz de size cevabını bugüne kadar verdik, bundan sonra da vermeye devam ederiz.

**ATILLA KART** (Konya) – Ba-şardınız Sayın Bakan, bravo. Soru-yu gene geçiştirdiniz.

**K.KEMAL ANADOL** (İzmir) – Bakan olmuş, nasıl takipsizlik ka-rarı veriliyor?

**ADALET BAKANI CEMİL ÇİÇEK** (Ankara) – Evet. Yani benim bu noktadaki söyleyeceğim şeyler bunlardır.

Diğer konularla ilgili olarak ar-kadaşlarımızın sorduğu sorular et-raflı izahatı gerektiren sorulardır. Süreye de dikkat ettiğimiz göz önü-ne alınarak, onlara da yazılı cevap vereceğim.

Teşekkür ederim.

**BAŞKAN** – Teşekkür ediyoruz Sayın Bakan.

Sayın milletvekilleri, soru-ce-vap faslı tamamlanmıştır.

# YENİ CMK TARİFESİ

Tarife, 28 Kasım 2006 Salı günü 26360 sayılı Resmi Gazetede yayınlandı.

CMK gereğince yapılacak hukuki yardımlar için avukatlık ücret tarifesi genel hükümleri şöyle:

## **Konu ve kapsam**

**MADDE 1** - (1) 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 13 üncü maddesi uyarınca baro tarafından müdafî, vekil ve uzlaştırıcı olarak tayin edilen avukatların yapacakları hukuki yardımlar için bu Ücret Tarifesi uygulanır.

## **Ücret:**

**MADDE 2** - (1) Soruşturma ve kovuşturma sırasında yapılacak hukuki yardım için bu Tarifede gösterilen ücret ödenir.

(2) Müdafî ve vekil olarak görevlendirilen avukata, CMK Ücret Tarifesine göre makbuz karşılığı ödeme yapılır. Soruşturma ve kovuşturmada ayrı ücret ödenir. Soruşturma evresinde bir kişi için bir avukata birden fazla ve kovuşturma evresinde de bir kişi için bir avukata birden fazla ücret öden-

mez. Soruşturma ve kovuşturmada birden fazla kişi için, yararları uygun olduğu sürece tek müdafî veya vekil tayin edilebilir ve müdafî veya vekil olarak görevlendirilen avukata en fazla on kişi ücreti ödenir.

## **Hukuki hizmeti sona erdiren haller:**

**MADDE 3** - (1) Görevsizlik, yetkisizlik, davanın nakli veya başka nedenlerle müdafîlik veya vekillik görevi sona ererse, Tarifede yazılı ücret ödenir.

(2) İş sahibinin sonradan bir müdafî veya vekil seçmesi nedeniyle görevi sona eren müdafî veya vekile ise Tarifede yazılı ücret tam olarak ödenir.

## **Davaların birleştirilmesi:**

**MADDE 4** - (1) Davaların birleştirilmesi durumunda tek ücret ödenir.

## **Yarar çatışması:**

**MADDE 5** - (1) Birden çok kişinin savunmasını üstlenen müdafî veya vekil yarar çatışması nedeniyle görevinden bütünüyle çekilmek zorunda kalırsa, ücreti tam olarak ödenir.

**Uygulanacak ücret tarifesi:**

**MADDE 6** - (1) Müdafilik ve vekillik ücretinin takdirinde hukuki yardımın bittiği tarihte yürürlükte olan tarife esas alınır.

**Rücu hakkı:**

**MADDE 7** - (1) Yargılama giderleri ile mahkûm olan sanıklardan veya suçtan zarar görenlerden, müdafie veya vekile ödenen ücreti ödeyebilecek durumda olanlara Türkiye Barolar Birliği rücu edebilir.

**Yürürlük:**

**MADDE 8** - (1) Bu Tarife yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

1- Hazırlık aşamasında takip edilen işler için- 120,00 YTL

2- Sulh Ceza Mahkemelerinde takip edilen davalar için- 180,00 YTL

3- Asliye Ceza Mahkemelerinde takip edilen davalar için- 200,00 YTL

4- Ağır Ceza Mahkemelerinde takip edilen davalar için- 375,00 YTL

**5- Çocuk Mahkemeleri:**

a) Çocuk Ağır Ceza Mahkemelerinde takip edilen davalar için Ağır Ceza Mahkemelerinde ödenen ücret ödenir

b) Çocuk Mahkemelerinde takip edilen davalar için. Asliye Ceza Mahkemelerinde ödenen ücret ödenir

6- Kanun Yollarında görülen davaların duruşmaları için - 350,00YTL

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 253 üncü maddesinin 8 inci fıkrası yollamasıyla Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında (5320 sayılı) Kanunun 13 üncü maddesinin (4) üncü bendi gereğince Uzlaştırıcıya Ödenecek Ücret: 300,00 YTL

## TCK / YTCK KARŞILAŞTIRMA ÇİZELGESİ

TCK	YTCK	TCK	YTCK	TCK	YTCK	TCK	YTCK	TCK	YTCK
1	<b>2</b>	33	<b>53</b>	66	<b>40</b>	99	<b>73</b>	132	<b>326</b>
2	<b>7</b>	34	<b>53</b>	67	<b>40</b>	100	<b>74</b>	133	<b>328, 331</b>
3	<b>8, 9</b>	35	<b>53</b>	68	-	101	-		<b>335</b>
4	<b>10, 13</b>	36	<b>54, 55</b>	69	-	102	<b>66</b>	134	<b>338</b>
5	<b>11</b>	37	-	70	-	103	<b>66</b>	135	<b>332</b>
6	<b>12</b>	38	-	71	-	104	<b>67</b>	136	<b>329, 330</b>
7	<b>12</b>	39	-	72	-	105	<b>67</b>	137	<b>327</b>
8	-	40	<b>16, 63</b>	73	-	106	<b>67</b>	138	<b>333</b>
9	<b>18</b>	41	<b>53</b>	74	-	107	<b>67</b>	139	<b>321</b>
10	<b>5</b>	42	-	75	-	108	<b>73</b>	140	-
10/a	<b>19</b>	43	<b>47</b>	76	-	109	-	141	-
11	<b>45</b>	44	<b>4</b>	77	-	110	<b>74</b>	142	-
12	-	45	<b>21, 22</b>	78	<b>42</b>	111	<b>64</b>	143	-
13	<b>47, 48</b>	46	<b>32, 57</b>	79	<b>44</b>	112	<b>68</b>	144	<b>325</b>
14	-	47	<b>32</b>	80	<b>43</b>	113	<b>68</b>	145	<b>300</b>
15	<b>49</b>	48	<b>34</b>	81	<b>58</b>	114	<b>71</b>	146	<b>309, 311</b>
16	-	49	<b>24, 25</b>	82	<b>58</b>	115	<b>69</b>	147	<b>312</b>
17	-	50	<b>27</b>	83	-	116	<b>72</b>	148	<b>320</b>
18	-	51	<b>29</b>	84	<b>58</b>	117	<b>72</b>	149	<b>313</b>
19	-	52	<b>30</b>	85	<b>58</b>	118	<b>68</b>	150	<b>315</b>
20	<b>53</b>	53	<b>31</b>	86	<b>58</b>	119	<b>75</b>	151	-
21	-	54	<b>31</b>	87	<b>58</b>	120	<b>74</b>	152	<b>317</b>
22	-	55	<b>31</b>	88	<b>58</b>	121	-	153	<b>319</b>
23	-	56	-	89	-	122	-	154	-
24	-	57	<b>33</b>	90	-	123	-	155	<b>318</b>
25	<b>50</b>	58	<b>33</b>	91	-	124	-	156	<b>310</b>
26	-	59	<b>62</b>	92	<b>51</b>	125	<b>302</b>	157	<b>310</b>
27	-	60	-	93	<b>51</b>	126	<b>303</b>	158	<b>299</b>
28	-	61	<b>35, 36</b>	94	-	127	<b>304, 305</b>	159	<b>301</b>
29	<b>61</b>	62	<b>35</b>	95	<b>51</b>	128	<b>306</b>	160	-
30	<b>61</b>	63	-	96	<b>64</b>	129	<b>308</b>	161	<b>323</b>
31	-	64	<b>37, 38</b>	97	<b>65, 74</b>	130	<b>308, 322</b>	162	-
32	-	65	<b>39</b>	98	<b>65, 74</b>	131	<b>307</b>	163	-

**İSTANBUL BAROSU DERGİSİ -CEZA ÖZEL SAYI-**

TCK	YTCK	TCK	YTCK	TCK	YTCK	TCK	YTCK	TCK	YTCK
164	<b>340</b>	196	<b>132</b>	227	-	260	<b>265</b>	293	<b>274</b>
165	<b>341</b>	197	<b>132</b>	228	<b>257</b>	261	<b>263</b>	294	<b>257</b>
166	<b>342</b>	198	<b>137</b>	229	<b>258</b>	262	<b>196</b>	295	<b>257</b>
167	<b>343</b>	199	<b>139</b>	230	<b>257</b>	263	<b>195</b>	296	<b>281, 283</b>
168	<b>314</b>	200	<b>137</b>	231	-	264	<b>174</b>		<b>284</b>
169	<b>315</b>	201	<b>117</b>	232	<b>277</b>	265	<b>6</b>	297	<b>281</b>
170	<b>314</b>	201/a	<b>79</b>	233	-	266	<b>125</b>	298	<b>292</b>
171	<b>316</b>	201/b	<b>80</b>	234	-	267	-	299	<b>292</b>
172	-	202	<b>247, 248</b>	235	<b>279</b>	268	<b>125</b>	300	<b>293</b>
173	<b>304</b>	203	<b>251</b>	236	<b>260</b>	269	-	301	<b>294</b>
174	<b>114</b>	204	-	237	<b>230</b>	270	<b>127</b>	302	<b>294</b>
175	<b>115</b>	205	-	238	<b>259</b>	271	<b>265</b>	303	<b>295</b>
176	<b>153</b>	206	-	239	<b>324</b>	272	-	304	<b>296</b>
177	<b>153</b>	207	-	240	<b>257</b>	273	-	305	-
178	<b>130</b>	208	-	241	<b>219</b>	274	<b>203</b>	306	
179	<b>109</b>	209	<b>250</b>	242	<b>219</b>	275	<b>205</b>	307	
180	<b>109, 110</b>	210	-	243	<b>94</b>	276	<b>289</b>	307/a	<b>297</b>
181	<b>109</b>	211	<b>252</b>	244	-	277	<b>289</b>	307/b	<b>298</b>
182	<b>234</b>	212	<b>252</b>	245	<b>256</b>	278	<b>255</b>	308	<b>150</b>
183	<b>120</b>	213	<b>252</b>	246	<b>261</b>	279	<b>6</b>	309	<b>290</b>
184	<b>109</b>	214	<b>252</b>	247	-	280	-	310	<b>290</b>
185	-	215	<b>254</b>	248	-	281	<b>266</b>	311	<b>214</b>
186	<b>295</b>	216	<b>252</b>	249	-	282	<b>260</b>	312	<b>215, 216</b>
187	-	217	-	250	-	283	<b>270, 271</b>		<b>217</b>
188	<b>108, 112</b>	218	<b>255</b>	251	-	284	<b>291</b>	312/a	<b>213</b>
	<b>113, 119</b>	219	<b>249</b>	252	<b>262</b>	285	<b>267, 269</b>	313	<b>220</b>
189	<b>6</b>	220	<b>253</b>	253	<b>264</b>	286	<b>272</b>	314	<b>220</b>
190	-	221	-	254	<b>265</b>	287	<b>275</b>	315	-
191	<b>106</b>	222	-	255	<b>265</b>	288	<b>273</b>	316	<b>197</b>
192	<b>107</b>	223	-	256	<b>265</b>	289	<b>274</b>	317	<b>197</b>
193	<b>116</b>	224	-	257	<b>265</b>	290	<b>276</b>	318	<b>197</b>
194	<b>116</b>	225	-	258	<b>265</b>	291	<b>272</b>	319	<b>197</b>
195	<b>132, 133</b>	226	-	259	-	292	<b>273</b>	320	<b>197</b>

**Yararlı Bilgiler**

<b>TCK</b>	<b>YTCK</b>	<b>TCK</b>	<b>YTCK</b>	<b>TCK</b>	<b>YTCK</b>	<b>TCK</b>	<b>YTCK</b>	<b>TCK</b>	<b>YTCK</b>
321	<b>197</b>	354	-	387	<b>179</b>	420	-	457	<b>86</b>
322	<b>199</b>	355	-	388	-	421	<b>102, 105</b>	458	<b>86</b>
323	<b>200</b>	356	-	389	<b>179</b>	422	-	459	<b>89</b>
324	<b>200</b>	357	<b>268</b>	390	<b>124</b>	423	<b>104</b>	460	<b>88</b>
325	-	358	<b>237</b>	391	<b>124</b>	424	-	461	-
326	<b>201</b>	359	<b>237</b>	392	-	425	<b>104</b>	462	-
327	-	360	-	393	-	426	<b>226</b>	463	-
328	-	361	<b>238</b>	394	<b>185</b>	427	<b>226</b>	464	-
329	-	362	<b>238</b>	395	<b>186</b>	428	<b>226</b>	465	<b>89</b>
330	-	363	-	396	-	429	<b>109</b>	466	<b>106</b>
331	<b>198</b>	364	-	397	<b>187</b>	430	<b>109</b>	467	-
332	<b>202</b>	365	-	398	-	431	<b>109</b>	468	<b>99</b>
333	<b>199, 202</b>	366	<b>235</b>	399	-	432	<b>110</b>	469	<b>100</b>
334	-	367	<b>235</b>	400	-	433	-	470	<b>99</b>
335	-	368	<b>235</b>	401	<b>240</b>	434	-	471	<b>99</b>
336	-	369	<b>170</b>	402	-	435	<b>227</b>	472	<b>99</b>
337	-	370	<b>170</b>	403	<b>188</b>	436	<b>227</b>	473	<b>97</b>
338	-	371	-	404	<b>190, 191</b>	437	-	474	<b>97</b>
339	<b>204</b>	372	<b>170</b>	405	<b>192</b>	438	-	475	<b>97</b>
340	<b>204</b>	373	<b>170</b>	406	-	439	<b>109</b>	476	<b>98</b>
341	<b>204</b>	374	-	407	-	440-444	-	477	<b>232</b>
342	<b>204</b>	375	<b>171</b>	408	-	445	<b>231</b>	478	<b>232</b>
343	<b>206</b>	376	<b>170</b>	409	<b>193</b>	446	<b>231</b>	479	-
344	-	377	<b>170</b>	410	-	447	<b>231</b>	480, 480/a	<b>125</b>
345	<b>207, 208</b>	378	<b>170</b>	411	-	448	<b>81</b>	481	<b>127</b>
346	-	379	-	412	-	449	<b>82</b>	482	<b>125</b>
347	<b>204</b>	380	<b>170</b>	413	-	450	<b>82</b>	483	<b>125</b>
348	<b>205</b>	381	-	414	<b>103</b>	451	<b>82</b>	484	<b>126</b>
349	<b>210</b>	382	<b>170</b>	415	<b>103</b>	452	<b>83</b>	485	<b>129</b>
350	-	383	<b>171</b>	416	<b>103, 104</b>	453	<b>82</b>	486	<b>128</b>
351	-	384	<b>223</b>	417	<b>103</b>	454	<b>84</b>	487	<b>125</b>
352	-	385	<b>179</b>	418	<b>103</b>	455	<b>85</b>	488	<b>131</b>
353	<b>207</b>	386	-	419	<b>225</b>	456	<b>86, 88</b>	489	-

**İSTANBUL BAROSU DERGİSİ -CEZA ÖZEL SAYI-**

TCK	YTCK	TCK	YTCK	TCK	YTCK	TCK	YTCK	TCK	YTCK
490	-	521/a	<b>163</b>	549	-	582	-		
491	<b>141, 142</b>	521/b	<b>163</b>	550	-	583	-		
492	<b>143</b>	522	<b>145, 150</b>	551	<b>170</b>	584	-		
493	<b>142</b>	523	<b>168</b>	552	<b>176</b>	585	-		
494	<b>144, 146</b>	524	<b>167</b>	553	<b>176</b>	586	-		
	<b>147</b>	525	-	554	<b>176</b>	587	-		
495	<b>148</b>	525/a	-	555	<b>178</b>	588	-		
496	<b>148</b>	525/b	<b>244</b>	556	-	589	-		
497	<b>149</b>	525/c	<b>244</b>	557	-	590	-		
498	-	525/d	<b>244</b>	558	-	591	<b>344</b>		
499	-	526	<b>222</b>	559	-	592	<b>345</b>		
500	-	527	<b>98</b>	560	<b>175</b>	Ek 1-6	-		
501	<b>142</b>	528	-	561	<b>175</b>				
502	<b>6</b>	529	-	562	<b>175</b>				
503	<b>157</b>	530	<b>280</b>	563	<b>177</b>				
504	<b>158</b>	531	-	564	<b>177</b>				
505	<b>158</b>	532	-	565	-				
506	<b>161</b>	533	-	566	<b>176</b>				
507	<b>162</b>	534	-	567	<b>228</b>				
508	<b>155</b>	535	-	568	<b>228</b>				
509	<b>156, 209</b>	536	-	569	<b>228</b>				
510	<b>155, 289</b>	537	-	570	-				
511	<b>160</b>	538	-	571	-				
512	<b>165</b>	539	-	572	-				
513	<b>154</b>	540	-	573	-				
514	<b>154</b>	541	-	574	-				
515	<b>154</b>	542	-	575	-				
516	<b>151, 152</b>	543	-	576	<b>105</b>				
517	<b>151</b>	544	-	577	-				
518	-	545	<b>229</b>	578	-				
519	-	546	<b>123</b>	579	<b>166</b>				
520	-	547	<b>123</b>	580	<b>166</b>				
521	<b>151</b>	548	-	581	<b>166</b>				

**YTCK / TCK KARŞILAŞTIRMA ÇİZELGESİ**

YTCK	TCK	YTCK	TCK	YTCK	TCK	YTCK	TCK	YTCK	TCK
1	-	32	<b>46, 47</b>	60	-		<b>458</b>		<b>429, 430</b>
2	<b>1</b>	33	<b>57, 58</b>	61	<b>29, 30</b>	87	<b>456</b>		<b>431</b>
3	-	34	<b>48</b>	62	<b>59</b>	88	<b>456/4</b>	110	<b>180/2,</b>
4	<b>44</b>	35	<b>61, 62</b>	63	<b>40</b>	89	<b>459</b>	111	<b>432</b>
5	<b>10</b>	36	<b>61/son</b>	64	<b>96</b>	90	-	112	-
6	<b>189, 279</b>	37	<b>64, 463</b>	65	<b>97, 98</b>	91	-	113	<b>188/6-9</b>
	<b>502</b>		<b>464</b>	66	<b>102, 103</b>	92	-	114	<b>188/5</b>
7	<b>2</b>	38	<b>64</b>		<b>109, 118</b>	93	-	115	<b>174</b>
8	<b>3</b>	39	<b>65</b>	67	<b>104, 405</b>	94	<b>243</b>	116	<b>175</b>
9	<b>3, 4</b>	40	<b>66, 67</b>		<b>106, 107</b>	95	<b>243/son</b>	117	<b>193</b>
10	<b>4/3</b>	41	-	68	<b>112, 113</b>	96	-	118	<b>201</b>
11	<b>5</b>	42	<b>78</b>		<b>118</b>	97	<b>473, 474</b>	119	-
12	<b>6, 7</b>	43	<b>80</b>	69	<b>115</b>		<b>475</b>	120	<b>188/son</b>
13	<b>4</b>	44	<b>79</b>	70	-	98	<b>476, 527</b>	121	<b>183</b>
14	-	45	<b>11</b>	71	<b>114</b>	99	<b>468, 470</b>	122	-
15	-	46	-	72	<b>116, 117</b>		<b>471, 472</b>	123	<b>546, 547</b>
16	<b>40</b>	47	<b>13</b>	73	<b>99, 108</b>	100	<b>469</b>	124	<b>390, 391</b>
17	<b>8</b>	48	<b>13</b>		<b>111</b>	101	-	125	<b>266, 268</b>
18	<b>9</b>	49	<b>15</b>	74	<b>97, 98</b>	102	<b>414, 415</b>		<b>480, 480/a</b>
19	<b>10/a</b>	50	<b>647/4</b>		<b>100, 110</b>		<b>416, 417</b>		<b>482, 483</b>
20	-	51	<b>91, 92, 93</b>		<b>120</b>		<b>418</b>		<b>487</b>
21	<b>45/1</b>		<b>95, 647/6</b>	75	<b>119</b>			126	<b>484</b>
22	<b>45</b>	52	<b>647/5</b>	76	-			127	<b>481</b>
23	-	53	<b>20, 25, 33</b>	77	-	103	<b>414, 415</b>	128	<b>486</b>
24	<b>49/1</b>		<b>34, 35, 41</b>	78	-		<b>416, 417</b>	129	<b>485</b>
25	<b>49/2-3</b>	54	<b>36</b>	79	<b>201/a</b>		<b>418</b>	130	<b>178</b>
26	-	55	<b>36</b>	80	<b>201/b</b>	104	<b>416/son</b>	131	<b>488</b>
27	<b>50</b>	56	-	81	<b>448</b>	105	<b>421, 576</b>	132	<b>195, 196</b>
28	-	57	<b>46, 47</b>	82	<b>449, 450</b>	106	<b>191</b>		<b>197, 200</b>
29	<b>51</b>	58	<b>81, 82, 84</b>	83	<b>452, 455</b>	107	<b>192</b>	133	-
30	<b>52</b>		<b>85, 86</b>	84	<b>454</b>	108	<b>188/1</b>	134	-
31	<b>53, 54, 55</b>		<b>87, 88</b>	85	<b>455</b>	109	<b>179, 180</b>	135	-
	<b>2253/12</b>	59	-	86	<b>456, 457</b>		<b>181, 184</b>	136	-

**İSTANBUL BAROSU DERGİSİ -CEZA ÖZEL SAYI-**

YTCK	TCK	YTCK	TCK	YTCK	TCK	YTCK	TCK	YTCK	TCK
137	-	166	<b>580</b>	195	<b>263</b>	226	<b>426, 428</b>	257	<b>228, 230</b>
138	-	167	<b>524</b>	196	<b>262</b>	227	<b>435, 436</b>	258	<b>240</b>
139	-	168	<b>523</b>	197	<b>316, 318</b>	228	<b>567, 569</b>	258	<b>229</b>
140	-	169	-		<b>320</b>	229	<b>545</b>	259	<b>208, 238</b>
141	<b>491/1-2</b>	170	<b>264/7</b>	198	<b>331</b>	230	<b>237</b>	260	<b>236</b>
142	<b>491/3-4</b>		<b>396, 370</b>	199	<b>322</b>	231	<b>445</b>	261	<b>246</b>
	<b>493</b>		<b>373, 551</b>	200	<b>323, 324</b>	232	<b>477, 478</b>	262	<b>252</b>
143	<b>492/1</b>	171	<b>383</b>	201	<b>326</b>	233	-	263	<b>261</b>
144	<b>308, 494</b>	172	<b>372</b>	202	<b>332, 333</b>	234	<b>182</b>	264	<b>253</b>
145	<b>522</b>	173	-	203	<b>274</b>	235	<b>366, 367</b>	265	<b>254, 255</b>
146	<b>494/1</b>	174	<b>264</b>	204	<b>339, 340</b>	236	-		<b>256, 257</b>
147	<b>494/3</b>	175	<b>560, 561</b>		<b>341, 342</b>	237	<b>358, 359</b>		<b>258, 260</b>
148	<b>495, 496</b>		<b>562</b>	205	<b>348</b>	238	<b>361</b>		<b>271</b>
	<b>501</b>	176	<b>552, 553</b>	206	<b>343</b>	239	-	266	<b>281</b>
149	<b>497</b>		<b>554</b>	207	<b>345</b>	240	<b>401</b>	267	<b>285</b>
150	<b>308, 522</b>	177	<b>563, 564</b>	208	<b>348</b>	241	-	268	-
151	<b>516/1, 521</b>	178	<b>555</b>	209	<b>509</b>	242	-	269	<b>285</b>
152	<b>516/2</b>	179	<b>385</b>	210	<b>349</b>	243	-	270	<b>283/2</b>
153	<b>176, 177</b>	180	<b>389</b>	211	<b>347</b>	244	<b>525/b</b>	271	<b>283/1</b>
154	<b>513</b>	181	-	212	-		<b>525/c</b>	272	<b>286</b>
155	<b>580, 510</b>	182	-	213	<b>312/a</b>	245	-	273	<b>288</b>
156	<b>509</b>	183	-	214	<b>149, 311</b>	246	-	274	<b>289</b>
157	<b>503</b>	184	-	215	<b>312</b>	247	<b>202/1-2</b>	275	<b>287</b>
158	<b>278, 504</b>	185	<b>394</b>	216	<b>312</b>	248	<b>202/3</b>	276	<b>290</b>
	<b>505</b>	186	<b>395</b>	217	<b>312</b>	249	<b>219/3</b>	277	<b>232</b>
159	-	187	<b>397</b>	218	<b>312</b>	250	<b>209</b>	278	<b>296</b>
160	<b>511</b>	188	<b>403</b>	219	<b>241, 242</b>	251	<b>203</b>	279	<b>235</b>
161	<b>506</b>	189	-	220	<b>313, 314</b>	252	<b>211, 212</b>	280	<b>530</b>
162	<b>507</b>	190	<b>404</b>	221	-		<b>213, 214</b>	281	<b>296</b>
163	<b>521/a</b>	191	<b>404</b>	222	<b>526/2</b>	253	<b>220</b>	282	-
	<b>521/b</b>	192	<b>405</b>	223	<b>384</b>	254	<b>215</b>	283	<b>296</b>
164	-	193	<b>409</b>	224	-	255	<b>218</b>	284	<b>296</b>
165	<b>512</b>	194	<b>574/2</b>	225	<b>419</b>	256	<b>245</b>	285	-

**Yararlı Bilgiler**

YTCK	TCK	YTCK	TCK	YTCK	TCK	YTCK	TCK	YTCK	TCK
286	-	319	<b>153</b>						
287	-	320	<b>148</b>						
288	-	321	<b>139</b>						
289	<b>276</b>	322	<b>130</b>						
290	<b>309, 310</b>	323	<b>161</b>						
291	<b>284</b>	324	<b>239</b>						
292	<b>298, 299</b>	325	<b>144</b>						
293	<b>300</b>	326	<b>132/1</b>						
294	<b>301, 302</b>	327	<b>132/2</b>						
295	<b>303</b>	328	<b>133</b>						
296	<b>304</b>	329	<b>136</b>						
297	<b>307/a</b>	330	<b>136</b>						
298	<b>307/b</b>	331	<b>133/son</b>						
299	<b>158, 160</b>	332	<b>135</b>						
300	<b>145</b>	333	<b>138</b>						
301	<b>159</b>	334	<b>132/3,4</b>						
302	<b>125</b>	335	<b>133/3,4,5</b>						
303	<b>126</b>	336	<b>137</b>						
304	<b>127, 173</b>	337	<b>137</b>						
305	<b>127, 173</b>	338	<b>134</b>						
306	<b>128</b>	339	<b>135</b>						
307	<b>131</b>	340	<b>164</b>						
308	<b>129, 130</b>	341	<b>165</b>						
309	<b>146</b>	342	<b>166</b>						
310	<b>156, 157</b>	343	<b>167</b>						
311	<b>146</b>	344	<b>591</b>						
312	<b>147</b>	345	<b>592</b>						
313	<b>149</b>								
314	<b>168, 170</b>								
315	<b>150, 169</b>								
316	<b>171</b>								
317	<b>152</b>								
318	<b>155</b>								

## CMUK / CMK MADDE EŞLEŞTİRME ÇİZELGESİ

CMUK	CMK	CMUK	CMK	CMUK	CMK	CMUK	CMK	CMUK	CMK
1	<b>3</b>	33	<b>35</b>	66	<b>63</b>	99	<b>121-130</b>	132	<b>145</b>
2	<b>10</b>	34	<b>36</b>	67	<b>69</b>	100	<b>138</b>	133	<b>146</b>
3	<b>8</b>	35	<b>37</b>	68	<b>65</b>	101	<b>121</b>	134	<b>146</b>
4	<b>9</b>	36	-	69	<b>70</b>	102	<b>122</b>	135	<b>147</b>
5	<b>10</b>	37	-	70	<b>71</b>	103	<b>131</b>	135/a	<b>148</b>
6	-	38	-	71	<b>66</b>	104	<b>100</b>	136	<b>149</b>
7	<b>4</b>	39	<b>39</b>	72	<b>66</b>	105	-	137	<b>149</b>
8	<b>12</b>	40	<b>39</b>	73	<b>66</b>	106	<b>101</b>	138	<b>150-156</b>
9	<b>13</b>	41	<b>40</b>	74	<b>74</b>	107	<b>107</b>	139	<b>156</b>
10	<b>14</b>	42	<b>41</b>	75	<b>67</b>	108	<b>101</b>	140	<b>156</b>
11	<b>15</b>	43	<b>42</b>	76	<b>67</b>	109	<b>101-104</b>	141	<b>151</b>
12	<b>16</b>	44	<b>42</b>	77	<b>72</b>	110	<b>102</b>	142	<b>152</b>
13	<b>17</b>	45	<b>43</b>	78	<b>83</b>	111	-	143	<b>153</b>
14	<b>19</b>	46	<b>44</b>	79	<b>86-87</b>	112	<b>108</b>	144	<b>154</b>
15	<b>18</b>	47	<b>45</b>	80	<b>86</b>	113	-	145	<b>155</b>
16	-	48	<b>46</b>	81	<b>87</b>	114	-	146	-
17	<b>18</b>	49	<b>47</b>	82	<b>88</b>	115	-	147	<b>175</b>
18	<b>17</b>	50	<b>48</b>	83	<b>89</b>	116	-	148	<b>170</b>
19	<b>20</b>	51	<b>49</b>	84	<b>73</b>	117	<b>113</b>	149	<b>171</b>
20	<b>21</b>	52	<b>50</b>	85	<b>73</b>	118	<b>113</b>	150	<b>225</b>
21	<b>22</b>	53	<b>51</b>	86	<b>123</b>	119	<b>113</b>	151	<b>158</b>
22	<b>23</b>	54	<b>52</b>	87	<b>124</b>	120	<b>112</b>	152	<b>159</b>
23	<b>24</b>	55	<b>53</b>	88	<b>125</b>	121	<b>115</b>	153	<b>160</b>
24	<b>25</b>	56	<b>54</b>	89	<b>126</b>	122	<b>115</b>	154	<b>161</b>
25	<b>26</b>	57	<b>55</b>	90	<b>127</b>	123	<b>103</b>	155	<b>162</b>
26	<b>27</b>	58	<b>56</b>	91	<b>129</b>	124	<b>101</b>	156	<b>164</b>
27	<b>28</b>	59	<b>54</b>	92	<b>129</b>	125	<b>101</b>	157	<b>168</b>
28	<b>29</b>	60	<b>57</b>	93	<b>129</b>	126	<b>103</b>	158	<b>163</b>
29	<b>30</b>	61	<b>58</b>	94	<b>116</b>	127	<b>90</b>	159	<b>160-177</b>
29/a	<b>31</b>	62	<b>59</b>	95	<b>117</b>	128	<b>90</b>	160	<b>161</b>
30	<b>32</b>	63	<b>60</b>	96	<b>118</b>	129	<b>94</b>	161	<b>169</b>
31	<b>33</b>	64	<b>61</b>	97	<b>119</b>	130	<b>95-96</b>	162	<b>84</b>
32	<b>34</b>	65	<b>62</b>	98	<b>120</b>	131	<b>98</b>	163	<b>170-175</b>

**İSTANBUL BAROSU DERGİSİ -CEZA ÖZEL SAYI-**

CMUK	CMK	CMUK	CMK	CMUK	CMK	CMUK	CMK	CMUK	CMK
164	<b>171-72</b>	198	-	231	<b>192</b>	264	<b>219</b>	297	<b>267</b>
165	<b>173</b>	199	-	232	<b>201</b>	265	<b>220-221</b>	298	<b>267</b>
166	<b>173</b>	200	-	233	<b>201</b>	266	<b>221</b>	299	<b>268</b>
167	<b>173</b>	201	-	234	<b>181-201</b>	267	<b>222</b>	300	<b>269</b>
168	<b>173</b>	202	-	235	<b>201</b>	268	<b>232</b>	301	<b>270</b>
169	<b>173</b>	203	-	236	<b>191</b>	269	-	302	<b>271</b>
170	<b>173</b>	204	-	237	<b>206</b>	270	-	303	<b>271</b>
171	-	205	-	238	<b>206</b>	271	-	304	<b>268</b>
172	-	206	<b>175</b>	239	<b>207</b>	272	-	305	<b>272-286</b>
173	-	207	<b>175</b>	240	<b>200-204</b>	273	-	306	<b>287</b>
174	-	208	<b>176</b>	241	<b>68</b>	274	-	307	<b>288</b>
175	-	209	<b>176</b>	242	<b>209</b>	275	<b>244</b>	308	<b>289</b>
176	-	210	<b>176</b>	243	<b>210</b>	276	<b>244</b>	309	<b>290</b>
177	-	211	<b>176</b>	244	<b>211</b>	277	<b>244</b>	310	<b>273-291</b>
178	-	212	<b>177</b>	245	<b>212</b>	278	<b>244</b>	311	<b>274-292</b>
179	-	213	<b>178</b>	246	<b>211</b>	279	<b>244</b>	312	<b>275-293</b>
180	-	214	<b>175</b>	247	<b>213</b>	280	<b>244</b>	313	<b>294</b>
181	-	215	<b>179</b>	248	<b>212-213</b>	281	<b>245</b>	314	<b>295</b>
182	-	216	<b>180</b>	249	<b>214</b>	282	<b>244</b>	315	<b>276-296</b>
183	-	217	<b>181</b>	250	<b>215</b>	283	<b>244</b>	316	<b>277-297</b>
184	-	218	<b>78-181</b>	251	<b>216</b>	284	<b>244</b>	317	<b>298</b>
185	-	219	<b>191</b>	252	<b>202</b>	285	<b>244</b>	318	<b>299</b>
186	-	220	<b>189</b>	253	<b>223</b>	286	<b>244</b>	319	<b>300</b>
187	-	221	<b>191</b>	254	<b>217</b>	287	<b>244</b>	320	<b>301</b>
188	-	222	<b>191</b>	255	<b>218</b>	288	<b>246</b>	321	<b>302</b>
189	-	223	<b>193</b>	256	<b>224</b>	289	<b>260</b>	322	<b>303-308</b>
190	-	224	<b>194</b>	257	<b>225</b>	290	<b>261</b>	323	<b>304</b>
191	-	225	<b>195</b>	258	<b>226</b>	291	<b>262</b>	324	<b>305</b>
192	-	226	<b>196</b>	259	-	292	<b>263</b>	325	<b>306</b>
193	-	227	<b>197</b>	260	<b>230</b>	293	<b>264</b>	326	<b>283-307</b>
194	-	228	<b>198</b>	261	<b>231</b>	294	<b>265</b>	327	<b>311</b>
196	-	229	<b>193-199</b>	262	<b>6</b>	295	<b>266</b>	328	<b>312</b>
197	-	230	<b>11</b>	263	<b>5</b>	296	<b>266</b>	329	<b>313</b>

**Yararlı Bilgiler**

<b>CMUK</b>	<b>CMK</b>	<b>CMUK</b>	<b>CMK</b>	<b>CMUK</b>	<b>CMK</b>	<b>CMUK</b>	<b>CMK</b>	<b>CMUK</b>	<b>CMK</b>
330	<b>314</b>	350	-	370	<b>242</b>	390	-	406	<b>224</b>
331	<b>315</b>	351	-	371	<b>242</b>	391	-	407	<b>325</b>
332	<b>316</b>	352	-	372	<b>243</b>	392	<b>256-259</b>	408	<b>326</b>
333	<b>317</b>	353	-	373	<b>182-184</b>	393	<b>257</b>	409	<b>327</b>
334	<b>317</b>	354	-	374	<b>184</b>	394	<b>258</b>	410	<b>328</b>
335	<b>318</b>	355	-	375	<b>185</b>	394/a	<b>250</b>	411	<b>329</b>
336	<b>319</b>	356	-	376	<b>186</b>	394/b	<b>251</b>	412	-
337	<b>320</b>	357	-	377	<b>187</b>	394/c	<b>251</b>	413	-
338	<b>321</b>	358	-	378	<b>203</b>	394/d	<b>252</b>	414	-
339	<b>322</b>	359	-	379	<b>203-205</b>	395	-	415	<b>330</b>
340	<b>319-321</b>	360	-	380	<b>205</b>	396	-	416	-
341	<b>323</b>	361	-	381	<b>188</b>	397	-	417-418	-
342	<b>330</b>	362	-	382	<b>227</b>	398	-	419-420	-
343	<b>309-310</b>	363	-	383	<b>228</b>	399	-	421-422	-
344	-	364	-	384	<b>229</b>	400	-	423	<b>331</b>
345	-	365	<b>237</b>	385	<b>229</b>	401	-	424	-
346	-	366	<b>238</b>	386	-	402	-	425	<b>334</b>
347	-	367	<b>239</b>	387	-	403	-	426	<b>335</b>
348	-	368	<b>240</b>	388	-	404	-		
349	-	369	<b>241</b>	389	-	405	-		

**CMK / CMUK MADDE EŞLEŞTİRME ÇİZELGESİ**

CMK	CMUK	CMK	CMUK	CMK	CMUK	CMK	CMUK	CMK	CMUK
1	-	34	<b>32</b>	67	<b>75</b>	100	<b>104</b>	133	-
2	-	35	<b>33</b>	68	<b>241</b>	101	<b>106-108</b>	134	-
3	<b>1</b>	36	<b>34</b>	69	<b>67</b>	102	<b>110</b>	135	-
4	<b>7</b>	37	<b>35</b>	70	<b>69</b>	103	<b>126</b>	136	-
5	<b>263</b>	38	-	71	<b>70</b>	104	<b>109</b>	137	-
6	<b>262</b>	39	<b>39-40</b>	72	<b>77</b>	105	-	138	-
7	-	40	<b>41</b>	73	<b>84-85</b>	106	-	139	-
8	<b>3-230</b>	41	<b>42</b>	74	<b>74</b>	107	<b>107</b>	140	-
9	<b>2/1</b>	42	<b>43-44</b>	75	-	108	<b>112</b>	141	-
10	<b>2/son- 5 - 4</b>	43	<b>45</b>	76	-	109	-	142	-
11	<b>230</b>	44	<b>46</b>	77	-	110	-	143	-
12	<b>8</b>	45	<b>47</b>	78	-	111	-	144	-
13	<b>9</b>	46	<b>48</b>	79	-	112	<b>120</b>	145	<b>132</b>
14	<b>10</b>	47	<b>49</b>	80	-	113	<b>117-118-119</b>	146	<b>133-134</b>
15	<b>11</b>	48	<b>50</b>	81	-	114	-	147	<b>135</b>
16	<b>12</b>	49	<b>51</b>	82	-	115	<b>121-122</b>	148	<b>135/a</b>
17	<b>13-18</b>	50	<b>52</b>	83	<b>78</b>	116	<b>94</b>	149	<b>136-137</b>
18	<b>15-17</b>	51	<b>53 -</b>	84	<b>162</b>	117	<b>95</b>	150	<b>138</b>
19	<b>14</b>	52	<b>54</b>	85	-	118	<b>96</b>	151	<b>141</b>
20	<b>19</b>	53	<b>55</b>	86	<b>79-80</b>	119	<b>97</b>	152	<b>142-</b>
21	<b>20</b>	54	<b>56-59</b>	87	<b>79-81</b>	120	<b>98</b>	153	<b>143</b>
22	<b>21</b>	55	<b>57</b>	88	<b>82</b>	121	<b>99-101</b>	154	<b>144</b>
23	<b>22</b>	56	<b>58</b>	89	<b>83</b>	122	<b>102</b>	155	<b>145</b>
24	<b>23</b>	57	<b>60</b>	90	<b>127-128</b>	123	<b>86</b>	156	<b>138-139-140</b>
25	<b>24</b>	58	<b>61</b>	91	-	124	<b>87</b>	157	-
26	<b>25</b>	59	<b>62</b>	92	-	125	<b>88</b>	158	<b>151</b>
27	<b>26</b>	60	<b>63</b>	93	-	126	<b>89</b>	159	<b>152</b>
28	<b>27</b>	61	<b>64</b>	94	<b>129</b>	127	<b>90</b>	160	<b>153</b>
29	<b>28</b>	62	<b>65</b>	95	<b>130</b>	128	-	161	<b>154-160</b>
30	<b>29</b>	63	<b>66</b>	96	<b>130</b>	129	<b>91-92-93</b>	162	<b>155</b>
31	<b>29a</b>	64	-	97	-	130	<b>99</b>	163	<b>158</b>
32	<b>30</b>	65	<b>68</b>	98	<b>131</b>	131	<b>103</b>	164	<b>156</b>
33	<b>31</b>	66	<b>71-73-75-76</b>	99	-	132	-	165	-

**Yararlı Bilgiler**

CMK	CMUK	CMK	CMUK	CMK	CMUK	CMK	CMUK	CMK	CMUK
166	-	200	<b>240</b>	234	-	268	<b>299 - 304</b>	302	<b>321</b>
167	-	201	<b>232-233-234-235</b>	235	-	269	<b>300</b>	303	<b>322</b>
168	<b>157</b>	202	<b>252</b>	236	-	270	-	304	<b>323</b>
169	<b>161</b>	203	<b>378-379</b>	237	<b>365</b>	271	<b>302-303</b>	305	<b>324</b>
170	<b>148-163</b>	204	<b>240</b>	238	<b>366</b>	272	<b>305</b>	306	<b>325</b>
171	<b>164</b>	205	<b>380</b>	239	<b>367</b>	273	<b>310</b>	307	<b>326</b>
172	<b>164</b>	206	<b>238</b>	240	<b>368</b>	274	<b>311</b>	308	<b>322</b>
173	165-170 Arası	207	<b>239</b>	241	<b>369</b>	275	<b>312</b>	309	<b>343</b>
174	-	208	<b>241</b>	242	<b>370-371</b>	276	<b>315</b>	310	<b>343</b>
175	<b>147 -163</b>	209	<b>242</b>	243	<b>372</b>	277	<b>316</b>	311	<b>327</b>
176	<b>208</b>	210	<b>243</b>	244	269-280, 282-287 arası	278	-	312	<b>328</b>
177	<b>212</b>	211	<b>244-246</b>	245	<b>281</b>	279	-	313	<b>329</b>
178	<b>213</b>	212	<b>245</b>	246	<b>288</b>	280	-	314	<b>330</b>
179	<b>215</b>	213	<b>247</b>	247	-	281	-	315	<b>331</b>
180	<b>216</b>	214	<b>249</b>	248	-	282	-	316	<b>332</b>
181	<b>217 -218</b>	215	<b>250</b>	249	-	283	<b>326</b>	317	<b>333 - 334</b>
182	<b>373</b>	216	<b>251</b>	250	<b>394/a</b>	284	-	318	<b>335</b>
183	-	217	<b>254</b>	251	<b>394/b- 394/c</b>	285	-	319	<b>336</b>
184	<b>373-374</b>	218	<b>255</b>	252	<b>394/d-</b>	286	<b>305</b>	320	<b>337</b>
185	<b>375</b>	219	<b>264</b>	253	-	287	<b>306</b>	321	<b>338</b>
186	<b>376</b>	220	<b>265</b>	254	-	288	<b>307</b>	322	<b>339</b>
187	<b>377</b>	221	<b>265-266</b>	255	-	289	<b>308</b>	323	<b>341</b>
188	<b>381</b>	222	<b>267</b>	256	<b>392</b>	290	<b>309</b>	324	<b>406</b>
189	<b>220</b>	223	<b>253</b>	257	<b>393</b>	291	<b>319</b>	325	<b>407</b>
190	<b>221 - 222</b>	224	<b>256</b>	258	<b>394</b>	292	<b>311</b>	326	<b>408</b>
191	<b>219 - 236</b>	225	<b>257</b>	259	<b>392</b>	293	<b>312</b>	327	<b>409</b>
192	<b>231</b>	226	<b>258</b>	260	<b>289</b>	294	<b>313</b>	328	<b>410</b>
193	<b>223 - 229</b>	227	<b>382</b>	261	<b>290</b>	295	<b>314</b>	329	<b>441</b>
194	<b>224</b>	228	<b>383</b>	262	<b>291</b>	296	<b>315</b>	330	<b>415</b>
195	<b>225</b>	229	<b>384-385</b>	263	<b>292</b>	297	<b>316</b>	331	<b>423</b>
196	<b>226</b>	230	<b>260</b>	264	<b>293</b>	298	<b>317</b>	332	-
197	<b>227</b>	231	<b>261</b>	265	<b>294</b>	299	<b>318</b>	333	-
198	<b>228</b>	232	<b>268</b>	266	<b>295 - 297</b>	300	<b>319</b>	334	<b>425</b>
199	<b>229</b>	233	-	267	<b>297 - 298</b>	301	<b>320</b>	335	<b>426</b>

**YARARLI BİLGİLER...**



**İSTANBUL'DA ve YAKININDA OLAN CEZAEVİ  
TELEFONLARI İLE AVUKATLAR İÇİN  
GÖRÜŞ GÜNLERİ**

**CEZAEVLERİ**

BAKIRKÖY KADIN ve ÇOCUK TUTUKEVİ . . . . . **0212 542 12 23**  
GÖRÜŞ: *Salı ve Cuma Günleri*

---

İSTANBUL ÖZEL TİP KAPALI CEZAEVİ . . . . . **0212 567 09 76 - 77**  
GÖRÜŞ: *Salı ve Perşembe*

---

İSTANBUL KAPALI CEZA ve TUTUKEVİ . . . . . **0212 567 09 80 - 81**  
GÖRÜŞ: *Salı Ve Perşembe*

---

KARTAL ÖZEL TİP CEZAEVİ . . . . . **0216 307 66 43**  
. . . . . **0216 307 66 44**  
GÖRÜŞ: *Hafta İçi Her gün Mesai Saatleri Arası*

---

ÜSKÜDAR PAŞAKAPISI CEZAEVİ . . . . . **0216 342 11 71**  
GÖRÜŞ: *Hafta İçi Her Gün Mesai Saatleri Arası*

---

METRİS KAPALI CEZAEVİ . . . . . **0212 537 96 71**  
GÖRÜŞ: *Pazartesi ve Cuma*

---

ÜMRANİYE ÖZEL TİP CEZAEVİ . . . . . **0216 631 65 16**  
GÖRÜŞ: *Hafta İçi Her Gün Mesai Saatleri Arası*

---

K.K.K. 3. KOLORDU ÖZEL TİP  
ASKERİ CEZAEVİ (HASDAL) . . . . . **0212 321 10 55**  
GÖRÜŞ: *HAFTA İÇİ HER GÜN MESAI SAATLERİ ARASI*

---

BOLU F TİPİ CEZA VE TUTUKEVİ . . . . . **0 374 245 12 01**  
GÖRÜŞ: *HAFTA İÇİ HER GÜN MESAI SAATLERİ ARASI*

---

EDİRNE KAPALI CEZA VE TUTUKEVİ . . . . . **0284 224 27 27**  
GÖRÜŞ: *HAFTA İÇİ HER GÜN MESAI SAATI*

**İSTANBUL BAROSU DERGİSİ -CEZA ÖZEL SAYI-**

---

EDİRNE F TİPİ CEZA VE TUTUKEVİ . . . . . **.0284 224 80 53**  
GÖRÜŞ: HÜKÜMLÜLERLE HAFTA İÇİ 15.30-17.00 ARASI  
TUTUKLULARLA HAFTA İÇİ HER GÜN MESAI

---

KANDIRA F TİPİ CEZAEVİ . . . . . **.0262 581 56 23 - 24**  
GÖRÜŞ: HAFTA İÇİ HER GÜN MESAI SAATLERİ

---

KIRKLARELİ CEZA VE TUTUKEVİ . . . . . **.0288 212 42 99**  
GÖRÜŞ: Hafta İçi Her gün Mesai Arası

---

*NOT: Telefon numaraları güncellenmiştir.*





**ANAYASA MAHKEMESİ KARARI****E: 2000/34 K: 2005/91 T: 25.11.2005****ASKERİ CEZA KANUNUNDA DEĞİŞİKLİK YAPAN DÜZENLEMELERİN ANAYASA'YA AYKIRILIK TAŞIMADIĞI**

**İPTAL DAVASINI AÇAN:** Ana muhalefet Partisi (Fazilet Partisi) TBMM Grubu adına Parti Genel Başkanı Mehmet Recai KUTAN

**İPTAL DAVASININ KONUSU:** 22.3.2000 günlü, 4551 sayılı "Askeri Ceza Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"un 1., 3., 4., 11., 17., 32. ve 34. maddeleri ile 10. maddesinin son fıkrasının sivil personel yönünden, Anayasa'nın 2., 10., 17., 128., 129. ve 145. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

**I - İPTAL İSTEMLERİNİN GEREKÇESİ**

İptal istemini içeren 24.5.2000 tarihli dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"1. TC Anayasası 2. Maddesine Aykırılık "Sosyal Devlet", "Hukuk Devleti"

Gerek 657 SK'ya tabi memurlar ve gerekse 1475 SK'ya tabi işçilerin statüleri, TC Anayasasının 2. maddesinde belirtilen, "sosyal devlet" ve "hukuk devleti" olgusu içerisinde, kişi temel hak ve özgürlükleri, görev şartları ve zorunlulukları, yaşam şartları, hukuk kurallarına

uygunluk vs. temel kriterler dikkate alınmak suretiyle sosyal, hukuki bir statüye kavuşturulmuştur.

Anayasa Mahkemesi'nin 25.5.1976 gün ve 1976/1-28 E. K. sayılı kararında, "hukuk devleti, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmekle kendisini yükümlü sayan, bütün eylem ve işlemleri yargı denetimine bağlı olan devlet" olarak tanımlanmıştır.

Oysa 4551 SK'ya, zorunlu ve gerekli değişikliklere gidilirken, askeri hizmetin gerekleriyle, memurlar ve işçilerin ana statülerini belirleyen yasalar arasında kurulu dengelerin korunmasında gereken özen gösterilmemiş, mevcut hakları koruyucu, adil bir düzenleme yapma yoluna gidilmemiş, sonucu öngörülemeyen hükümlerle, denge, memurlar aleyhine ciddi oranda bozulmuş, mevcut statü karmaşaya itilmiş, yeni suçlar, yeni cezalar ile yeni ve belirsiz statüler ihdas edilmek suretiyle Anayasasının öngördüğü sosyal devlet ve hukuk devleti ilkeleri önemli ölçüde zedelenmiştir.

Bu haliyle, yasa, TC Anayasası'nın 2. maddesine aykırılıklar içermektedir.

*2. TC Anayasası 10; 128 ve 129. maddelerine aykırılık "Eşitlik"; "Kamu Hizmeti Görevlileri"*

4 haftaya kadar oda hapsi veya göz hapsi cezasını infaz etmekte olan bir sivil memur/memure doktor veya fakülte mezunu sivil memure bayanın, kışla veya karargâh binalarında, bu kadar uzun süre göz hapsinde tutulması, üstelik bayanın hamile veya emzikli bir bayan olması halinde ortaya çıkan tablo göz önüne alındığında, verilecek bu cezanın, disiplin ve otoritenin tesisine mi yoksa zafiyetine mi yol açacağı takdirlere maruzdur. Kaldı ki 657 SK'nun 232. maddesinde uygulanmayacak hükümler arasında, çalışma saatleriyle ilgili hükümler mevcuttur. Verilecek göz hapsi cezasıyla, yasaya karşı hile yolu seçilmiş, yasanın çalışma saatleriyle ilgili bu açık hükmü, açıkça ortadan kaldırılmış, mesai kavramı, "4 haftaya kadar kesintisiz mesai" kavramına dönüştürülmüştür.

Diğer bir ifadeyle, Anayasanın 128 ve 129. maddeleri uyarınca memurlara tanınan anayasal statü, bu yasal düzenlemeyle, bertaraf edilmiştir.

Şayet yasa ile temin edilmek istenen, disiplinin tesisi ise, bugünün şartlarında, memura tedip için verilecek en etkili ceza maaş katı cezasıdır. Bu ceza, bu yasayla getirilmiştir. Bunun ötesinde getirilen oda ve göz hapsi cezaları, sivil memurların, mevcut anayasal ve yasal

statülerini altüst eden, diğer kamu kurumlarında görevli emsali memurlar ile arasında kabulü mümkün olmayan bir statü eşitsizliğine ve mağduriyetlere yol açmaktadır.

Bu ise, Anayasanın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine açık aykırılık içermektedir.

Devlet memurlarının, farklı statülerde bulunmaları, diğer ifadeyle, TSK'ye intisap etmiş olmaları, eşitliğin mutlak surette aranmayacağı genel kabulü içinde değerlendirilemez. Farklı statüde olmaları, hiçbir zaman yardımcı hizmetler ifa eden, pasif görevlerde istihdam edilen memurlara aykırı olarak oda ve göz hapsi cezasını vermeyi haklı kılmaması gerekir. Kaldı ki, askeri şahıs tanımına sokulan sivil personel, bundan böyle Askeri Ceza Kanunu uygulamasında subay astsubay gibi cezalandırmaya tabi olacak, ancak, onların sahip olduğu özlük haklarına, görev ve statü imtiyazlarına asla sahip olamayacaklardır.

*3. TC Anayasası 17/3. maddesine aykırılık "İnsan Haysiyetiyle Bağdaşmayan Ceza veya Muamele"*

4551 SK'nın 10. maddesiyle değişik 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 35/son maddesi uyarınca, rütbenin geri alınması cezası, cezalının rütbesinin kıt'ası huzurunda sökülmesi suretiyle yerine getirilecektir. Zaten rütbesi geri alınarak erliğe indirilen kişi, bu haliyle kışla içerisinde görev yapacağı için bu cezanın utancını devamlı taşıyacaktır. Bu yetmezmiş gibi bir de ikinci bir ceza niteliğinde olan ve günümüz çağcıl

demokratik anlayışlarda yeri olmayan, insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir ceza veya muameleye tabi tutularak tüm kıta personeli huzurunda rütbesi sökülme ve onurunu ağır derecede zedelemek çağdaş bir ceza yöntemi değildir.

Bu ceza infaz şekli, Anayasanın 17/3. maddesindeki "... kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz" hükmüne açık aykırılıktır.

Kaldı ki, benzeri insanlık onurunu zedeleyen muameleye tabi tutulan pek çok askeri personelin, bu utanca daha fazla dayanamayarak ya intihar ettiği, ya firar ettiği veya daha vahim sonuçlara varan suçlar işlediği resmi kayıtlarda çokça mevcuttur.

#### 4. TC Anayasası 145. Maddesine Aykırılık "Askeri Yargı"

Yargı birliği ilkesi uyarınca, yargı erkinin tek bir organda toplanması ve millet adına kullanılması asıldır. Bu ilkeye, ancak zorunluluk nedeniyle ve sınırlı istisnalar getirmek mümkündür. Aksi halde, yargı birliği ilkesinden önemli sapsmalar ve buna bağlı olarak hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü ilkesinden sapsmalar başlar. Anayasal sistemimiz içinde yer alan askeri yargı, yargı birliği ilkesine ileri sürülen nedenlerle bir istisna olarak getirilmiştir. Ancak hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü ilkeleri ile yargı birliği hedefi gereği, istisnaları genişletmek değil daraltmak gerekir.

İstisnai yargı olan askeri yargının görev alanını daraltmak bir ya-

na, bilakis adli yargıya tabi sivil kişileri kapsayacak şekilde genişletildiği, bu haliyle düzenlemenin Anayasanın 145. maddesinde öngörülen askeri yargının görev alanını belirleyen genel düzenlemeye de açık aykırılık teşkil ettiği görülmektedir.

4551 SK'nun 11. maddesiyle değişik 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 39. maddesi, asker kişiler hakkında verilen ceza ve tutuklama kararlarının infaz yeri olarak askeri ceza ve tutukevleri olduğu, asker kişi tanımına sokulan memurların, bundan böyle haklarında gerek askeri ve gerekse sivil yargı organlarınca verilen ceza veya tutuklama kararlarının infaz yerinin askeri ceza ve tutukevleri olduğu hükmünü getirmektedir. Askeri cezaevinde kalan kişiler hakkında, askeri ceza ve tutukeviyle ilgili disiplin hükümleri uygulanması, sivil suçları nedeniyle askeri cezaevinde kalan memurların, diğer sivil kamu kurumlarında görevli memurlara göre, hiçbir yasayla atıf dahi yapılmayan disiplin hükümlerine de tabi olması nedeniyle, ikinci bir eşitsizlik ve haksızlığa maruz bırakılmakta, 657 SK'ya tanınan disiplin hukuku statüsü bir kez daha altüst edilmektedir.

#### 5. "Yasama Tekniği Bakımından"

4551 SK'nun 17. maddesiyle değişik 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 76. maddesiyle,

"Askeri tutukevi veya cezaevinden kaçmak veya kaçmaya aracı olmak suçlarını işleyen kişiler hak-

kinda, TCK. 2. kitabının 4. bab 7. faslında yer alan hükümlerin uygulanacağı” belirtilmiştir.

Atıf yapılan faslında, atıf yapılan ceza ve tutukevinden kaçmak veya kaçmaya aracı olmak suçları dışında TCK. 303. maddesinde olduğu üzere taksirle tutuklunun kaçmasına sebebiyet vermek suçu da mevcuttur. Bu suça atıf yapılmadığı için, işlendiği takdirde cezasız kalacaktır.

Keza, Askeri Ceza Kanunu'nun 140. maddesi ile, tutuklu veya hükümlüyü muhafaza veya nezarete memur olup da kasden kaçıran veya firarını kolaylaştıran veya amiri tarafından emrolunduğu veya vazifeten mecbur bulunduğu halde bir diğerini tevkif ve hapsedmeyenler için TCK. 301, 302, 303, 304, 305, 306 ve 307. maddelerine yani aynı TCK. 2. kitap 4. bab 7. faslına atıf yapmaktadır. Oysa bu benzeri tüm suçlar için iki ayrı ve eksik atıflar yapmak yerine, tek bir hükümle aynı maddelere genel atıf yapmak ve yersiz kalan 140. maddeyi iptal etmek yasama tekniği açısından daha uygun olacaktı.

4551 SK'nın çoğu maddelerinde sürdürülen yanlış 34. maddeyle değişik 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu 171. maddesine merbut Ek-1 cetvelde de tekrarlanmış, sivil personel kavramı daraltılarak, yalnızca devlet memurlarını kapsar hale getirilmiş, işçiler yine kapsam dışı tutulmuştur.”

Yukarıda yer verilen gerekçelerle açılan 2000/34 esas sayılı iptal davası hakkında Anayasa Mahkemesince 6.6.2000 tarihinde yapılan incelemede; “Dava dilekçesinde, 4551 sayılı Yasa'nın iptali iste-

nen 10. maddesinin son fıkrası dışında kalan 1., 3., 4., 11., 17., 32. ve 34. maddelerinin Anayasa'nın hangi maddelerine aykırı olduğuna ilişkin gerekçelerin ayrı ayrı gösterilmediği saptanmış” ve “2949 sayılı Yasa'nın 27. maddesi uyarınca belirtilen noksanlığın tamamlatılmasına” karar verilmiştir.

Belirtilen noksanlığı tamamlamak üzere davayı açanlar adına Fazilet Partisi Genel Başkanınca sunulan 20.06.2000 tarihli ek dava dilekçesinde, iptal isteminin gerekçeleri bağlamında yukarıda belirtilen açıklamalara ek olarak şu açıklamalara yer verilmiştir:

#### **“ANAYASAYA AYKIRILIK NEDENLERİ**

*I. 4551 SK'nın 1., 3., 4., 11., 32 ve 34'. MADDELERİNİN T.C. ANAYASASININ 2. MADDESİNE AYKIRILIK NEDENLERİ*

“Milli Savunma Bakanlığı ve Türk Silahlı Kuvvetleri'nde çalışan sivil personel” kapsamındaki 657 sayılı Kanun'a tabi memurlar ile 1475 sayılı Kanun'a tabi işçilerin statüleri ana kanunlarında belirlenirken T.C. Anayasası'nın 2. maddesindeki “sosyal devlet ve hukuk devleti” ilkeleri göz önüne alınarak belirlenmiştir. Oysa 4551 sayılı Kanun'un 1., 3., 4., 11., 32., 34. maddeleri ile gerek memurların ve gerekse işçilerin ana statüleri ile bağdaşmayacak ve T.C. Anayasasının 2. maddesinde belirtilen “sosyal devlet ve hukuk devleti” ilkeleri gözardı edilecek şekilde yeni bir sosyal ve hukuki statüye kavuşturulmuşlardır. Dava dilekçemizin “ilgili mevzuat” ve “mevcut uygulama” bölümlerinde belirtildiği şekilde ve

statüde bulunan memur ve işçilerin, “4551 SK’la getirilen değişiklikler” bölümünde belirttiğimiz hükümlerle kavuşturulduğu statü, hiç de sosyal ve hukuki statülerine uymamaktadır. Bu haliyle anılan maddelerde ve birbirinden farklı anlamlar içerecek şekilde getirilen “Milli Savunma Bakanlığı ve Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşunda çalışan sivil personel” ve “devlet memuru” kavramları ile de tam anlamıyla bir statü karmaşası oluşturulmuştur.

4551 SK.nun anılan maddeleri, bu haliyle, TC Anayasasının 2. maddesindeki sosyal devlet ve hukuk devleti ilkelerine açıkça aykırıdır.

*II. 4551 SK’nın 1., 3., 4., 11., 32 ve 34. MADDELERİNİN T.C. ANAYASASI’NIN 10. MADDESİNE AYKIRILIK NEDENLERİ*

24 Mayıs 2000 tarihli dava dilekçemizde, 4551 sayılı Kanun’la getirilen değişiklikler sıralanmış ve bunların,

Milli Savunma Bakanlığı ve Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevli sivil personel,

1. - “askeri şahıs” kapsamına alınmış, ayrıca

2. - aylık kesme,

3. - oda hapsi ve

- göz hapsi cezalarına tabi tutulacakları hüküm altına alınmıştır.

Keza, oda ve göz hapsi cezalarının ne surette infaz edileceği belirtilmiştir.

Askeri Ceza Kanunu’nun uygulanması bakımından “askeri şahıs” kapsamına sokulan sivil personel

hakkında gerçekte böyle bir uygulamanın mümkün olmayacağı belirtilmişti.

Dava dilekçemizde, Milli Savunma Bakanlığı ve Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşunda görevli sivil personelle ilgili mevzuat ve mevcut uygulamalar belirtilmiş, 4551 sayılı Kanun’un özellikle 1., 3., 4., 11., 32 ve 34. maddeleri ile getirilen “Türk Silahlı Kuvvetleri’nde görevli sivil personel” ve “memur” kavramlarının, gerçekte sivil personelin -memur ve işçi- 657 ve 1475 sayılı Kanunlarla belirlenmiş ana statüleri ile 4551 sayılı yasayla getirilen statüleri arasında belirgin bir eşitsizlik bulunduğu ortaya konulmuş, bu haliyle T.C. Anayasası’nın 10’uncu maddesindeki eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçeleri ile ortaya konulmuştu. Özellikle de 4 haftaya kadar oda hapsi veya göz hapsi cezasını infaz etmekte olan bir sivil memur/memure doktor veya fakülte mezunu sivil memure bayanın, kışla veya karargâh binalarında, bu kadar uzun süre göz hapsinde tutulması, üstelik bayanın hamile veya emzikli bir bayan olması halinde ortaya çıkan tablo göz önüne alındığında, verilecek bu cezanın, disiplin ve otoritenin tesisine mi yoksa zafiyetine mi yol açacağı takdirlere maruzdur. Kaldı ki, 657 SK.un 232. maddesinde uygulanmayacak hükümler arasında, çalışma saatleriyle ilgili hükümler mevcuttur. Verilecek göz hapsi cezasıyla, yasaya karşı hile yolu seçilmiş, yasanın çalışma saatleriyle ilgili bu açık hükmü, açıkça ortadan kaldırılmış, mesai kavramı, “4 haftaya kadar kesintisiz mesai” kavramına dönüştürülmüştür. Bu hü-

kümler, sivil personelin ana statülerini belirleyen 657 ve 1475 sayılı Yasalar gereği hiçbir şart ve surette değiştirilmesi mümkün olmayan, bir anlamda memur ve sivil personel kavramlarıyla özdeş sayılabilecek, TSK'da görevli olsa bile vazgeçilmesi mümkün olmayan hususlardır. Bu haliyle getirilen düzenleme Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesine açıkça aykırıdır.

*III. 4551 SK'nun 1., 3., 4., 11., 32 ve 34. MADDELERİNİN T.C. ANAYASASININ 128 ve 129. MADDELERİNE AYKIRILIK NEDENLERİ*

Anayasa'nın 128 ve 129. maddeleri ile kamu hizmeti yürüten görevlilerin statüleri belirlenirken dikkat edilecek esas kriterler ortaya konulmuştur. TSK'da görev ifa eden gerek 657 sayılı Kanuna tabi memurlar ve gerekse 1475 sayılı Kanuna tabi işçilerin statüleri belirlenirken bu kriterler dikkate alınmak zorundadır. Oysa 4551 sayılı Kanun ile gerek memurlar ve gerekse işçilerin statülerini belirleyen temel yasaların hükümleri, dava dilekçemizde ayrıntılı olarak belirtildiği şekilde, dikkate alınmayarak Anayasanın anılan hükümlerine aykırı hükümler getirilmiştir.

*IV. 4551 SK'nun 17. MADDESİNİN T.C. ANAYASASININ 145. MADDESİNE AYKIRILIK NEDENLERİ*

T.C. Anayasasının 145. maddesi ile askeri mahkemelerin görev alanı belirlenmiştir. 4551 sayılı Kanun'un 17. maddesi ile değişik 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 76. maddesi ile "askeri tutukevi veya cezaevinden kaçmak veya kaçmaya aracı olmak suçları-

nı işleyen asker kişiler hakkında Türk Ceza Kanunu'nun 2. kitabının 4. bab 7. faslında yer alan hükümlerin uygulanacağı" belirtilmiştir. Atıf yapılan faslında, atıf yapılan ceza ve tutukevinden kaçmak veya kaçmaya aracı olmak suçları dışında örneğin Türk Ceza Kanunu'nun 303. maddesinde olduğu üzere taksirle tutuklunun kaçmasına sebebiyet vermek suçu da bulunmaktadır. Getirilen değişiklikle bu suça atıf yapılmadığı için işlendiği takdirde suç cezasız kalacaktır.

Diğer bir deyişle taksirle tutuklunun kaçmasına sebebiyet verme suçu Anayasa'nın 145. maddesi uyarınca askeri mahkemede görülmek gerekirken atıf yapılmaması nedeniyle işlenmesi mümkün olmayan suç olarak kalacaktır. Bir an için yargısal içtihatlarla bu boşluğun doldurulacağı düşünülse bile "kanunsuz suç ve ceza olmaz" temel prensibi nedeniyle yargısal içtihatlarla bu suçun işlenebilmesini temin mümkün olmayacaktır.

Getirilen düzenleme bu haliyle T.C. Anayasası'nın 145. maddesine açık aykırılık teşkil etmektedir."

## **II - YASA METİNLERİ**

*A - İptali İstenilen Yasa Kuralları*

22.3.2000 günlü, 4551 sayılı Askeri Ceza Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un iptali istenilen 1., 3., 4., 11., 17., 32. ve 34. maddeleri ile iptali istenilen fıkrayı da içeren 10. maddesi şöyledir:

*1 - "MADDE 1.- 22.5.1930 tarihli ve 1632 sayılı Askeri Ceza Kanununun 3'üncü maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.*

## Anayasa Mahkemesi Kararları

Madde 3 - Askerî şahıslar; Maresalden asteğmene kadar subaylar, astsubaylar, Milli Savunma Bakanlığı ile Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşunda çalışan sivil personel, uzman jandarma ve uzman erbaşlar, erbaş ve erler ile askerî öğrencilerdir.

Milli Savunma Bakanlığı ile Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşunda çalışan Devlet memurlarının asker kişi sıfatları, 4.1.1961 tarihli ve 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanununun 115. maddesinde belirtilen yükümlülükleri ile sınırlıdır.”

2- “MADDE 3.- 1632 sayılı Kanununun 23. maddesinin (B) ve (D) fıkraları aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

B) Subay, astsubay, Milli Savunma Bakanlığı ve Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevli Devlet memurları, uzman jandarma ve uzman erbaşlar hakkında:

1. Dört haftaya kadar göz hapsi,
  2. Dört haftaya kadar oda hapsi,
- Cezaları verilebilir.

D) Askeri öğrenciler hakkında: (Askeri orta ve lise ile eşidi okullar öğrencileri hariç) dört haftaya kadar oda hapsi cezası verilebilir.”

3- “MADDE 4.- 1632 sayılı Kanununun değişik 24. maddesi başlığı ile birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Göz ve oda hapsi cezalarının mahiyeti, neticeleri ve yerine getirilmesi

Madde 24 - Subay, astsubay, Milli Savunma Bakanlığı ve Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevli Devlet memurları,

uzman jandarma ve uzman erbaşlar;

A) Göz hapsi cezalarında;

1. Resmi daire, kışla, eğitim alanları ile sair yerlerdeki hizmetlerine devam ederler.

2. Hizmetin bitiminden sonra hiçbir yere gidemezler. Kışlada veya resmi odalarda kalırlar.

3. Hizmete ilişkin olanlar dışında hiçbir ziyaret kabul edemezler.

B) Oda hapsi cezalarında;

1. Mümkün olduğu takdirde cezayı tek başlarına belirli bir hapis odasında geçirirler.

2. Emir veremezler.

3. Genel hizmet yapamazlar.

Askerî öğrenciler, oda hapsi cezasını belirli hapis odalarında topluca geçirirler. Hapis odalarının kapısında bir nöbetçi bulundurulur.”

4 - “MADDE 10.- 1632 sayılı Kanununun değişik 35. maddesi başlığı ile birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Rütbenin geri alınması cezası, niteliği, sonuçları ve yerine getirilmesi

Madde 35. - Rütbenin geri alınması cezası 30. maddede yazılı hallerde erbaşlar hakkında uygulanır. Bu husus mahkeme hükmünde belirtilmemiş olsa dahi, rütbenin geri alınması işlemi idarece re’sen uygulanır.

Rütbenin geri alınması cezası, hükümlünün rütbesinin geri alınarak erliğe indirilmesi, askerî hizmetten doğan ve özel kanunda saklı tutulmayan bütün hakların kaybı sonuçlarını doğurur.

*Bu ceza, cezalının rütbesinin kıt'ası huzurunda sökülmesi suretiyle yerine getirilir."*

5- "MADDE 11.- 1632 sayılı Kanununun değişik 39. maddesi başlığı ile birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

*Askerî mahkemelerce verilen tutuklama kararları ile asker kişiler hakkında verilen cezaların ve tutuklama kararlarının infaz yeri*

*Madde 39. - Asker kişiler hakkında hükmolunan ve aşağıda gösterilen cezalar, 353 sayılı Askerî Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun beşinci kısmında yazılı esaslar dahilinde askerî cezaevlerinde infaz edilir.*

A) Subay, astsubay, Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevli Devlet memurları, uzman jandarma ve uzman erbaşlar hakkında verilen ve Türk Silahlı Kuvvetlerinden veya Devlet memurluğundan çıkarmayı, ilişik kesmeyi veya sözleşmenin feshini gerektirmeyen hürriyeti bağlayıcı ceza hükümleri.

B) Askerî öğrenciler hakkında verilen ve askerî öğrencilik hukukunun kaybettirilmesi sonucunu doğurmayan hürriyeti bağlayıcı ceza hükümleri.

C) Erbaş ve erler hakkında, asker edildikten sonra işledikleri suçlardan verilen bir yıl veya daha az süreli hürriyeti bağlayıcı ceza hükümleri.

*Hürriyeti bağlayıcı diğer cezalar, genel cezaevlerinde çektirilir. İnfaz sırasında hükümlülerin üzerinden askerlik kıyafeti ve işaretleri kaldırılır.*

*Genel cezaevlerinde ceza sürelerini tamamlayan askerlik yüküm-*

*lülere, geri kalan askerlik hizmetlerini tamamlamak üzere askerî makamlara teslim edilirler.*

*Yargı organlarınca haklarında tutuklama kararı verilen asker kişiler, bu sıfatlarını korudukları sürece askerî tutukevine konulurlar.*

*Savaş ve sıkıyönetim hallerinde askerî mahkemelerce tutuklanan sivil kişiler, askerî ceza ve tutukevlerine konulurlar. Bu hallerin bitiminde tutuklular, Adalet Bakanlığı ile Milli Savunma Bakanlığı arasında varılacak mutabakat üzerine sivil tutukevlerine nakledilirler."*

6- "MADDE 17. - 1632 sayılı Kanununun değişik 76. maddesi başlığı ile birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

*Tutukevi veya cezaevinden kaçmak veya kaçmaya aracı olmak*

*Madde 76. - Askerî tutukevi veya cezaevinden kaçmak veya kaçmaya aracı olmak suçlarını işleyen asker kişiler hakkında, Türk Ceza Kanununun İkinci Kitabının Dördüncü Bab Yedinci Faslında yer alan hükümler uygulanır.*

*Ancak, askerî ceza ve tutukevlerinden altı gün veya daha fazla süre ile kaçan asker kişilere verilecek hapis cezası veya asıl cezaya ilave olunacak hürriyeti bağlayıcı ceza bir yıldan az olamaz."*

7- "MADDE 32.- 1632 sayılı Kanununun 165. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

*Madde 165. - Askerî şahıslar hakkında verilebilecek disiplin cezaları şunlardır:*

A) Subaylar, astsubaylar, Milli Savunma Bakanlığı ve Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevli Devlet memur-

## Anayasa Mahkemesi Kararları

ları, uzman jandarmalar ve uzman erbaşlar hakkında:

1. Uyarı.

2. Aylık Kesilmesi: Ek göstergeler dahil, cezalının brüt aylığından 1/30 - 1/8 arasında kesinti yapılmasıdır.

3. Göz Hapsi: Dört haftaya kadar.

4. Oda Hapsi: Dört haftaya kadar.

Milli Savunma Bakanlığı ve Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevli Devlet memurlarına, sadece amire saygısızlık ve emre itaatsizlik suçlarından dolayı disiplin cezası verilebilir. Disiplin bozucu diğer eylemleri hakkında ilgili kanun hükümleri uygulanır.

B) Askerî öğrenciler hakkında:

1. Uyarı.

2. İzinsizlik: Altı haftaya kadar.

3. Oda Hapsi: Dört haftaya kadar.

C) Erbaşlar ve erler hakkında:

1. İzinsizlik: Sekiz haftaya kadar.

2. Sıra Harici Hizmet: Dört haftaya kadar.

3. Oda Hapsi: Dört haftaya kadar.

4. Rütbenin geri alınması (Erbaşlar için).”

8- “MADDE 34.- 1632 sayılı Kanununun 171. maddesine bağlı cetvel, (EK-1) cetvelle değiştirilmiştir.”

NOT: 1. Albaylar, yarbaylara; Tuğgeneral ve Tuğamiraller ile Tümgeneral ve Tümamiraller, Albaylara; Milli Savunma Bakanı, Mareşal, Büyük Amiral, Orgeneral ve Oramiraller ile Korgeneral ve Koramiraller, Tuğgeneral ve Tuğamiraller ile daha

üst rütbelilere ancak uyarı cezası verirler.

2. Milli Savunma Bakanlığı ve Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevli Devlet memurlarına göz ve oda hapsi cezası verilirken sürenin tayininde, öğrenim ve sosyal durumları dikkate alınır.

B - Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde Anayasa'nın 2, 10, 17, 128, 129 ve 145. maddelerine dayanılmış, 19. ve 38. maddeleri ise ilgili görülmüştür.

### III - İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca Mustafa BUMİN, Haşim KILIÇ, Samia AKBULUT, Yalçın ACARGÜN, Sacit ADALI, Ali HÜNER, Fulya KANTARCIOĞLU, Mahir Can ILICAK, Rüştü SÖNMEZ, Ertuğrul ERSOY ve Tülay TUĞCU'nun katılımlarıyla 27.6.2000 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

### IV - ESASIN İNCELENMESİ

Dava dilekçesi ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, iptali istenilen yasa kuralları, dayanılan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasa-ma belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A - Yasa'nın 1, 3, 4, 32 ve 34. Maddelerinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, Milli Savunma Bakanlığı ile Türk Silahlı Kuv-

vetleri kadro ve kuruluşunda çalışan sivil personel kapsamındaki 657 sayılı Yasa'ya tabi memurlar ile 1475 sayılı Yasa'ya tabi işçilerin, ana kanunlarında statülerinin Anayasa'nın 2. maddesindeki "sosyal devlet ve hukuk devleti" ilkeleri göz önüne alınarak belirlendiği, buna karşılık 4551 sayılı Yasa'nın 1, 3, 4, 32 ve 34. maddeleri ile gerek memurların gerek işçilerin ana statüleri ile bağdaşmayacak şekilde ve Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan ilkelerin göz ardı edilmesi suretiyle yeni bir sosyal ve hukuki statüye geçirilmiş oldukları, bu değişiklikle mevcut hakları koruyucu adil bir düzenleme yapılmadığı gibi, statü karmaşası oluşturulduğu, bu personelin "askerî şahıs" tanımına dahil edilmesi ve buna bağlı olarak haklarında Askerî Ceza Kanunu'nda öngörülen "göz hapsi" ve "oda hapsi" cezalarının uygulanabilir olmasının, bu memurlarla başka kamu kurumlarında çalışan memurlar arasında eşitsizliğe yol açtığı, dava konusu kuralların Anayasa'nın kamu hizmeti yürüten görevlilerin statüsünün güvence altına alan kuralları dikkate alınmadan düzenlendiği, bu nedenle anılan kuralların Anayasa'nın 2, 10, 128 ve 129. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2949 sayılı Yasa'nın 29. maddesine göre Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararname ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasa'ya aykırılığı konusunda ilgililer tarafından ileri sürülen gerekçelere dayanmak zorunda değildir. İstemle bağlı kalmak koşuluyla başka

gerekçe ile de Anayasa'ya aykırılık kararı verilebileceğinden, dava konusu kurallarla ilgisi nedeniyle konu, Anayasa'nın 19 ve 28. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

Askerî Ceza Kanunu'nun 4551 sayılı Yasa'nın 1. maddesi ile değiştirilen 3. maddesinde kimlerin askerî şahıs sayılacağı belirtilmiş ve "Milli Savunma Bakanlığı ile Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşunda çalışan sivil personel"de askerî şahıs tanımı içerisinde sayılmış, 3. maddesi ile değiştirilen 23. maddesinin (B) ve (D) fıkralarında, 4. maddesi ile değiştirilen 24. maddesinde, 32. maddesi ile değiştirilen 165. maddesinde ve 34. maddesi ile değiştirilen 171. maddesine bağlı cetvelde göz ve oda hapsi cezaları, bunların niteliği, neticeleri, yerine getirilmesi, kimlere ne kadar süre verileceği ve bu cezaları vermeye yetkili amirler belirlenmiş, bu kapsamda Milli Savunma Bakanlığı ile Türk Silahlı Kuvvetlerinde çalışan Devlet memurlarına sadece amire saygısızlık ve emre itaatsizlik suçlarından dolayı dört haftaya kadar göz veya oda hapsi cezası verileceği, disiplin bozucu diğer eylemleri hakkında ilgili kanun hükümlerinin uygulanacağı ve bu cezaların süresinin tayininde öğrenim ve sosyal durumlarının dikkate alınacağı belirtilerek tanım maddesindeki düzenleme somutlaştırılmıştır.

### **1 - Anayasa'nın 2. Maddesi Yönünden İnceleme**

Anayasa'nın 2. maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlük-

leri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup, bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini gerçekleştiren, Anayasa'ya aykırı tutum ve durumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde Anayasa'nın ve yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir.

Askerî Ceza Kanunu'nun 3. maddesinin 4551 sayılı Yasa'nın dava konusu 1. maddesiyle yapılan değişiklikten önceki halinde "askerî şahıslar", "Mareşal (Büyük Amir)den asteğmene kadar subaylar ile astsubaydan ere kadar erat ve bilumum askerî memurlar, askerî hâkimler ve müstahdemler ve askerî talebedir" şeklinde tanımlanmıştır.

4.1.1961 günlü, 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nun 115. maddesinin (b) bendinde "Bütün sivil personel emrinde çalıştıkları askerî amirlere karşı ast durumunda olup, bu Kanun'un 14. maddesinin asta tahmil ettiği vazifeleri aynen yapmaya mecburdurlar. Hilâfına hareket edenler askerlerin tabi olduğu cezai müeyyidelere tabi olurlar." denilmiştir.

25.10.1963 günlü, 353 sayılı Askerî Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun 10. maddesinde, "Millî Savunma Bakanlığı veya Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşlarında çalışan sivil personel" ile "askerî işyerlerinde çalışan ve İş Kanununa tabi bulu-

nan işçiler" asker kişi sayılmışlardır.

16.6.1964 günlü, 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanun'un 7. maddesinde disiplin amirlerinin, 14. maddesinde ise nezdinde disiplin mahkemesi kurulan komutan veya askerî kurum amirinin, bir disiplin suçu işleyen asker kişileri oda ve göz hapsi cezasıyla cezalandırabileceği gibi cezalandırılmaları için disiplin mahkemesine sevk edebilecekleri, 38. maddesinin (D) bendinde sivil personel hakkında verilen oda veya göz hapsi cezalarının öğrenim ve sosyal durumları göz önüne alınarak yerine getirileceği, 62. maddesinin ikinci fıkrasında sivil personel hakkında verilen ve yerine getirilen oda ve göz hapsi cezalarının bunların yükselmelerinde nazara alınmak üzere sicillerine işleneceği öngörülmüştür.

İptali istenilen 4551 sayılı Yasa'nın dava konusu 1. maddesiyle değiştirilen Askerî Ceza Kanunu'nun 3. maddesinin birinci fıkrasında "Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşunda çalışan sivil personel" askerî şahıslar arasında sayılmış, ikinci fıkrasında ise bunlardan Devlet memurları statüsünde olanların, asker kişi sıfatlarının Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nun 115. maddesinde belirtilen yükümlülükleri ile sınırlı olduğu belirtilmiştir.

Yukarıda açıklanan hükümlerden anlaşılacağı gibi, adı geçen memurların belirtilen kapsamda Askerî Ceza Kanunu bağlamında askerî şahıs sayılmaları ve askerî di-

siplin cezalarına tabi olmaları ilk defa 4551 sayılı Yasa'yla kabul edilmiş değildir. Diğer bir ifade ile bu memurların statülerinde bir değişiklik yapılmamıştır. Yapılan değişikliğin, önceki uygulamayı devam ettirmeyi ve oluşabilecek kimi duraksamaları ortadan kaldırmayı amaçladığı anlaşılmaktadır.

İş Kanunu'na tabi işçiler yönünden, Yasa'nın 3, 4, 32 ve 34. maddelerinde herhangi bir hükme yer verilmemesi nedeniyle bunlar hakkında Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu ve Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkındaki Kanun hükümleri ile iş mevzuatının uygulanacağı açıktır.

Bu duruma göre, dava dilekçesinde ileri sürüldüğü şekilde Milli Savunma Bakanlığı ile Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşunda çalışan sivil personelin önceki statülerinden farklı yeni bir statüye geçirilmiş oldukları ve statü karmaşası yaratıldığı ve bu durumun hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu yönündeki savların isabetli olmadığı sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, 4551 sayılı Yasa'nın iptali istenilen 1, 3, 4, 32 ve 34. maddeleri sivil personel yönünden Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Bu görüşlere Sacit ADALI ve Fulya KANTARCIOĞLU katılmışlardır.

Dava konusu kuralların Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan "sosyal devlet" ilkesi ile ilgili görülmemiştir.

## **2 - Anayasa'nın 10. Maddesi Yönünden İnceleme**

Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen yasa önünde eşitlik ilkesi, hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

Silahlı Kuvvetlerde ifa edilen hizmetin niteliği ve gerekleri, farklı çalışma koşullarını, özlük haklarını, disiplin hükümlerini gerektirmektedir. Bu nedenle, Milli Savunma Bakanlığı ile Türk Silahlı Kuvvetlerinde çalışan sivil memurların, istisnai bazı durumlarda diğer Devlet memurlarından farklı olarak Askeri Ceza Kanununda yer alan kimi kurallara bağlı tutulmalarının, tâbi olunan statünün bir gereği olduğu ve Türk Silahlı Kuvvetlerinin İç düzeninin korunması ile ilgili bulunduğu görüldüğünden dava konusu yasa kurallarının eşitlik ilkesine

aykırı olmadığı sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, 4551 sayılı Yasa'nın 1, 3, 4, 32 ve 34. maddeleri sivil personel yönünden Anayasa'nın 10. maddesine aykırı değildir.

Bu görüşlere Sacit ADALI ve Fulya KANTARCIOĞLU katılmışlardır.

### **3 - Anayasa'nın 19. ve 38. Maddeleri Yönünden İnceleme**

Anayasa'nın 19. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında, "Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir. Şekil ve şartları kanunda gösterilen: Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi; bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması; bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi; toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi; usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren, ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması; halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz.", 38. maddesinin 11. fıkrasında da "İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide

uygulayamaz. Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu hükme kanunla istisnalar getirilebilir." denilmektedir.

Dava konusu kurallarla, Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevli Devlet memurlarına verilebileceği öngörülen göz veya oda hapsi cezaları, niteliği, yerine getirilmesi ve sonuçları bakımından ceza hukuku anlamında özgürlüğü bağlayıcı ceza niteliği taşımayan sadece disiplini koruma ve bozulan disiplini sağlama niteliğinde olan cezalardır.

Anayasa'nın 19. maddesinde sayılan ve kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran haller arasında, bu nitelikte olan disiplin cezaları sayılmamış ise de, 38. maddesindeki "İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz." genel ilkesinden sonra "Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu hükme kanunla istisnalar getirilebilir." denilmiştir.

Görüldüğü üzere, Anayasa koyucu, Anayasa'nın 38. maddesini vazedirken "silahlı kuvvetlerin iç düzeni" kavramını kullanmıştır. Burada "silahlı kuvvetler mensupları" ya da dar ve teknik anlamda "askerî personel" şeklindeki kavramlar tercih edilmemiştir. Böylece, kişi hürriyetinin idare tarafından kısıtlanabilmesine izin veren istisnai düzenlemelerin kapsamına kimlerin gireceği belirlenirken "şahıslar"a değil, aksine "silahlı kuvvetlerin iç düzeni" kavramına vurgu yapılmıştır. Diğer bir ifadeyle Anayasanın 38. maddesinin onbirinci fıkrası vazedilirken "şahıslar" değil, "yapılan iş" esas alınmıştır.

Böylece, silahlı kuvvetlerin iç düzeni bakımından gerekli olması halinde kanunla getirilecek istisnai hükümlerle TSK'de görevli bulunan gerek asker ve gerekse sivil personel hakkında idare tarafından kişi hürriyetini bağlayıcı yaptırımların uygulanabilmesine olanak tanıyan düzenlemelerin yapılmasına Anayasanın 38. maddesinde izin verilmiş olduğu sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kurallar sivil personel yönünden Anayasa'nın 19. ve 38. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Bu görüşlere Sacit ADALI ve Fulya KANTARCIOĞLU katılmamışlardır.

#### **4 - Anayasa'nın 128. ve 129. Maddeleri Yönünden İnceleme**

Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasında "Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.", 129. maddesinin ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarında da "Memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları mensuplarına savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemez. Uyarı ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç, disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz. Silahlı Kuvvetler mensupları ile hakimler ve savcılar hakkındaki hükümler saklıdır." denilmiştir. Bu hükümlerle, memurların statülerinin kanunla düzenleneceği öngö-

rülmüş, disiplin hukuku bağlamında savunma hakkı güvence altına alınmış, disiplin kararlarının istisnalar dışında yargı denetimine açık olduğu vurgulanmış, ancak Silahlı Kuvvetler mensupları ile hakimler ve savcılar hakkındaki hükümlerin saklı olduğu belirtilmiştir.

Dava konusu kuralların, memurların statülerinin kanunla düzenleneceğine ilişkin Anayasa'nın 128. maddesinde yer alan buyruğa uygun olduğu konusunda duraksama yoktur.

Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevli Devlet memurlarına, Askerî Ceza Kanunu ve ilgili diğer mevzuat çerçevesinde hangi disiplin cezalarının kimler tarafından ve hangi usule bağlı kalınarak verilebileceğine ilişkin (A) başlığındaki incelemede belirtilen yasa kuralları yanında Askerî Ceza Kanunu'nun 175. maddesinde de "Disiplin amiri cezayı vermeden evvel faile kendini müdafaa etmeğe müsaade eder." hükmüne yer verilerek konunun, Anayasa'nın 129. maddesindeki emredici kurala uygun olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 129. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan "Silahlı Kuvvetler mensupları ... hakkındaki hükümler saklıdır." ibaresindeki "Silahlı Kuvvetler mensupları" kavramının, Anayasa'nın 38. maddesindeki düzenlemeye paralel biçimde genel bir ifade olduğu ve Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşunda görevli Devlet memurlarını da kapsadığı görülmektedir. Esasen, Anayasa'nın çeşitli maddelerinde yer alan "askerî hizmetin gerekleri", "Silahlı Kuvvetle-

rin iç düzeni” gibi ifadeler, disiplin konusunda askerlik hizmetine ilişkin geleneklerin ve kurulmuş düzenin Anayasa tarafından benimsenmiş olduğunu göstermektedir.

Açıklanan nedenlerle 4551 sayılı Yasa'nın 1, 3, 4, 32 ve 34. maddeleri Anayasa'nın 128 ve 129. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Sacit ADALI ve Fulya KANTAR-CIOĞLU bu görüşlere katılmamışlardır.

*B - Yasa'nın 10. Maddesi İle Değişik Askerî Ceza Kanunu'nun 35. Maddesinin Son Fıkrasının İncelenmesi*

Dava dilekçesinde, rütbesi geri alınarak erliğe indirilen kişinin, bu haliyle kışla içerisinde görev yapacağı için bu cezanın utancını devamlı taşıyacağı, bu yetmezmiş gibi bir de, ikinci bir ceza niteliğinde olan ve günümüz çağdaş demokrasi anlayışında yeri olmayan, insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir ceza veya muameleye tabi tutularak tüm kıt'a personeli huzurunda rütbesinin sökülmesi ve onurunun ağır derecede zedelenmesinin çağdaş bir ceza yöntemi olmadığı, bu ceza infaz şeklinin, Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasındaki “... kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz” hükmüne açıkça aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Erbaşlar hakkında, rütbenin geri alınması cezasının uygulanmasını gerektiren hallerin neler olduğu, 1632 sayılı Askerî Ceza Kanunu'nun 35. maddesinin birinci fik-

rasında aynı Kanun'un 30. maddesine atıf yapılarak düzenlenmiştir. Ayrıca, Askerî Ceza Kanunu'nun 71. ve 153. maddelerinde yer alan suçları işleyen erbaşlar hakkında da rütbenin geri alınması cezası uygulanacaktır.

İptali istenilen yasa kuralı, rütbenin geri alınması cezasının infaz şeklini düzenlemekte ve değişiklik öncesinde yasada yer almayan yeni bir hükme yer vermektedir. Buna göre, rütbenin geri alınması cezası, “... cezalının rütbesinin kıt'ası huzurunda sökülmesi suretiyle yerine getirilir.”

Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında “Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz” denilerek, bireyi başkalarının ya da kendisinin gözünde küçük düşüren, insan haysiyetiyle bağdaşmayan veya onur kırıcı ceza ya da muameleye tabi tutulamayacağı öngörülmüştür. Anayasa Mahkemesi kararlarında belirtildiği üzere, insan haysiyeti kavramı insanın ne durumda hangi şartlar altında bulunursa bulunsun sırf insan oluşunun kazandırdığı değer tanınmasını ve sayılmasını anlatır. Bu kavramın gelişmesi ve yerleşmesi çok uzun bir zaman almış, prangabentlik, teşhir, boyunduruk, dayak gibi cezaların kaldırılması bu sayede mümkün olabilmiştir. Bu bağlamda, örneğin, işlediği bir suç nedeniyle bireyin dayak, teşhir vb. bedensel ceza ya da muamelelere maruz bırakılması insan onuruyla bağdaşmaz. Keza, aleni infaz uygulaması, suçlunun ıslahını hedef

alan modern ceza siyaseti anlayışı çerçevesinde demokratik hukuk devleti ilkesiyle de bağdaşmaz.

Erbaşlar hakkında, bir kısım askerî suçlardan mahkûm olmaları halinde buna bağlı olarak rütbelelerinin geri alınması cezası da verilmekte ve bu ceza, cezalının kıtası huzurunda rütbesinin sökülmesi suretiyle yerine getirilmektedir. Rütbenin geri alınması cezasının bu şekilde infaz edilmesi aynı zamanda cezalının teşhir edilmesi sonucunu da doğurmaktadır. Oysa, suçlunun teşhir edilmesi, modern ceza hukuku anlayışıyla bağdaşmadığı gibi Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan kimsenin insan onuruyla bağdaşmayan bir ceza veya muameleye tabi tutulamayacağı yolundaki ilkeye de aykırı bulunmaktadır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle dava konusu yasa kuralı Anayasa'ya aykırıdır, iptali gerekir.

Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER ve Serdar ÖZGÜLDÜR bu görüşlere katılmamışlardır.

*C - Yasa'nın 11. Maddesinin İncelenmesi*

Dava dilekçesinde, Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevli devlet memurlarının bir kısım hürriyeti bağlayıcı cezalarını askerî şahıslarla aynı rejime tabi olarak askerî cezaevlerinde çekecek olmalarının sivil devlet memurlarının ana statüleri ile bağdaşmadığı ve bu memurlarla başka kamu kurumlarında çalışan memurlar arasında eşitsizliğe yol açtığı, askerî cezaevinde kalan kişiler hakkında askerî ceza ve tutukleyle ilgili disiplin hükümleri uygu-

lanacağından, sivil suçlar nedeniyle askerî cezaevinde kalan memurların ikinci bir eşitsizlik ve haksızlığa maruz bırakılacakları, sonuç olarak dava konusu kuralın, Anayasa'nın 2, 10, 128 ve 129. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu 11. Madde'de subay, astsubay, Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevli Devlet memurları, uzman jandarma ve uzman erbaşlar hakkında verilen ve Türk Silahlı Kuvvetlerinden veya Devlet memurluğundan çıkarmayı, ilişik kesmeyi veya sözleşmenin feshini gerektirmeyen hürriyeti bağlayıcı ceza hükümlerinin 353 sayılı Askerî Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun beşinci kısmında yazılı esaslar dahilinde askerî cezaevlerinde infaz edileceği öngörülmektedir. Sivil memurların bir kısım cezalarını askerî cezaevlerinde çekmelerine ilişkin bu düzenleme, sivil devlet memurlarının yukarıda açıklanan kapsamda "askerî şahıs" sayılmalarını öngören Askerî Ceza Kanunu'nun 3. maddesine paralel bir düzenleme niteliğindedir.

Askerî Ceza Kanunu'nun 4551 sayılı Yasanın iptali istenilen 11. maddesi ile değiştirilen 39. maddesinde, hem subay-astsubay ve diğer askerî şahısların hem de sivil memurların Türk Silahlı Kuvvetlerinden ya da Devlet memurluğundan çıkarılmayı gerektirmeyen hürriyeti bağlayıcı cezalarını askerî cezaevlerinde çekecekleri, dava konusu yasa kuralında da aynı kişilerin, askerlikten ya da memuriyetten çıkarılmayı gerektiren hürriyeti bağlayıcı

cı cezalarını ise genel cezaevlerinde çekecekleri hususu düzenlenmiş bulunmaktadır. Böylece hem subay-astsubay ve diğer askerî şahısların hem de Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevli devlet memurlarının Türk Silahlı Kuvvetlerinde kaldıkları sürece, cezalarını özel bir rejim çerçevesinde askerî cezaevlerinde çekmeleri söz konusu olmaktadır. Bu durumda olanlar infazı müteakip Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevlerine devam edeceklerinden, kuralla askerî disiplinin korunmasının yanı sıra aynı suçu işleyen subay-astsubay ve diğer askerî şahıslarla sivil memurların eşit muameleye tabi tutulmalarının amaçlandığı anlaşılmaktadır. Askerî şahıs kapsamına alınan devlet memurlarının işledikleri bazı suçlardan dolayı aldıkları hürriyeti bağlayıcı cezaları, Türk Silahlı Kuvvetlerinde kaldıkları sürece askerî ceza evinde çekecek olmaları askerî şahıs sayılmalarının doğal bir sonucudur.

Açıklanan nedenlerle ve yukarıda, 4551 sayılı Yasa'nın 1, 3, 4, 32 ve 34. maddelerine yönelik red gerekçesi bu bölüm için de geçerli olduğundan, 4551 sayılı Yasa'nın iptali istenilen 11. maddesi, Devlet memurları yönünden, Anayasa'nın 2, 10, 128 ve 129. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Sacit ADALI ve Fulya KANTAR-CIOĞLU bu görüşlere farklı gerekçe ile katılmışlardır.

*D - Yasa'nın 17. Maddesinin İncelenmesi*

Dava dilekçesinde, T.C. Anayasasının 145. maddesi ile askerî

mahkemelerin görev alanının belirlendiği, Askerî Ceza Kanunu'nun 4551 sayılı Yasanın iptali istenilen 17. maddesiyle değişik 76. maddesiyle, Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitabının Dördüncü Bab Yedinci Faslında yer alan suçlardan sadece "ceza ve tutukeviden kaçmak" ve "kaçmaya aracı olmak" suçlarına atıf yapıldığı; buna karşılık bu faslında yer alan örneğin, "taksirle tutuklunun kaçmasına sebebiyet vermek" suçunu düzenleyen 303. maddesine atıf yapılmadığı, sözü edilen faslında yer alan kimi suçlara atıf yapılmamış olması nedeniyle askerî mahkemelerde yargılanması gereken kimi suçların işlense bile cezalandırılmayacağı, bunun da Anayasa'nın 145. maddesine aykırı olacağı ileri sürülmektedir.

Yasa'nın dava konusu 17. maddesi ile değiştirilen 1632 sayılı Askerî Ceza Kanunu'nun 76. maddesinde "Askerî tutukevi veya cezaevinden kaçmak veya kaçmaya aracı olmak suçlarını işleyen asker kişiler hakkında, Türk Ceza Kanununun İkinci Kitabının Dördüncü Bab Yedinci Faslında yer alan hükümler uygulanır." denilmiştir.

Anayasa'nın 145. maddesinde askeri mahkemelerin görev alanı belirlenmiştir.

Dava dilekçesinde, Askerî Ceza Kanunu'nun 76. maddesinde TCK.nun 303. maddesindeki taksirle tutuklunun kaçmasına sebebiyet vermek suçuna atıf yapılmadığı ileri sürülmekte ise de, 76. maddede askeri tutukevi veya cezaevinden kaçmak veya kaçtırmaya aracı olmak suçları bir suç tipi olarak belirtilip bu konuda 765 sayılı

Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitabının Dördüncü Bab'ının "tevkifhane ve hapisshaneden firar ve firara vesat" başlığını taşıyan ve 298 ila 308. maddelerini kapsayan Yedinci Faslı'nın tek tek maddelerine değil tümüne göndermede bulunulduğundan bu fasıl içerisindeki diğer maddelerle birlikte taksirle tutuklunun kaçmasına sebebiyet vermek suçunu düzenleyen 303. maddeye de atıf yapıldığının kabulü gerekir.

Bu durumda, söz konusu yedinci fasıldaki bazı suçlara atıf yapılmadığından askeri mahkemelerde yargılanması gereken kimi suçluların cezalandırılmayacakları yolundaki savın dayanağı bulunmamaktadır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, 4551 sayılı Yasa'nın iptali istenilen 17. maddesi Anayasa'nın 145. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

## **V - SONUÇ**

22.3.2000 günlü, 4551 sayılı "Askeri Ceza Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"un;

A- 1. maddesiyle değiştirilen 22.5.1930 günlü, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 3. maddesinin, sivil personel yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Sacit ADALI ile Fulya KANTARCIOĞLU'nun karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

B- 3. maddesiyle değiştirilen 1632 sayılı Yasa'nın 23. maddesinin (B) fıkrasının, Devlet memurları yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİ-

NE, Sacit ADALI ile Fulya KANTARCIOĞLU'nun karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

C- 4. maddesiyle başlığı ile birlikte değiştirilen 1632 sayılı Yasa'nın değişik 24. maddesinin birinci fıkrasının (A) ve (B) bendlerinin, Devlet memurları yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Sacit ADALI ile Fulya KANTARCIOĞLU'nun karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA

D- 10. maddesiyle başlığı ile birlikte değiştirilen 1632 sayılı Yasa'nın değişik 35. maddesinin son fıkrasının, Anayasaya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER ile Serdar ÖZGÜLDÜR'ün karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

E- 11. maddesiyle başlığı ile birlikte değiştirilen 1632 sayılı Yasa'nın değişik 39. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin, Devlet memurları yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

F- 17. maddesiyle başlığı ile birlikte değiştirilen 1632 sayılı Yasa'nın değişik 76. maddesinin, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

G- 32. maddesiyle değiştirilen 1632 sayılı Yasa'nın 165. maddesinin (A) bendinin, Devlet memurları yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Sacit ADALI ile Fulya KANTARCIOĞLU'nun karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

H- 34. maddesiyle değiştirilen 1632 sayılı Yasa'nın 171. maddesine bağlı cetvel (EK- 1)'in, Devlet memurları yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Sacit ADALI ile Fulya KANTARCIOĞLU'nun karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

25.11.2005 gününde karar verildi.

**KARŞIOY VE FARKLI GEREKÇE**

1632 sayılı Yasa'nın 4551 sayılı Yasa'nın 1. maddesi ile değiştirilen 3. maddesinde, Milli Savunma Bakanlığı ile Türk Silâhlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşunda çalışan sivil personel de "askerî şahıslar" arasında sayılmış, bu konumdaki devlet memurlarının "asker kişi" sıfatları ise 4.1.1961 günlü 211 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nun 115. maddesinde belirtilen yükümlülükleri ile sınırlı tutulmuştur. Söz konusu 115. maddede, "Bütün sivil personel emrinde çalıştıkları askerî amirlere karşı ast durumunda olup, bu kanunun 14. maddesinin asta tahmil ettiği vazifeleri aynen yapmaya mecburdurlar. Hilâfına hareket edenler askerlerin tâbi olduğu cezai müeyyidelere tâbi olurlar" denilmektedir. 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 4551 sayılı Yasa ile değiştirilen 165. maddesinde de Milli Savunma Bakanlığı ve Türk Silâhlı Kuvvetlerinde görevli devlet memurlarına sadece amire saygısızlık ve emre itaatsizlik suçlarından dolayı disiplin cezası verilebileceği; disiplin bozucu diğer eylemleri hakkında ilgili kanun hükümlerinin uygulanacağı belirtilmektedir. Böylece, sivil personele de 1632 sayılı Yasa'nın (B) fıkrası uyarınca

dört haftaya kadar göz hapsi ve dört haftaya kadar oda hapsi disiplin cezaları verilmesi olanaklı hale getirilmiştir.

Anayasa'nın 38. maddesinin onuncu fıkrasında, "İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz. Silâhlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu hükme kanunla istisnalar getirilebilir", 129. maddesinin dördüncü fıkrasında da "Silâhlı kuvvetler mensupları ile hâkimler ve savcılar hakkındaki hükümler saklıdır" denilmektedir. Bu iki kuralın birlikte değerlendirilmesinden, disiplin hukuku bağlamında silâhlı kuvvetlerin iç düzeni bakımından ancak, silâhlı Kuvvetler mensupları için kimi ayrıksı kurallara yer verilebileceği sivil personelin bu kapsam içinde düşünülemediği anlaşılmaktadır.

Demokratik hukuk devletinde, Anayasa'da yer alan hak ve özgürlükleri kısıtlayıcı ayrıksı kuralların genişletici yoruma bağlı tutulmaması hukukun genel ilkelerindedir. Bu husus dikkate alınmaksızın, Anayasa'da silâhlı kuvvetler mensupları için getirilen ayrıksı düzenlemeyi, Silâhlı Kuvvetlerde çalışan tüm sivil personeli kapsayacak biçimde yorumlamak, öncelikle Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklerin güvencesi olma işlevinin de gözardı edilmesi anlamına gelmektedir.

Açıklanan nedenlerle, sivil personele de özgürlüğü bağlayıcı disiplin cezası uygulanmasına olanak veren dava konusu kuralların iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

Öte yandan, iptal edilmesi gerektiği düşünülen maddelerde gerekli düzenlemelerin yapılması,

başka bir anlatımla sivil personelin özgürlüğü bağlayıcı disiplin cezalarına çarpıtılmasının engellenmesi halinde Yasa'nın dava konusu 11. maddesinin Anayasa'ya aykırılığı söz konusu olmayacağından bu konudaki red görüşüne farklı gerekçe ile katılıyoruz.

### **KARŞIOY YAZISI**

1- 22.3.2000 günlü, 4551 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten önce 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu sistematüğinde "Rütbenin geri alınması" fer'i cezası erbaşlar (onbaşı ve çavuşlar) ile astsubaylar hakkında tatbik edilmekte ve bu cezanın hangi hallerde verileceği aynı Kanun'un 29., 35. ve 71. maddelerinde düzenlenmekteydi. İptal davasına konu 4551 sayılı Kanun'la yapılan düzenlemeden sonra ise astsubaylar hakkında bu fer'i cezanın verilmesi imkânı kalmamış; salt erbaşlar yönünden, Kanun'un 30. ve 71. maddelerinde belirtilen hallerde verilmesi esası benimsenmiştir. Bu hallerden bir kısmı söz kosunu fer'i cezanın mutlaka verilmesini öngörmekte; bir kısmı ise Askeri Mahkeme'nin takdirine bağlı bulunmaktadır.

Daha önceki Kanun sistematüğinde erbaşlara verilecek rütbenin geri alınması fer'i cezasının infaz şekli ile ilgili bir düzenleme (hüküm) mevcut değilken; iptal davası konusu 35. maddenin "Bu ceza, cezanın rütbesinin kıt'ası huzurunda sökülmesi suretiyle yerine getirilir." şeklindeki son fıkrasıyla, anılan cezanın infaz biçimi gösterilmiştir. Sayın çoğunluk kararında, bu cezanın söz konusu infaz biçiminin, Anayasa'nın 17. maddesindeki insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele teşkil ettiği benimsenmişse de, kanımızca, aşağıdaki nedenlerle bu görüşe katılabilmeye imkân yoktur.

2- Anayasa'nın 38. maddesinin onuncu fıkrasında "İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz. Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu hükme kanunla istisnalar getirilebilir." denilmektedir. Anılan düzenlemenin gerekçesinde "...fıkra kişi hürriyetinin ağır tehdidini teşkil eden hapis cezasının yalnız mahkemelerce hükmedilebileceği, yani bunun bir idari müeyyide olarak (mesela disiplin cezası) idare tarafından uygulanmayacağı esasını getirmektedir. Farklı bir disiplin rejimini gerekli kılan Silahlı Kuvvetler bu yasağın dışında bırakılmıştır..." şeklinde bir açıklamada bulunmaktadır. Anayasa koyucu, kişi hürriyetinin kısıtlanması gibi hassas ve önemli bir konuda dahi Silahlı Kuvvetler yönünden istisna öngördüğüne göre, sıkı bir hiyerarşi, disiplin ve otorite esasına dayanan bu camianın iç işleyişi (iç hizmet) yönünden de Anayasa koyucunun farklı bir bakış açısına sahip olması doğal ve zorunlu bulunmaktadır. Nitekim, "askerlik hizmetinin gerekleri" şeklinde nitelendirilen bu istisnaya, askeri yargıyı düzenleyen 145. maddede, Askeri Yargıtay'ı düzenleyen 156. maddede ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'ni düzenleyen 157. maddede yer verilmiş ve yargı gibi önemli bir erkin düzenlenmesinde dahi "askerlik hizmetinin gerekleri"nin gözönünde bulundurulması gerektiği esası benimsenmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki kararlarına bir göz atıldığında da aynı hassasiyetinin vurgulandığı görülmektedir:

- "...Anayasa'nın 145. maddesinde 'Askerlik hizmetinin gerekleri'ne ayrıca yer verilmiş bulunması, askerliğe ilişkin yerleşmiş gelenek ve göreneklerin ve bu suretle kurulmuş olan düzenin bozulmadan korunması amacının bir sonucudur. Durum bu olunca, askerliğe ilişkin düzenlemelerde, elbette ki kimi değişik yönler ve tutumlar buluna-

## **Anayasa Mahkemesi Kararları**

çaktır. Her kurumun iyi işleyebilmesi için konulması ve korunması gereken vazgeçilmez ilkeleri, kuralları vardır. Silahlı Kuvvetlerde söz konusu ilke ve kurallar başında hiç kuşkusuz 'disiplin' gelir. Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu, askerliği 'Türk vatanını, istiklâl ve cumhuriyetini korumak için, harp sanatını öğrenmek ve yapmak yükümü' olarak tanımlıyor. Bu çok ağır görevin başarıyla yerine getirilmesi, askerlik görevinin ciddiyet ve önemleriyle orantılı ağırlıkta yönetim ve önlemleri gerektirir. Askerlik hizmetlerinin yürütülmesinde en büyük etken, amir-maiyet, ast-üst ilişkileridir... Amir-maiyet, ast-üst ilişkilerinin, askeri hizmetin gereklerine uygun bir düzeyde tutulabilmesi ancak sağlam bir disiplinle başarılabilir... Bir başka deyişle, askerliğin temeli disiplindir. Böyle olduğu içindir ki, disiplinin korunması ve sürdürülmesi konusunda özel yasa ve nizamlarla cezaî ve idarî önlemler alınır..." (Any. Mah. 11.12.1990; E.1990/17, K.1990/33, AMKD, Sayı:26, S.526-529)

- "... 'Askerlik hizmetleri gerekleri'nin en başında bir disiplin, astlık-üstlük, buyurma-buyruğa uyma ilişkileri, rütbe ile sınırlanmış yetkiler düzeyi gelir..." (Any. Mah. 10.1.1974; E.1972/49, K.1974/1; AMKD, Sayı: 12, S.25; Aynı mahiyetteki diğer karar: Any. Mah. 18.12.1975; E.1975/159, K.1975/216; AMKD, Sayı: 13, S.679.)

3- 22.5.1930 tarih ve 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu, 25.10.1963 tarih ve 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu, 4.1.1961 tarih ve 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu ve 16.6.1964 tarih ve 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanun söz konusu 'askerlik hizmetinin gerekleri'nden kaynaklanan yasal düzenlemelerdir. Sayılan Kanun-

larda, askerlik hizmetinin temeli sayılan itaat ve disiplinin temin ve idamesi için gerekli bulunan idarî kural ve yaptırımlar ile cezaî hükümlere yer verilmiştir.

İptal davasına konu 4551 sayılı Kanun'un 10. maddesi ile değişik 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 35. maddesinin son fıkrası da, belirtilen Anayasal istisna çerçevesinde "askerlik hizmeti gerekleri"nden kaynaklanan bir lüzuma binaen yürürlüğe konulmuştur. Askeri Ceza Kanunu'nun önceki şeklinde bu fıkranın yer almayışından kaynaklanan askeri idarî lüzum, böyle bir düzenlemenin kabulünü gerektirmiştir. Anılan 35. maddede yer alan "rütbenin geri alınması" cezası, salt belli asker kişilere (onbaşı ve çavuşlara) verilebilen bir ceza mahiyetinde olup, askerlik hizmetinin gereklerinden kaynaklanan bir ihtiyaca dayalıdır. İptali istenen fıkra ise sadece bu cezanın infaz biçimini gösteren bir düzenlemedir. Söz konusu yasal düzenlemeden önce, rütbenin geri alınması cezasının ne şekilde yerine getirileceğine ilişkin bir açıklık bulunmamaktaydı. Uygulamada ise bu cezanın ilgisine yazılı olarak tebliğ edildiği, bu tebliğden itibaren askeri idarece rütbe takma hakkına son verildiği ve ayrıca birlik komutanlarınca diğer rütbeli personelin konu hakkında bilgilendirildiği bir vakıydı. Ancak, erbaşların onbaşı ve çavuş rütbelerini ihraz ettiklerinde bu rütbeleri Askeri Tören Talimatnamesi'nin ilgili hükümleri uyarınca bir törenle kıt'a huzurunda takmaları ve bu durumdan tüm kıt'anın haberdar olmasına karşın; sözkonusu doğuran "rütbenin kaybı sonucunu doğuran "rütbenin geri alınması" cezasının aynı şekilde kıt'ada duyurulmaması, uygulamada kıt'a içinde ve özellikle erat arasında bir çok kimsenin bu durumdan haberdar olmaması neticesini doğurmaktaydı. Oysa, yukarıda sayılan kanunların

“rütbe”ye bağladığı bir çok görev ve yükümlülük söz konusu olduğundan; bu konuda duyulan “askeri hizmet gereği” dolayısıyla, söz konusu cezanın infaz biçiminin, rütbe takılmasında olduğu gibi törensel bir şekilde icrası ve böylelikle durumdan tüm kıt’a personelinin haberdar edilmesi öngörülmüştür. Bununla amaçlanan, suçlunun teşhir edilmesi, başkaları önünde küçük düşürülmesi değil, tüm kıt’anın bilgilendirilmesi, ayrıca askeri disiplin bakımından diğer erat üzerinde caydırıcı etki yaratmasıdır.

4- Böyle bir törensel uygulama yapılmasa bile, kişinin yukarıda belirtilen suçlardan biriyle mahkum olması ve buna bağlı olarak rütbesinin gizlice sökülmesi halinde bile bu keyfiyet hükümlüyle sürekli aynı ortamı paylaşan ve birbirleriyle temas halinde bulunan silah arkadaşları ve diğer kıt’a personeli tarafından askerliğin şartları ve işleyiş mekanizması gereği olarak bir şekilde öğrenilecektir ve bu durumda da o kişinin onurunun zedelenmesi, utanç duyması söz konusu olacaktır. Bu durum, cezanın her halükârda insana acı ve yoksunluk verecek olması ve belli bir ölçüde onurunu incitecek olması gerçeği ile ilgilidir. Bu nedenle, rütbenin geri alınması cezasının cezalının rütbesinin kıt’ası huzurunda sökülerek yerine getirilmesine ilişkin dava konusu yasa kuralının hükümlüyü teşhir etmekten ziyade erbaşlara rütbe tevcih edilme-

sindeki usulün rütbenin geri alınmasında da uygulanmasını temin etmek maksadına yönelik olduğu sonucuna varılmalıdır.

Bu arada işaret etmek gerekir ki, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu’nun 4551 sayılı Yasa ile değişmeden önceki biçiminde (23/c-2, 26, 183/2 ve 171. maddeye Merbut Cetvel’de) astsubaylar ve erata mahsus bir disiplin cezası olan “katıksız hapis” cezası (bu ceza mahkûma bir katı minder ve gıda olarak yalnız su ve istihkak miktarı eklemek verilerek ve tütün vesaire verilmemek suretiyle infaz olunmaktaydı) Anayasa Mahkemesi’nin 27.12.1965 tarih ve E.1965/41, K.1965/66 sayılı kararı ile Anayasa’ya aykırı görülmemiş; Anayasa Mahkemesi bu kararında söz konusu cezanın insan haysiyetini küçük düşürücü bir ceza olmadığı sonucuna ulaşmıştır. (AMKD, Sayı: 4, S.12-19)

5- Yukarıda açıklanan nedenlerle söz konusu kuralın askeri hizmetin gereklerinden kaynaklanan bir düzenleme olduğu, Anayasa’nın başta 17. maddesi olmak üzere herhangi bir hükümüne aykırılık taşımadığı, işaret edilen Anayasa Mahkemesi kararlarının da söz konusu düzenlemenin Anayasa’ya uygunluğunu destekleyici mahiyette bulunduğu, dolayısıyla anılan kurala yönelik iptal isteminin reddi gerektiği kanısına vardığımızdan; Sayın çoğunluğun kuralın iptaline yönelik görüşüne katılmıyoruz.

**ANAYASA MAHKEMESİ KARARI**

**E: 2006/125 K: 2006/84 T: 5.9.2006**

**KABAHATLER KANUNU 3. MADDE VE ANAYASA**

**İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN:**  
Korkuteli Sulh Ceza Mahkemesi

**İTİRAZIN KONUSU:** 30.3.2005  
günlü, 5326 sayılı Kabahatler Ka-  
nunu'nun 3. maddesinin, 27. mad-  
desinin birinci fıkrasının ve 28.  
maddesinin, Anayasa'nın 2., 125.  
ve 155. maddelerine aykırılığı sa-  
vyıyla iptali istemidir.

**I - OLAY**

Akaryakıt bayilik faaliyeti sıra-  
sında bayilik lisansı almadığı ileri  
sürülerek uygulanan idari para ce-  
zasına yapılan itirazın incelenmesi  
sırasında, itiraz konusu yasa ku-  
rallarının Anayasa'ya aykırı olduğu  
kanısına varan Mahkeme iptali için  
başvurmuştur.

**II - İTİRAZIN GEREKÇESİ**

Başvuru kararının gerekçe bö-  
lümü şöyledir:

“31.03.2005 tarihli Resmi Gaze-  
te'de yayımlanarak yürürlüğe giren  
5326 sayılı Kabahatler Yasası'nın 3.  
maddesinde, bu kanunun genel hü-  
kümleri diğer kanunlardaki kabahatler  
hakkında da uygulanır şeklinde düzen-  
leme yapılmış, aynı Yasa'nın 27. mad-  
desinde idari para cezasına ve mülkiye-  
tin kamuya geçirilmesine ilişkin idari  
yaptırım kararlarına karşı tebliğ veya

tefhimden itibaren 15 gün içinde sulh  
ceza mahkemesine başvurabileceği, 28.  
maddesinde de başvurunun incelen-  
mesi usulü düzenlenmiştir. İtiraza ko-  
nu idari para cezasının dayanağını teş-  
kil eden 5015 Sayılı Petrol Piyasası Ka-  
nunu'nun 21. maddesinde idari para  
cezasına ilişkin kurul kararına karşı 60  
gün içinde Danıştay'a dava açma hakkı  
saklı tutulduğu halde 5326 sayılı Ya-  
sa'nın 3. maddesindeki düzenleme ne-  
deniyle ve 27. maddesindeki sulh ceza  
mahkemesinin yetkili kılınması hase-  
biyle idari para cezasına itiraz davası  
mahkememizde açılmıştır.

İdarenin hizmetlerini gereği gibi ve  
ivedilikle görebilmesi için, yaptırım uy-  
gulama yetkilerine gereksinimi vardır.  
İdare bu yetkilerle, kamu düzeni ve gü-  
venliğini, kamu sağlığını, ulusal servet-  
leri zamanında ve gereği gibi koruyabi-  
lir. İdari cezalar idari yaptırımların en  
önemlilerinden biridir. İdari para ceza-  
ları idari makamlar tarafından kamu  
gücü kullanılarak verilir.

Anayasa'da Türkiye Cumhuriyeti'nin devlet içerisinde tüm kamusal yö-  
netimin yargı denetimine bağlı olduğu  
demokratik bir hukuk devleti olduğu  
düzenlenmiştir. Yargı denetimi hukuk  
devletinin birincil koşuludur. Anaya-  
sa'nın 125. maddesinin birinci fıkra-  
sındaki “idarenin her türlü eylem ve iş-  
lemlerine karşı yargı yolu açıktır” kura-  
lıyla amaçlanan etkili yargısal denetim

yönetimin kamu hukuku ya da özel hukuk alanına giren tüm eylem ve işlemlerini kapsamaktadır.

Anayasamızda adli ve idari yargı ayırımına gidilmiş ve çeşitli maddelerinde bu ayırma ilişkin kurallar yer almıştır. Bu cümleden olarak 140. maddesinin birinci fıkrasında 'hâkimler ve savcılar, adli ve idari hâkim ve savcılar olarak görev yaparlar', 155. maddesinin birinci fıkrasında da 'Danıştay, idari mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idari yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunla gösterilen bazı davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar' biçimindeki düzenlemeler idari-adli yargı ayrılığının göstergesidir. Bu düzenlemeler ile idari uyumsuzlukların çözümünde idare ve vergi mahkemeleri ile Danıştay yetkili kılınmıştır. Bu nedenlerle kural olarak idarenin kamu gücü kullandığı ve kamu hukuku alanına giren işlem ve eylemleri idari yargı denetimine tabi olacaktır.

Anayasa'nın değişik maddelerinde kurumsallaşan ve 125. maddesinde belirtilen idari-adli yargı ayırımına ilişkin düzenlemeler nedeniyle, idari yargının görev alanına giren her uyumsuzluğun çözümünde adli yargının görevlendirilmesi konusunda yasa koyucunun geniş takdir hakkı bulunmamaktadır. İtiraz başvurusuna konu olan idari para cezası kamu gücünün kullanılması ile ilgili ve yasada belirtilen kurallara uymayanlara idari bir yaptırımın uygulanması niteliğinde olduğundan çıkacak uyumsuzlukların çözümünde de idari yargının yetkili olması gerekir.

**SONUÇ:** Yukarıda açıklanan nedenlerle 5326 sayılı Kabahatler Yasası'nın 3. 27. ve 28. maddelerinin Anayasa'nın 2,125 ve 155. maddelerine aykırı olması nedeniyle iptal edilmesi arz olunur."

### **III - İTİRAZ KONUSU YASA KURALLARI**

30.3.2005 günlü, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun itiraz konusu kuralları şöyledir:

*Madde 3 - (1) Bu Kanunun genel hükümleri diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanır.*

*Madde 27 - (1) İdari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabilir. Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde idari yaptırım kararı kesinleşir.*

*Madde 28 - (1) Başvuru üzerine mahkemece yapılan ön inceleme sonucunda;*

*a) Yetkili olmadığı anlaşıldığı halde dosyanın yetkili sulh ceza mahkemesine gönderilmesine,*

*b) Başvurunun süresi içinde yapılmadığının, başvuru konusu idari yaptırım kararının sulh ceza mahkemesinde incelenebilecek kararlardan olmadığı veya başvuranın buna hakkı bulunmadığının anlaşılması halinde, bu nedenlerle başvurunun reddine,*

*c) (a) ve (b) bentlerinde sayılan nedenlerin bulunmaması halinde başvurunun usulden kabulüne,*

*Karar verilir.*

*(2) Başvurunun usulden kabulü halinde mahkeme dilekçenin bir örneğini ilgili kamu kurum ve kuruluşuna tebliğ eder.*

*(3) İlgili kamu kurum ve kuruluşu, başvuru dilekçesinin tebliği tarihinden itibaren en geç onbeş gün*

## Anayasa Mahkemesi Kararları

İNİNDE MAHKEMEYE CEVAP VERİR. BAŞVURU KONUSU İDARI YAPTIRIMA İLİŞKİN İŞLEM DOSYASININ TAMAMININ BİR ÖRNEĞİ, CEVAP DİLEKÇESİ İLE BİRLİKTE MAHKEMEYE VERİLİR. MAHKEME, İŞLEM DOSYASININ ASLINI DA İLGİLİ KAMU KURUM VE KURULUŞUNDAN İSTEYEBİLİR. CEVAP DİLEKÇESİ, İDARI YAPTIRIM KARARINA KARŞI BAŞVURUDA BULUNAN KİŞİ SAYISINDAN BİR FAZLA NÜSHA OLARAK VERİLİR.

(4) MAHKEME, BAŞVURUDA BULUNAN KİŞİLERE CEVAP DİLEKÇESİNİN BİR ÖRNEĞİNİ TEBLİĞ EDER; TALEP ÜZERİNE VEYA RE'SEN TARAFLARI ÇAĞIRARAK BELLİ BİR GÜN VE SAATTE DİNLEYEBİLİR. DİNLEME İÇİN BELİRLENEN GÜNLE TEBLİGATIN YAPILACAĞI GÜN ARASINDA EN AZ BİR HAFTALIK ZAMAN OLMASINA DİKKAT EDİLİR. DİNLEME SIRASINDA TARAFLAR VEYA AVUKATLARI HAZIR BULUNUR. MAZERETSİZ OLARAK HAZIR BULUNMAMA, YOKLUKLARINDA KARAR VERİLMESİNE ENGEL DEĞİLDİR. BU HUSUS, TEBLİGAT YAZISINDA AÇIKÇA BELİRTİLİR.

(5) CEZA MUHAKEMESİ KANUNUNUN TANIKLIĞA, BİLİRKİŞİ İNCELEMESİNE VE KEŞFE İLİŞKİN HÜKÜMLERİ, BU BAŞVURU İLE İLGİLİ OLARAK DA UYGULANIR.

(6) DİNLEMEDE SIRASIYLA; HAZIR BULUNAN BAŞVURU SAHİBİ VE AVUKATI, İLGİLİ KAMU KURUM VE KURULUŞUNUN TEMSİLCİSİ, VARSA TANIKLAR DİNLENİR, BİLİRKİŞİ RAPORU OKUNUR, DİĞER DELİLLER ORTAYA KONULUR.

(7) MAHKEME, İLGİLİLERİ DİNLEDİKTEN VE BÜTÜN DELİLLERİ ORTAYA KOYDUKTAN SONRA ALEYHİNDE İDARI YAPTIRIM KARARI VERİLEN VE HAZIR BULUNAN TARAFA SON SÖZÜNÜ SORAR. SON SÖZ HAKKI, ALEYHİNDE İDARI YAPTIRIM KARARI VERİLEN TARAFIN KANUNİ TEMSİLCİSİ VEYA AVUKATI TARAFINDAN DA KULLANILABİLİR.

MAHKEME SON KARARINI HAZIR BULUNAN TARAFLARIN HUZURUNDA AÇIKLAR.

(8) MAHKEME, SON KARAR OLARAK İDARI YAPTIRIM KARARININ;

a) HUKUKA UYGUN OLMASI NEDENİYLE, "BAŞVURUNUN REDDİNE",

b) HUKUKA AYKIRI OLMASI NEDENİYLE, "İDARI YAPTIRIM KARARININ KALDIRILMASINA",

KARAR VERİR.

(9) İKİBİN TÜRK LİRASI DAHİL İDARI PARA CEZALARINA KARŞI BAŞVURU ÜZERİNE VERİLEN KARARLAR KESİNDİR.

### IV - İLK İNCELEME

ANAYASA MAHKEMESİ İÇTÜZÜĞÜ'NÜN 8. MADDESİ UYARINCA TÜLAY TUĞCU, HAŞİM KILIÇ, SACİT ADALI, FULYA KANTARCIOĞLU, AHMET AKYALÇIN, MEHMET ERTEN, A.NECMİ ÖZLER, SERDAR ÖZGÜLDÜR, ŞEVKET APALAK, SERRUH KALELİ VE OSMAN ALİFEYYAZ PAKSÜT'ÜN KATILIMLARIYLA 5.9.2006 GÜNÜ YAPILAN İLK İNCELEME TOPLANTISINDA DOSYADA EK SIKLIK BULUNMADIĞINDAN İŞİN ESASININ İNCELENMESİNE OYBİRLİĞİ İLE KARAR VERİLMİŞTİR.

### V - ESASIN İNCELENMESİ

BAŞVURU KARARI VE EKLERİ, İŞİN ESASINA İLİŞKİN RAPOR, İTİRAZ KONUSU YASA KURALLARI, DAYANILAN ANAYASA KURALLARI VE BUNLARIN GEREKÇELERİ İLE DİĞER YASAMA BELGELERİ OKUNUP İNCELENDİKTEN SONRA GEREĞİ GÖRÜŞÜLÜP DÜŞÜNÜLDÜ.

5326 SAYILI KABAHATLER KANUNU'NUN İTİRAZ KONUSU 3. MADDESİNE İLİŞKİN DAHA ÖNCE YAPILAN BAŞVURU ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 1.3.2006 GÜNLÜ, ESAS: 2005/108, KARAR: 2006/35 SAYILI KARARIYLA İPTAL EDİL-

diğinden konusu kalmayan istem hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekir.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun, itiraz konusu 27. maddesinin birinci fıkrası ve 28. maddesiyle ilgili daha önce yapılan başvuru ise Anayasa Mahkemesi'nin 1.3.2006 günlü, Esas: 2005/108, Karar: 2006/35 sayılı kararıyla reddedilmiş ve karar 22.7.2006 günlü ve 26236 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddelerinin son fıkraları gereğince, Anayasa Mahkemesi'nin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmî Gazete'de yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla tekrar Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz.

Anayasa Mahkemesi'nce işin esasına girilerek hakkında ret ka-

rarı verilen itiraz konusu kuralla ilgili yeni bir başvurunun yapılabilmesi için önceki kararın Resmî Gazete'de yayımlandığı 22.7.2006 tarihinden itibaren geçmesi gereken on yıllık süre henüz geçmemiştir.

Bu nedenle itirazın, Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Yasa'nın 28. maddesi uyarınca reddi gerekir.

#### **VI - SONUÇ**

30.3.2005 günlü, 5326 sayılı "Kabahatler Kanunu"nun;

1 - 3. maddesi, 1.3.2006 günlü, E.2005/108, K.2006/35 sayılı kararla iptal edildiğinden, bu maddeye ilişkin KONUSU KALMAYAN İSTEM HAKKINDA YENİDEN KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA,

2 - 27. maddesinin (1) numaralı fıkrası ve 28. maddesine ilişkin itirazın, Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Yasa'nın 28. maddelerinin son fıkraları gereğince REDDİNE, 5.9.2006 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.